

# ¿CABE EL EMPLEO DE ENTIDADES COLABORADORAS EN LA SUPERVISIÓN SOBRE ENTIDADES DE CRÉDITO?

*Manuel Izquierdo Carrasco*<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho administrativo  
Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES DESEMPEÑADAS POR ESTAS ENTIDADES Y SU TRASCENDENCIA EN EL PLANO DOGMÁTICO: VERDADERAS FUNCIONES PÚBLICAS.—III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES COLABORADORAS. 1. *Habilitación legal expresa*. 2. *Garantía de los derechos constitucionales y de terceros*. 3. *Regulación suficiente del régimen de actuación de las hipotéticas entidades colaboradoras*.—IV. CONCLUSIÓN: SÍ, PERO CON CONDICIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

En los últimos tiempos hemos presenciado la colaboración de entidades privadas en la función de supervisión sobre entidades de crédito atribuida al Banco de España. Esta comunicación tiene como objeto ofrecer un análisis jurídico de esta cuestión, identificando las lagunas actualmente existentes, la habilitación que supondría una normativa europea en tramitación, y las exigencias de regulación necesarias (*ex lege ferenda*) para acomodar esta posibilidad con derechos constitucionales y de terceros, y los intereses públicos en juego.

## I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Ministerio de Economía y Competitividad y el Banco de España acordaron la contratación de unas entidades privadas de consultoría (*Roland Berger y Oliver Wyman*) y empresas auditoras (*Deloitte, PwC, Ernst*

---

<sup>1</sup> Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de investigación del Plan Nacional «La nueva intervención administrativa en la economía», DER2012-35269, Ministerio de Economía y Competitividad.

& Young y KPMG<sup>2</sup>) como evaluadoras independientes para realizar una valoración en dos fases de los balances del sistema bancario español<sup>3</sup>. En la primera etapa, en manos de las consultoras, se identificaron las necesidades de capital que experimentaría el sistema bancario español tanto en un escenario base, como en un escenario estresado de empeoramiento de la coyuntura económica. La segunda etapa, a cargo de las auditoras, consistió en un análisis individualizado y detallado de las carteras crediticias de las entidades de crédito. En definitiva, la suma de ambas fases ha tenido como resultado final la determinación de las necesidades de capital y provisiones de las entidades de crédito españolas<sup>4</sup>. En la misma línea, hace algunos años, la Junta de Andalucía contrató a KPMG Auditores, SL, para una auditoría de las cajas de ahorro andaluzas. Por tanto, ante estos antecedentes, cabe plantearse si es lícita la utilización de entidades colaboradoras de carácter privado como las mencionadas en la función inspectora sobre entidades de crédito.

## II. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES DESEMPEÑADAS POR ESTAS ENTIDADES Y SU TRASCENDENCIA EN EL PLANO DOGMÁTICO: VERDADERAS FUNCIONES PÚBLICAS

Para responder la pregunta que se acaba de formular debe analizarse, en primer lugar, la naturaleza jurídica de las funciones atribuidas a estas entidades colaboradoras. No se trata de una tarea fácil, dada la opacidad que ha rodeado el trabajo diario de estas entidades, que no sus resultados. En principio, de las mencionadas notas informativas del Banco de España, puede deducirse que, en parte, la tarea de estas entidades ha consistido en un análisis técnico de la información contable de las entidades que el propio Banco de España les ha facilitado. Se podría ver aquí una mera externalización de actividades administrativas<sup>5</sup>. Pero, al mismo tiempo, es un hecho cierto que estas empresas han podido

<sup>2</sup> No deja de ser llamativo que el encargo se haga a las mismas empresas que auditan anualmente a las entidades de crédito españolas, por cuenta de estas, que han bendecido generalmente sus balances en los últimos años. Más aún, cuando alguna de ellas tienen en la actualidad abiertos procesos judiciales y administrativos por mala praxis en este ámbito.

<sup>3</sup> En las notas de prensa oficiales no queda claro si el contratante ha sido exclusivamente el Banco de España, aunque el Ministerio ha intervenido activamente en el proceso. Una crítica a las recientes interferencias del Ministerio de Economía y Competitividad en las funciones de supervisión sobre entidades de crédito atribuidas legalmente al Banco de España, en IZQUIERDO CARRASCO, M., «La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito», en *Derecho de la Regulación Económica. Vol. X. Sistema Bancario*, dir. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 2013, pp. 464 y ss.

<sup>4</sup> Vid. las notas informativas publicadas por el Banco de España el 21 de mayo de 2012, «Roland Berger y Oliver Wyman evaluarán los balances de la banca española», y el 31 de julio de 2012, «Valoración independiente del sector bancario español».

<sup>5</sup> Un análisis de este fenómeno de la externalización administrativa, en LAGUNA DE PAZ, J.C., «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 185, mayo-agosto 2011, pp. 99 y ss.

acceder a los establecimientos de las entidades de crédito, a sus sistemas informáticos, y les han podido requerir documentación e información. Esto es, en la práctica, han ejercido verdaderas potestades públicas. Pero más allá de esas concretas potestades, lo verdaderamente importante es que han sido estas empresas las que han determinado las necesidades de capital y/o provisiones de los distintos grupos bancarios españoles. Evidentemente –lo contrario hubiera sido el colmo–, ha sido el Banco de España el que ha adoptado los correspondientes acuerdos exigiendo a los grupos bancarios ese capital o provisiones, pero la cuantía la han fijado esas empresas privadas. Más aún, las autoridades españolas habían asumido el compromiso más o menos explícito de aceptar los resultados ofrecidos por estas empresas privadas<sup>6</sup>. Con estos presupuestos, mantener un criterio puramente formal en el que se defiende que, en último término, el acto administrativo exigiendo ese capital ha sido aprobado por el Banco de España, es negar la realidad de los hechos. Han sido estas empresas privadas las que han determinado la solvencia de los grupos bancarios españoles y ese es el núcleo esencial de la función de supervisión sobre entidades de crédito atribuida por Ley al Banco de España. En definitiva, estas empresas han asumido la función pública más relevante en la supervisión sobre entidades de crédito. Por tanto, no se está ante una mera externalización de funciones auxiliares, sino ante el ejercicio de verdaderas funciones públicas por entidades colaboradoras.

Llegados a este punto, es habitual que la doctrina formule ciertos reparos de carácter dogmático al ejercicio por entes privados de funciones públicas y, en particular, a su colaboración en las funciones públicas inspectoras<sup>7</sup>. Sin embargo,

---

<sup>6</sup> En un interesante estudio donde se trata de trasladar a la regulación bancaria los mecanismos y principios del derecho de gestión de riesgos tecnológicos, J. GARCÍA-ANDRADE ofrece una visión algo más favorable de la intervención de estas entidades privadas, aunque concluye que no es esta la única vía para garantizar la transparencia y la separación entre las fases de evaluación y decisión sobre los riesgos bancarios («Fundamento y características de la regulación bancaria», en *Derecho de la regulación económica*, Vol. X, *op. cit.*, pp. 104 y ss.).

<sup>7</sup> Sobre el uso de sociedades mercantiles –incluso de titularidad pública– en funciones inspectoras, RIVERO ORTEGA concluye que «resulta difícil aceptar como válidas estas fórmulas organizativas ya que el ejercicio de poder administrativo en forma jurídico-privada no es compatible con el estatuto constitucional de la Administración» (*El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 148). Especialmente crítico con la posibilidad de atribuir funciones inspectoras y de control a entidades privadas se muestra Bernard-Frank MACERA, quien considera que tal encomienda está expresamente prohibida en el art. 15.5 LAP e implícitamente prohibida en virtud de los principios generales del Derecho Administrativo, «pues la Administración no puede renunciar a sus cometidos más elementales y encomendar el ejercicio de competencias necesariamente públicas a personas privadas» (*El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 306-309). Igualmente, S. DEL SAZ CORDERO, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 171 y ss. Más recientemente, J.C. LAGUNA DE PAZ afirma que «las entidades colaboradoras no pueden ejercer potestades públicas, que están reservadas a las entidades públicas», pues «solo la Administración cuenta con la legitimación, organización y régimen jurídico que justifica dicha atribución» («Regulación, externalización...», *op. cit.*, p. 105).

Un completo estudio sobre la naturaleza y régimen jurídico de la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, en CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de*

no se encuentra en la Constitución un respaldo claro y contundente a estos repa-ros y, además, tradicionalmente han existido y existen en nuestro ordenamiento figuras que pueden calificarse como de ejercicio privado de funciones públicas<sup>8</sup>.

No obstante, en el plano legislativo, es indiscutible que la legislación general sobre el régimen de las Administraciones públicas mantiene una vinculación entre funciones públicas y Administraciones públicas. En esta línea, resulta de gran trascendencia el art. 15.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>9</sup>: «...sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza (privada) actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo». En el ámbito que ahora nos ocupa, este precepto debe ponerse en conexión con el art. 1.2 Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (en adelante, LBE) donde se proclama la naturaleza administrativa de los actos que dicte el Banco de España

---

*autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003, *in totum*. Esta autora analiza el concepto de autoridad pública; expone el traslado de funciones de autoridad a entes privados en el ámbito del control de los riesgos de la técnica y las contradicciones existentes en nuestro ordenamiento; y efectúa algunas propuestas novedosas que, separándose o reformulando la tesis estatutaria del Derecho Administrativo, defienden la aplicación del Derecho Administrativo a cualquier ejercicio de autoridad, «sin ser un elemento decisivo la naturaleza pública o privada de la personificación jurídica que actúa dicho ejercicio» (p. 253). De la misma autora, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, dir. A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, Madrid, Huygens Editorial, 2010, pp. 21 y ss. Igualmente, C. PADRÓS REIG, manteniendo la validez de la teoría subjetiva, sostiene que «la realización por mandato colaborador de conductas de interés público general hace que sea igualmente aplicable a ese tipo de actos los mecanismos garantizadores del Derecho Administrativo» (*La Administración invisible. Panorama general y ejemplos prácticos de entidades colaboradoras de la Administración pública*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 427).

Una exposición crítica del ejercicio privado de funciones públicas, aunque admitiendo su existencia, la dificultad del establecimiento de límites dogmáticos y la aplicación de algunas reglas del Derecho Administrativo, en IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 396-399. Vid. también del mismo autor, *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 148-153.

<sup>8</sup> Vid. las figuras estudiadas en el clásico trabajo de F. SAINZ MORENO, «Ejercicio privado de funciones públicas», *RAP*, 100-102, 1983, pp. 1780 y ss. El supuesto ahora analizado no podría encuadrarse en la noción estricta que este autor ofrece del ejercicio privado de funciones públicas. Igualmente, J.A. CARRILLO DONAIRE rechaza que de la idea de soberanía tenga que derivar la existencia de una actividad positiva concreta por parte del poder político que además deba ser indelegable (*El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 509 y ss.). En una línea favorable a la colaboración privada en la función pública inspectora, aún sin renunciar a la necesidad de establecer las debidas garantías, se muestra GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, *op. cit.*, pp. 237 y ss. En la misma línea, FERNÁNDEZ RAMOS afirma que «en lugar de apelar a la ortodoxia y negar un fenómeno que, por su extensión no solo en nuestro ordenamiento sino también en los de nuestro entorno no parece que vaya a remitir, entendemos preferible intentar reconducirlo para salvaguardar su dimensión jurídico-pública» (*La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, p. 514).

<sup>9</sup> Un análisis sobre las consecuencias de este precepto y otros en la posibilidad de atribuir a los particulares funciones inspectoras, en GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 253-256.

en el ejercicio de las funciones de supervisión sobre entidades de crédito. Esto es, la LBE establece expresamente la sujeción de la actividad de supervisión bancaria al Derecho Administrativo, por lo que sería una actividad que, al menos en sus manifestaciones jurídicas, no podría encomendarse a entidades privadas –aunque ello no impide que se pudiera llegar a un resultado similar mediante fórmulas jurídicas atributivas distintas de la encomienda–. En la misma línea, el art. 275.1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

Sin embargo, debe recordarse la dificultad que estas leyes tienen para funcionar como límite frente al propio legislador estatal <sup>10</sup> e incluso las consecuencias del principio de prevalencia del Derecho comunitario –una vez que se aprobara el proyecto de Reglamento comunitario del que nos ocuparemos más adelante–.

### III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES COLABORADORAS

Una vez admitida, no sin reticencias, la posibilidad de la intervención de entidades colaboradoras de naturaleza privada en el ejercicio de verdaderas funciones públicas y, en particular, en la función pública inspectora, la doctrina exige la concurrencia de una serie de condiciones que pueden sintetizarse en las siguientes<sup>11</sup>: lo prevea una Ley expresamente; se garanticen los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego; y exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación. Analicemos cada una de esas condiciones.

#### 1. HABILITACIÓN LEGAL EXPRESA

La exigencia de una habilitación por Ley deriva de la naturaleza pública de las funciones que se atribuyen a estas entidades y de los mencionados límites que a esta técnica impone nuestro ordenamiento<sup>12</sup>. A pesar de ello, a diferencia de lo que

---

<sup>10</sup> Al respecto, *vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Relaciones entre leyes: Competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, nº. 113, mayo-agosto 1987, pp.7 y ss.

<sup>11</sup> *Vid.* RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, *op. cit.*, pp. 155 y ss; GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>12</sup> Sobre esta reserva de ley, *vid.* CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares...*, *op. cit.*, pp. 310-314; o FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección...*, *op. cit.*, pp. 515 y ss. Esta misma exigencia de Ley formal es la mantenida con carácter general por la doctrina alemana con respecto a las entidades privadas que actúan como agentes descentralizados de la Administración (*Beleihung*), aunque en algún supuesto se ha admitido que esta transferencia de funciones públicas se haya hecho a través de reglamento. Así lo expone M<sup>a</sup> Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, «La colaboración de entidades privadas en Alemania: las entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, *op. cit.*, p. 476.

ocurre en otros ámbitos de la inspección administrativa, no hay en la legislación reguladora de la supervisión sobre entidades de crédito mención expresa alguna a la posibilidad de que el Banco de España pueda utilizar con un carácter instrumental entidades y personal ajeno al mismo para el ejercicio de funciones inspectoras y no resulta admisible que una Administración pueda acordar libremente con un particular el traspaso de funciones que la legislación le atribuye. Sin embargo, hay algunas previsiones normativas que podrían abonar una interpretación favorable:

- El art. 43 Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), que habla de una inspección «por mediación de personas a quienes haya otorgado (la autoridad de supervisión) un mandato para ello...». Sin embargo, debe advertirse que se trata de una previsión incorporada en una Directiva y no de una ley española; y que ha de situarse en su contexto, que son las inspecciones transfronterizas. En ese contexto, el art. 10 quáter.1.b) Ley 13/1985 prevé que los colegios de supervisores<sup>13</sup> podrán «acordar la atribución voluntaria de tareas y delegación voluntaria de responsabilidades si procede». Esto es, el Banco de España podría atribuir a otra autoridad de supervisión ciertas tareas de inspección que le corresponden a él. Por tanto, parece que el precepto solo está pensando en esa posibilidad de cooperación entre autoridades de supervisión, pero no en la delegación en otro tipo de entidades colaboradoras.
- La Disposición Adicional 15ª Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante LDIEC), reconoce explícitamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas «en el ejercicio de sus competencias en relación con cajas de ahorros u otras entidades, recab(en) la colaboración de auditores de cuentas o sociedades de auditoría de cuentas...»<sup>14</sup>. Por tanto, se recoge así una habilitación legal para el empleo de estas entidades auditoras. Además, acertadamente, el mismo precepto añade algunas condiciones para garantizar la imparcialidad: esta colaboración será incompatible con la realización simultánea o en los cinco años anteriores o posteriores de cualquier trabajo de auditoría de cuentas en esas mismas entidades de crédito o sus sociedades vinculadas. Con esta base, podría discutirse si esta habilitación a las Comunidades Autónomas para hacer uso de esas empresas de auditoría sería trasladable analógicamente a las competencias propias del Banco de España. No cabe duda de que esa extensión no estaba en la mente del legislador que, más bien, partía de que el Banco de España tenía los medios personales y técnicos suficientes para ello y que las dificultades solo estarían en el ámbito

---

<sup>13</sup> Sobre los colegios de supervisores, *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito», *op. cit.*, p. 476.

<sup>14</sup> Esta disposición fue añadida por el art. 98 Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Resulta curioso que se añadiera precisamente en el mismo momento en que la Junta de Andalucía estaba teniendo problemas judiciales, sobre los que volveremos más adelante, por el empleo de empresas de auditoría en el ejercicio de sus competencias de supervisión sobre cajas de ahorro.

autonómico. Sin embargo, una vez abierta esta posibilidad en una norma española con rango de ley, decaen buena parte de los argumentos dogmáticos que se pueden objetar a esta técnica y que se expusieron anteriormente, y es difícil prever si los tribunales admitirían esta extensión o no.

- Mucho más clara, en la línea de la admisión de estas colaboraciones, es la todavía hoy Propuesta de Reglamento del Consejo, que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito<sup>15</sup>. Así, en su art. 11 se puede leer que «los agentes del BCE y demás personas acreditadas por él para realizar inspecciones *in situ* podrán acceder a cualesquiera locales...» (apartado 2) o que «los agentes de la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se vaya a llevar a cabo la inspección, así como las demás personas que aquella haya acreditado o designado, prestarán activamente asistencia, a petición del BCE, a los agentes del BCE y demás personas acreditadas por él». Es evidente que estas previsiones y otras similares que contiene dicha Propuesta de Reglamento admiten sin lugar a dudas la posibilidad de intervención de entidades colaboradoras en el ámbito de la supervisión bancaria, siempre que estas gocen de la correspondiente «designación o acreditación».

En definitiva, a día de hoy y a salvo de la redacción final con la que se aprueba la mencionada propuesta de Reglamento –que consideramos que será muy similar a la recogida, pues el Parlamento Europeo no ha presentado ninguna objeción sobre esta cuestión–, solo existe una previsión legal expresa en nuestro ordenamiento que admita la intervención de entidades colaboradoras en la supervisión sobre entidades de crédito, pero en lo relativo a las funciones de las Comunidades Autónomas y no en las del Banco de España. En cualquier caso, si la mencionada Propuesta de Reglamento se aprobara con la redacción comentada, la misma sería habilitación normativa suficiente<sup>16</sup>.

## 2. GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE TERCEROS

En cuanto a los derechos constitucionales y de terceros que pudieran verse afectados en estas actuaciones de colaboración, deben tenerse en cuenta diversas manifestaciones:

---

<sup>15</sup> COM (2012) 511 final, de 12 de septiembre.

<sup>16</sup> No obstante, se podría discutir si ese respaldo normativo solo sería válido en aquellas actuaciones de supervisión del Banco de España que se ven afectadas por la mencionada Propuesta de Reglamento. Así podría mantenerse en una interpretación estricta, pero ello llevaría a un resultado absurdo pues significaría que solo en una parte de sus funciones de supervisión, precisamente las más importantes cualitativamente, el Banco de España podría contar con esa colaboración por parte de terceros. En cualquier caso, ello muestra la necesidad de que esta posibilidad se incorpore en la legislación general aplicable al Banco de España con las debidas garantías.

En primer lugar, aunque se hiciera un esfuerzo de separación entre la realización de una actividad meramente técnica de verificación contable o de balances y las verdaderas potestades administrativas que quedarían residenciadas en el Banco de España, ambas realidades son difícilmente escindibles, pues, por su propia naturaleza, esa actividad técnica implica habitualmente el acceso a locales, a documentación, a información, etc. Esto es, esa actividad supone el ejercicio de potestades exorbitantes y correlativamente una restricción a la libertad de empresa, lo que requiere la correspondiente base legal. Pero además, en el supuesto que venimos analizando, la actividad de esas empresas privadas no ha sido solo el análisis contable, sino que han fijado la solvencia y necesidades de capital de las distintas entidades bancarias. Por tanto, es imprescindible el establecimiento de una serie de reglas de carácter garantizador frente a estas actuaciones, esto es, algo equivalente a todo el marco que el Derecho administrativo ofrece a los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones públicas<sup>17</sup>.

En segundo lugar, descendiendo a la manifestación de un concreto Derecho constitucional como el de intimidad, la actividad de estas empresas privadas choca hoy en día con el deber de confidencialidad en sus dos vertientes normativas: tanto el impuesto a las entidades de crédito, como el propio del personal y órganos de dirección del Banco de España. Analicémoslas separadamente:

- a) En su primera vertiente, la DA 1ª LDIEC establece que «las entidades y demás personas sujetas a la ordenación y disciplina de las entidades de crédito están obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación». Se proclama así el tradicional deber de secreto bancario<sup>18</sup>. Con este punto de partida, la misma Disposición matiza que «se exceptúan de este deber las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión». Esto es, se prevén unas excepciones, pero estas son que el cliente lo permita o que las leyes así lo prevean (la de los requerimientos de las autoridades de supervisión se puede reconducir a esta última). En el supuesto que nos ocupa, ni sería posible pedir autorizaciones a todos los clientes para acceder a esa información ni la ley lo prevé expresamente—el contenido de la mencionada DA 15ª LDIEC no es habilitación suficiente para ello—. Por tanto, no solo es que las entidades de crédito tendrían prohibido facilitar el acceso a estos datos a las mencionadas entidades colaboradoras, sino que, además, en caso de permitirlo, estarían incurriendo en una infracción administrativa. En esta línea, resulta de

---

<sup>17</sup> *Vid. supra*, nota a pie nº 6, sobre la aplicación del Derecho administrativo a las entidades privadas que ejercen funciones públicas.

<sup>18</sup> Un análisis de este secreto bancario en VEGA SERRANO, J.M., *La regulación bancaria*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 202-223.



interés un auto del TSJA, de 20 de febrero de 2003<sup>19</sup>, en el que el tribunal se enfrentaba a la petición de suspensión realizada por la entidad de crédito *CajaSur* sobre las auditorías que la empresa KPMG Auditores estaba realizando, por mandato de la Junta de Andalucía. El auto falla que esta empresa debe cesar de inmediato en toda actividad inspectora, pues se podría conculcar «el derecho a la privacidad de las personas físicas y jurídicas que con ella (la entidad de crédito) se relacionan, cuyos datos habrán sido conocidos por los miembros de la auditora KPMG».

- b) En la segunda vertiente, el art. 6.1 LBE dispone que «los miembros de sus órganos rectores y el personal del Banco de España deberán guardar secreto, incluso después de cesar en sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza confidencial tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus cargos». Este precepto debe ponerse en conexión con el art. 6.2 Real Decreto Legislativo 1298/1986 que dispone que «los datos, documentos e informaciones que obran en poder del Banco de España en virtud de cuantas funciones le encomiendan las leyes tienen carácter reservado y no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad». Por tanto, los órganos rectores y el personal del Banco de España deben guardar secreto sobre todos los datos, documentos e informaciones que hayan obtenido en su función de supervisión e inspección. El precepto prevé una serie de supuestos tasados en los que cede ese deber de reserva, pero, entre los mismos, no se menciona el de una empresa privada colaboradora de la Administración en estas tareas.

En definitiva, en atención a la regulación vigente del deber de confidencialidad, la colaboración que venimos analizando plantea más que serias y fundadas dudas sobre su legalidad. En un futuro próximo, la mera habilitación que supondría la aprobación de la mencionada Propuesta de Reglamento sería insuficiente para salvar las objeciones expuestas, por lo que se requerirían las correspondientes previsiones por Ley que acompañaran esa colaboración con los derechos constitucionales y de terceros mencionados.

### 3. REGULACIÓN SUFICIENTE DEL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LAS HIPOTÉTICAS ENTIDADES COLABORADORAS

Tampoco hay nada en la normativa sobre supervisión de entidades de crédito a propósito de las condiciones y requisitos con arreglo a los que se debería desarrollar esta actividad de colaboración, así como sus efectos. En cuanto a las condiciones, como mínimo, además de lo dicho en el apartado anterior,

---

<sup>19</sup> No ha sido posible encontrar el mencionado auto en ninguna de las bases de datos habituales de jurisprudencia. Por tanto, debido a su interés, se cita por las reproducciones textuales del mismo –que confiamos en que sean fidedignas– que se recogen en una noticia aparecida en el Diario *ABC* de Andalucía, de 22 de febrero, p. 40.

habría que aplicar analógicamente las restricciones que en aras a la garantía de la imparcialidad impone la mencionada Disposición Adicional 15ª LDIEC. Sin embargo, se trata de una previsión claramente insuficiente y las lagunas son amplísimas. Pero mayores problemas aún plantea lo relativo a los efectos y valor de las actuaciones de estas entidades privadas, por cuanto nada hay previsto. Por tanto, sin esa previsión normativa expresa, resulta inadmisibles la posibilidad de que estas entidades adopten decisiones con valor jurídico. A lo sumo, su actuación será un juicio técnico más que la Administración podrá tomar en cuenta a la hora de acordar las verdaderas decisiones jurídicas. Además, a nuestro juicio, la colaboración de entidades privadas en tareas de inspección tiene su ámbito más propicio en aquellos supuestos en los que las potestades que se ejercen tienen un marcado carácter reglado y no en aquellos otros, como el que ahora nos ocupa, donde el margen de apreciación es amplísimo<sup>20</sup>. A nuestro juicio, que sea una entidad privada la que fije el nivel de solvencia exigible a una entidad de crédito y no el Banco de España no resulta acorde con los pilares mismos de nuestra organización político-administrativa. Por tanto, en su momento, habría que acotar esta colaboración en el ámbito de la supervisión bancaria a las tareas técnicas-contables y de carácter más reglado.

Además, en esa regulación *ex lege ferenda* sería también necesario definir el título atributivo de esas tareas de colaboración, dada la inexistencia en nuestro ordenamiento de una fórmula jurídica expresa para articular dicho traslado (por ej., un régimen abierto de autorizaciones o uno más restringido de naturaleza más próxima a la concesional que es el que nos parece más adecuado a la actual fase del desarrollo normativo y realidad del sector)<sup>21</sup>.

Finalmente, a nuestro juicio, dado el inminente marco europeo en el que se van a desarrollar las funciones de supervisión sobre entidades de crédito, entendemos que los elementos esenciales del régimen jurídico de la participación de terceros también deben tener ese origen comunitario y con el rango suficiente —como ocurre, por ej., con los denominados Organismos notificados en el ámbito de las «Directivas Nuevo Enfoque»<sup>22</sup>—, sin perjuicio de un posterior y necesario desarrollo interno.

---

<sup>20</sup> En esta línea, muy acertada nos parece la posición de REINHARDT que, a propósito del debate sobre el ejercicio de funciones administrativas por sujetos privados, destaca que la «principal garantía de seguridad jurídica y de protección de los sujetos inspeccionados (es) el mantenimiento de una densidad normativa suficiente para predeterminar la objetividad de la actuación inspectora» («Die Überwachung durch Private in Umwelt und Technikrecht», AÖR, 1993) (Citado por RIVERO ORTEGA, R., *El estado vigilante*, *op. cit.*, p. 156).

<sup>21</sup> Sobre el título habilitante para el ejercicio de funciones inspectoras, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección...*, *op. cit.*, pp. 536 y ss; e IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales...*, *op. cit.*, pp. 411 y ss.

<sup>22</sup> *Vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales...*, *op. cit.*, pp. 323 y ss. *Vid.* el modelo de requisitos establecido en la Decisión 768/2008/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo.

#### IV. CONCLUSIÓN: SÍ, PERO CON CONDICIONES

Tras la previsible aprobación de la comentada propuesta de Reglamento que atribuye al Banco Central Europeo funciones específicas de supervisión bancaria, deberá admitirse la existencia de una habilitación normativa para la intervención de entidades colaboradoras en ese ámbito. Sin embargo, la protección de derechos constitucionales y de terceros, así como los principios rectores en nuestra organización político-administrativa y los intereses públicos en juego obligan a que tal posibilidad cuente con un desarrollo legal suficiente, no solo en el plano del ordenamiento español sino también en el comunitario, que coherente dichas exigencias con la colaboración de terceros en las actividades supervisoras.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003.

——— «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, dir. A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, Madrid, Huygens Editorial, 2010.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

DARNACULLETA I GARDELLA, M<sup>a</sup> Mercè, «La colaboración de entidades privadas en Alemania: las *Beliehene* o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, dirs. A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, Madrid, Huygens Editorial, 2010.

DEL SAZ CORDERO, Silvia, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002.

GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundamento y características de la regulación bancaria», en *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, dirs. MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO, Iustel, Madrid, 2013.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Relaciones entre leyes: Competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, n.º. 113, mayo-agosto 1987.

- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- «La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito», en *Derecho de la Regulación Económica. Vol. X. Sistema Bancario*, dir. MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO, Iustel, Madrid, 2013.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», *RAP*, nº 185, mayo-agosto 2011.
- MACERA, Bernard-Frank, *El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- PADRÓS REIG, Carlos, *La Administración invisible. Panorama general y ejemplos prácticos de entidades colaboradoras de la Administración pública*, Madrid, Dykinson, 2010.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 2000.
- SAINZ-MORENO, Fernando, «Ejercicio privado de funciones públicas», *RAP*, 100-102, 1983.
- VEGA SERRANO, Juan Manuel, *La regulación bancaria*, Madrid, La Ley, 2011.