

El ejercicio privado de funciones públicas en el moderno derecho público: la supervisión por los *Ombudsmen* de los privados a propósito del nuevo papel del Defensor catalán

Documento
de Trabajo

Nº13-2012

Juli Ponce Solé
Email: jponce@ub.edu

El ejercicio privado de funciones públicas en el moderno derecho público: la supervisión por los *Ombudsmen* de los privados a propósito del nuevo papel del Defensor catalán

Juli Ponce Solé*

RESUMEN

El ejercicio por privados de funciones públicas es una realidad internacional creciente, en el marco de las privatizaciones y liberalizaciones. Esta realidad plantea el problema de cómo rediseñar el papel del moderno Derecho público para garantizar los derechos de los ciudadanos que se relacionan con los privados ejercientes de poder y la buena administración en el desarrollo de éste. El Derecho privado, en solitario, es incapaz de garantizar la posición de los ciudadanos/consumidores/usuarios ante este ejercicio de poder por delegación de empresas privadas. Éste requiere una regulación específica del debido proceso de toma de decisiones y de su motivación, así como de los principios limitativos, inexistente aún en España. Pero existen avances parciales en este campo, incluyendo el nuevo papel atribuido por reciente legislación al defensor del pueblo catalán. La supervisión por parte de éste del ejercicio de poder por privados es analizada en el estudio, vinculándola a la *corporate compliance* y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE

Defensor del Pueblo, buena administración, derechos, control de privados.

* Profesor de Derecho Administrativo (Acr. Catedrático) - Universidad de Barcelona

ÍNDICE

I. Consideraciones Generales

- 1.1. El ejercicio por privados de funciones públicas y las privatizaciones y liberalizaciones
- 1.2. Derechos humanos y ausencia de dominación en las sociedades *decentes*
- 1.3. Derecho Público y Derecho Privado en la protección de los intereses generales, de los derechos constitucionales y de la buena administración cuando existe el ejercicio privado de funciones públicas

II. Posibilidades y límites del control por parte de los defensores: el ejemplo del *síndic de greuges catalán*

- 2.1. El artículo 78 Estatuto de Autonomía Catalán y el artículo 26 de la Ley 24/2009, del Síndic de Greuges catalán
- 2.2. Las obligaciones jurídicas del privado que ejerce funciones públicas y el papel del *síndic*
 - 2.2.1. Derecho a una buena administración y ejercicio por privados de funciones
 - 2.2.2. Los actores en la supervisión del sector privado: la singular posición del *síndic*
 - 2.2.3. Poderes y límites de la actuación de supervisión por parte del *síndic*

III. Algunas reflexiones finales

- 3.1. Las progresivas similitudes entre el control del sector público y el control del sector privado como consecuencia de la Nueva Gestión Pública
- 3.2. La necesaria aproximación funcional al papel del Derecho público: *sombra* del ejercicio de poder público
- 3.3. Mejorable regulación del ejercicio por privados de funciones públicas
- 3.4. Responsabilidad social corporativa, códigos de conducta, *corporate compliance* y responsabilidad penal: la contribución de la supervisión del *Síndic* a la buena gestión

IV. Bibliografía

I Consideraciones generales

1.1. El ejercicio por privados de funciones públicas y las privatizaciones y liberalizaciones

El fenómeno del ejercicio por privados de funciones públicas - esto es, en una primera aproximación, aquellos supuestos en que "se reconoce a una persona privada la realización de actividades administrativas o la prestación de servicios públicos para terceros, en sustitución o en vez de la Administración" (SÁNCHEZ MORON, 2011, 432) - no es algo nuevo¹.

Son bien conocidos los casos de los Notarios y Registradores², capitanes de buque, concesionarios y contratistas, del de las corporaciones de Derecho Público³, de las Federaciones deportivas⁴, pero también de las empresas privadas que actúan en el marco de servicios de interés general o de las entidades colaboradoras dedicadas a labores de inspección y control en ámbitos industriales, medioambientales y otros, por ejemplo.

Los procesos de privatizaciones y liberalizaciones desarrollados en España y otros países, al hilo de los postulados impulsados por la *Nueva Gestión Pública* han hecho que a supuestos clásicos se hayan añadidos otros más recientemente (caso de las empresas que prestan servicios liberalizados).

¹ Recuérdese SAINZ MORENO, F.: "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, núms. 100-102, 1983, pp. 1699 y ss.

² SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 7ª ed, pp. 432 y ss, quien no considera este supuesto como un caso de ejercicio por privados de funciones públicas, dado que tienen la condición legal de funcionarios, con un régimen peculiar que incluye la retribución por arancel, con su propia organización profesional.

³ Es conocida la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de éstas. Véase la Disposición Transitoria Primera de la LRJPAC. Respecto a los Colegios profesionales, véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998, aplicando la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a una decisión de un Colegio de Abogados. En cuanto a las Cámaras de Comercio e Industria, véase la sentencia del Tribunal Constitucional número 107 de 1996, de 12 de junio, que se refiere a sus funciones público-administrativas sometidas a un "riguroso régimen jurídico-administrativo".

⁴ Véase la decisión del Tribunal Constitucional 67/1985, y, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998

Asimismo, la crisis económica junto a la aplicación de la Directiva 2006/123/CE y de la legislación nacional de transposición de la misma auguran un crecimiento de los supuestos de *externalización* de funciones públicas, al establecerse ahora, como es conocido, la sustitución, como regla general, de los regímenes de control administrativo previos mediante autorizaciones por actuaciones de inspección y control posteriores a las comunicaciones previas o declaraciones responsables efectuadas⁵.

En este contexto, este estudio se va a plantear el papel del moderno Derecho público frente a esta evolución, así como la función específica que, dentro de los mecanismos de control de la actividad administrativa, puedan desempeñar los *Ombudsman* en general y, utilizando el caso específico catalán, el *Síndic de Greuges*, en particular.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia ha prestado hasta la fecha atención a los límites de la decisión de transferir funciones públicas a privados, menos desarrollo han tenido las aproximaciones a la cuestión de qué clase de garantías de los derechos de los ciudadanos que se relacionan con estos privados - una vez producida esa transferencia - nuestro ordenamiento jurídico debería establecer, para satisfacer, asimismo y a la vez, el servicio a los intereses generales de esta actividad.

Por lo que se refiere a la decisión de transferir funciones públicas a privados, aunque éste no sea el objeto de nuestro estudio, cabe destacar que si bien es problemático hallar una reserva constitucional de actividades para las Administraciones Públicas⁶, sí es posible extraer del ordenamiento jurídico español, en nuestra opinión, “un principio general de rango legal: el Derecho administrativo es del derecho común de las Administraciones públicas y debe aplicarse siempre que se ejerzan potestades administrativas, incluso por privados, supuesto en el que el Derecho privado debe quedar desplazado”⁷ pues “...de acuerdo con la legislación vigente parece existir un

⁵ Por todos, VILLAREJO, H., y SALVADOR, M.A., “El complejo proceso de transposición de la directiva de servicios”, *Informe CC.AA, IDP*, 2008, pp. 81 y ss.

⁶ Por todos, CANALS AMETLLER, DOLORS, *El ejercicio por privados de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003, pp. 307 y 309.

⁷ Véanse los arts. 45.1, 52, 53.2 y 60.1 y la DA 12 de la LOFAGE en referencia a la necesidad de aplicar derecho administrativo cuando los organismos públicos ejercen potestades y a que las sociedades mercantiles en mano pública no pueden ejercer autoridad, el art. 251 de la Ley de Contratos del Sector Público, prohibiendo la transferencia de autoridad a privados mediante el contrato de gestión de servicios públicos, el art. 2.2 y el art. 15.5 de la LRJPAC, en igual sentido, el art. 85.3 de la LBRL o el art. 9 del EBEP, requiriendo la condición de funcionario para el ejercicio de potestades o la legislación sectorial relativa a diversos entes públicos

principio general según el que las decisiones unilaterales que suponen ejercicio de autoridad o de potestades administrativas corresponden en exclusiva a las Administraciones Públicas que las adoptarán de acuerdo con reglas y principios propios del Derecho Administrativo. Sólo excepcionalmente se permite que privados ejerzan funciones públicas de este tipo y cuando lo hacen *se les habrá de aplicar igualmente el derecho administrativo, cuando desarrollen potestades*⁸.

Dejando de lado la afirmación final, que constituirá el núcleo de este estudio, baste poner de relieve ahora que la regla *general legal* podría formularse del siguiente tenor: allí donde hay ejercicio de potestad⁹, debe haber Administración pública y derecho administrativo guiando y limitando tal ejercicio, en garantía de los ciudadanos y del interés general. Pero nótese que decimos que es una regla que puede inducirse en el nivel legal, no constitucional, y que es general o de principio, pues conoce excepciones, en la medida que, como es sabido, existen funciones públicas con ejercicio de autoridad que se ejercen fuera de la organización administrativa, por privados, mediante atribución normativa (Que CANALS, 2003, pp. 309 y ss, cree debiera ser de rango de ley, con argumentos muy razonables, aunque en la práctica ello no sea siempre así).

Pues bien, ante esta situación, si bien tradicionalmente la garantía de los derechos de los ciudadanos y del interés general se ha exigido a las Administraciones por el Derecho público, cuando el sector público delega la prestación de servicios públicos o funciones públicas a privados ¿podrían las personas afectadas por decisiones privadas alegar derechos propios del Derecho público y reaccionar del mismo modo que lo

exigiendo aplicación del derecho administrativo en caso de ejercicio de potestades (caso de la CNMV, de las Autoridades Portuarias, o de la Agencia de protección de datos, por ejemplo)

⁸ "Derecho público, Derecho privado y control judicial de la actividad administrativa en España", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno IX Fasc. 6, 1999, pp. 1277 y ss.

⁹ PONCE, 1999, 1260, "Desde nuestro punto de vista, sin intención de intentar resolver esta compleja cuestión, el concepto de potestad - que sería equivalente al de prerrogativa, poder público o uso de *imperium*, y englobaría el de autoridad- se identificaría sin dificultades en el desarrollo de la tradicional *actividad de policía* de la Administración (expropiaciones, sanciones, autorizaciones, etc.). Partiendo de aquí, creemos que sería conveniente no hacer una interpretación excesivamente restrictiva (...). Entendemos que la utilización de potestades también puede existir, y de hecho existe, en el ámbito de la *actividad de fomento* (otorgamiento de subvenciones, por ejemplo)⁹ e incluso en la *actividad de servicio público* (por ejemplo, decisiones sobre la admisión o el cese en el uso del servicio), tanto por parte de Administraciones Públicas como por parte, en este último caso, de privados. Ejercicio de potestades que debería someterse, por mandato legal, a reglas y principios de Derecho Administrativo".

hubiera hecho ante una actuación de la Administración?¹⁰ ¿Cuál es la situación en el caso español y qué propuestas de mejora del mismo cabe formular, en su caso?

Para referirme a éstas y otras cuestiones vinculadas, organizaré mi estudio del siguiente modo. Primero consideraré cómo los privados que ejercen funciones públicas pueden evidentemente tomar decisiones que afecten adversamente a los ciudadanos. Luego abordaré si el Derecho privado puede por sí mismo y en solitario ofrecer una adecuada protección de los intereses públicos, de los derechos constitucionales, estatutarios y legales (entre ellos el de buena administración) y de los principios generales del Derecho implicados en el ejercicio por privados de funciones públicas. Avanzando mi conclusión negativa ahora, entraré luego a considerar entonces qué garantías de la buena administración y de otros derechos, así como de los intereses generales, debería establecer el marco legal español *y no establece en la actualidad*.

Entre estas garantías, consideraré específicamente, en la segunda parte del estudio, el papel de los *Ombudsmen*, analizando la tarea conferida por el legislador al catalán para la supervisión de privados que ejerzan funciones públicas. Finalmente, como consecuencia de las previas reflexiones, reuniré un conjunto de ideas finales, entre las que incluiré el aparente acercamiento paulatino de los modos de control de los sectores público y privado, y el intercambio, con adaptaciones de similares mecanismos de *rendición de cuentas*, lo que parece claro cuando el sector privado ejerce funciones públicas. En definitiva, las privatizaciones y liberalizaciones no suponen una reducción del papel del Derecho administrativo, sino una redefinición de éste para que su *vis expansiva*¹¹ deba penetrar (moduladamente, y ahí está el reto) en las relaciones entre privados en garantía de los derechos de los ciudadanos y del interés general.

1.2. Derechos humanos y ausencia de dominación en las sociedades *decentes*

Decisiones adoptadas por empresas privadas (en su calidad de contratistas, prestadoras de un servicio de interés general, colaboradoras en tareas de inspección, control y certificación, por ejemplo) sobre el acceso y uso de un servicio público

¹⁰ HOEHN, F., "Privatization and the Boundaries of Judicial Review", *Canadian Public Administration*, vol. 54, issue 1, 2011, pp. 73 ff.

¹¹ CUETO PÉREZ, MIRIAM., *Procedimiento Administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 214

(prestaciones sanitarias, adjudicación de viviendas sociales, acceso al transporte público, etc.), decisiones sobre el acceso, suspensión y cesación del suministro de servicios de interés general básicos para la vida (energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.), decisiones sobre la capacidad de ciertos bienes y actividades de realizar su función sin riesgos para el interés general (inspección técnica de vehículos, certificaciones ambientales, etc.) pueden tener una incidencia en los derechos de los ciudadanos (no discriminación, libertad de empresa, continuidad del servicio, buena administración, etc.) y vulnerar principios generales del Derecho que regulan el ejercicio del poder (decisiones irracionales y no justificadas que vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad, medidas desproporcionadas que vulneran derechos habiendo alternativas menos restrictivas para éstos, etc.).

No parece necesario insistir en algo evidente: los derechos e intereses de los ciudadanos pueden verse afectados no sólo por decisiones y actuaciones de administraciones públicas, sino también por las de privados, los cuales “debido a sus músculos económicos pueden estar en una posición de tomar decisiones que en el momento presente no están sujetas a escrutinio y que podrían ser injustas o afectar adversamente al interés público”¹²

El Consejo de Europa ha sido sensible a esta situación. En su [resolución 1757 de 2010](#), titulada “Human Rights and Business” la [Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa](#), citando una recomendación anterior a la 1858 (2009) relativa a “private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force”, ha destacado como “While the responsibility to protect human rights is primarily that of states themselves, businesses also have responsibilities in this area, *especially where states have “privatised” classic state functions* such as certain areas of law enforcement or military activities. The Parliamentary Assembly calls for the legal vacuum in this area to be filled...”¹³

En el [informe del señor HAIBACH](#) del Comité de asuntos legales y derechos humanos que precedió a la aprobación de la recomendación de 2010 se destaca como en las décadas pasadas los gobiernos han privatizado crecientemente funciones que tradicionalmente pertenecían al Estado como la ejecución de la ley, la sanidad, la

¹² WOOLF, H. (1986), “Public Law-Private Law: Why the divide? – a Personal View, *Public Law*, Summer, p. 220 ff.

¹³ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1757.htm>

educación y las telecomunicaciones. En algunos casos esto ha conducido a lo que el profesor CLAPHAM, citado en el informe, describe como la “evaporación de controles que estaban establecidos en los sectores para asegurar el respeto de los derechos civiles y políticos¹⁴.

¿Deben recuperarse tales controles? ¿Cómo hacerlo? En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que es perentorio diseñar controles eficaces de los privados ejercientes de funciones públicas. Nos jugamos los derechos de los ciudadanos y su dignidad como integrantes de unas sociedades *decentes* que, por serlo, tienen como condición necesaria tal respeto¹⁵, como señala la constitución española en su artículo 10.1, al indicar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. No puede hablarse seriamente de libertad de los ciudadanos si estos están dominados, esto es, sometidos a una posible arbitraria interferencia (como es no tener en cuenta los intereses y las ideas de la persona sufriendo tal interferencia)¹⁶, *sea llevada a cabo por una instancia pública sea por una instancia privada*.

Pero, ¿cómo recuperar o en su caso fortalecer esos controles en sectores transferidos al sector privado y en otros casos en que privados ejercen funciones públicas?

1.3. Derecho público y Derecho privado en la protección de los intereses generales, de los derechos constitucionales y de la buena administración cuando existe ejercicio privado de funciones públicas

¹⁴ La traducción del inglés es mía. Puede consultarse este informe en: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12361.htm>

¹⁵ MARGALIT, A. , *La sociedad decente*, Paidós, 1997

¹⁶ PETIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, 1997

En el establecimiento de controles jurídicos que garanticen los derechos e intereses de los ciudadanos, su dignidad y libertad y el servicio a los intereses generales, ¿qué papel le corresponde al Derecho privado y al Derecho público?

Ante todo, corresponde señalar la progresiva difuminación de las rígidas fronteras entre uno y otro, en el sentido de que, como es sabido, el primero se aplica al sector público en no pocas ocasiones, mientras que el segundo, como razonaremos, debería aplicarse crecientemente a un sector privado que cada vez más ejerce funciones públicas. Dicho esto, *creemos que la mera aplicación del Derecho privado es insuficiente para garantizar los derechos constitucionales, estatutarios y legales implicados en la transferencia del ejercicio de funciones públicas al sector privado.*

En primer lugar, cabe destacar que aunque sea una empresa privada la que preste servicios públicos o servicios calificados de interés general o realice labores de control, inspección o certificación, siguen presentes y vigentes los derechos constitucionales, estatutarios y legales otorgados por el ordenamiento a los ciudadanos. Recordemos como el Art. 9.1 vincula también a los privados en el respeto de la constitución y como, por ejemplo, el Art. 37.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña señala que los derechos en él reconocidos vinculan, además de a los poderes públicos "...y de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares". Nos movemos, entonces, como es conocido en el ámbito de la eficacia de los derechos reconocidos por el Derecho público entre particulares¹⁷.

Los consumidores no dejan de ser ciudadanos cuando quien ejerce poder es una entidad privada y ésta no puede, por ejemplo, discriminarlos¹⁸.

La aplicación del contrato entre las partes privadas, cuando éste exista, no puede desconocer tales derechos constitucionales y estatutarios. Es cierto que *parte* de los derechos de los ciudadanos/consumidores puede ser protegido por la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, véase sus Arts. 8 y ss¹⁹, o Ley catalana 22/2010, de 20 de julio, del Código de

¹⁷ Por todos, BILBAO UBILLOS, JUAN, MARÍA: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw HUI, Madrid, 1997

¹⁸ Véase el expreso ejemplo de CUETO (2008) en relación con la denegación del uso del transporte público por parte de una empresa concesionaria a una persona de la etnia gitana

¹⁹ **Artículo 8.** Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

Consumo de Cataluña). Pero sólo parte: cuando el ciudadano/consumidor/usuario se enfrenta a la toma de decisiones por la otra parte contratante en ejercicio de poder público delegado de uno u otro modo por la Administración, la regulación de consumo – pese a que puede ser reforzada en este punto²⁰ – y el propio contrato aparecen, en nuestra opinión, como insuficientes, por inadecuados, para la protección de derechos y principios de ejercicio del poder. Ésta es la razón de ser del Derecho Administrativo, el cual, a lo largo de siglos ha diseñado mecanismos para limitar y guiar el correcto ejercicio del poder público. Ni la legislación de consumo ni los contratos se ocupan de limitar el ejercicio arbitrario o desproporcionado, sin procedimiento ni motivación debidos, de los poderes del privado al decidir sobre el acceso, suspensión o cesación del suministro, por ejemplo.

-
- a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
 - b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
 - c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
 - d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
 - e. La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
 - f. La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Artículo 9. Bienes y servicios de uso común.

Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

²⁰ Téngase en cuenta el proyecto de ley por la que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a los consumidores y usuarios ([BOCG, 10 de junio de 2011, núm. 131-1](#)), el cual parte de la constatación expresada en su exposición de motivos de que “Con todo, la normativa vigente no parece haber logrado el resultado perseguido. La práctica administrativa en la gestión de las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios revela que existe un elemento común en la mayor parte de éstas, manifestado a través de un creciente descontento en cuanto a la atención al cliente”. Con este proyecto se pretende según su art. 1 “establecer los parámetros mínimos obligatorios de calidad de los servicios de atención al cliente” en determinados sectores incluidos en el art. 2 (“sectores de servicios de suministros de agua, gas y electricidad, servicios de transporte de viajeros, servicios postales, medios audiovisuales de acceso condicional y servicios de comunicaciones electrónicas.”), estableciendo diversas obligaciones jurídicas de las empresas privadas referidas, por ejemplo, al plazo de resolución de quejas (art. 16).

Pues bien, cuando tal ejercicio es desarrollado por privados, no hay razón alguna para no aplicar los mecanismos trabajosamente diseñados por el Derecho público a lo largo de cientos de años, aunque deba evitarse toda traslación automática que no tenga en cuenta el contexto del ámbito privado, donde la autonomía de la voluntad y la posibilidad que tiene el ciudadano/consumidor/usuario de escoger entre diversas empresas en competencia. Bien al contrario, hay poderosas razones derivadas del Estado de Derecho para que el Derecho administrativo (adaptado en lo preciso si fuera necesario) siga como una sombra al ejercicio de potestades públicas.

Esas poderosas razones empiezan en la propia Constitución, en la que si bien, como hemos visto, no puede identificarse una reserva constitucional de ciertas tareas para la Administración, *sí puede hallarse una reserva constitucional de procedimiento, fundamentación y justificación para el supuesto de ejercicio de potestades públicas, sea quien sea el ejerciente, de conformidad con principios constitucionales de buena administración como la no arbitrariedad, la proporcionalidad, la imparcialidad o la objetividad* (arts. 1.1, cláusula de Estado de Derecho de donde la jurisprudencia deriva el principio de proporcionalidad, 9.3, interdicción de la arbitrariedad, 103, imparcialidad y objetividad y 105 CE)²¹

Desgraciadamente, hasta el momento, el legislador general y sectorial no ha estado demasiado atento a acompañar la transferencia de funciones públicas con un diseño de control y orientación del poder derivado del Derecho Administrativo. CUETO ha estudiado con atención las diferentes expresiones actuales del ejercicio por privados de funciones públicas y su regulación sectorial, para llegar a la conclusión de que "...la aplicación del procedimiento administrativo por sujetos privados cuando ejercen funciones públicas o cuando llevan a cabo actividades de interés general prácticamente ni se ha planteado, aunque...en algunos casos se establecen algunas garantías mínimas en la normativa cuando nos encontramos con el ejercicio de esas funciones públicas o ante la prestación de servicios esenciales" aunque "...no existe ninguna justificación para que el ejercicio de estas funciones públicas no vaya acompañado de las mismas garantías que cuando las mismas son realizadas por Administraciones de forma directa, porque no olvidemos que todas ellas podrían ser asumidas por la propia Administración"²².

²¹ PONCE, 2001, CUETO, 2008, p. 36 en igual sentido.

²² Gráficamente esta autora se pregunta "Esas funciones públicas aunque se presten por sujetos privados, se pueden ejercer en contra del interés general ¿Pueden ser abandonados los principios de objetividad y transparencia?"

Pese a ello, el legislador sólo ha establecido, y no siempre, “unos “seudo procedimientos”, que tratan de salvaguardar mínimamente la posición del particular, pero lo cierto es que las regulaciones son dispares, en intensidad, en formas, y el tratamiento jurisprudencial escaso y oscilante”²³

La legislación más reciente ha dado pasos en la correcta dirección, como ponen de relieve, por ejemplo, la regulación de las entidades colaboradoras en la ley 26/2010 del 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (Título VIII , “Potestades de inspección y control”, Capítulo II, arts. 91 a 101), así como la posibilidad de control por parte del *Síndic de Greuges de Catalunya*, a la que dedicaremos la segunda parte de este estudio, pero en términos generales, y en la propia ley catalana aludida, *continúa siendo insuficiente el tratamiento normativo de esta cuestión*.

En el caso de la ley catalana 26/2010, en nuestra opinión, la regulación no debería ceñirse tan sólo a las tareas de control e inspección de las denominadas entidades colaboradoras, *sino que, con carácter general, debiera incluir un estatuto de todo privado ejerciente de cualesquiera funciones públicas*. La misma ausencia de tratamiento transversal y global puede hallarse en otras recientes normas autonómicas²⁴.

²³ CUETO, 2008, pp. 38,39 y 41

²⁴ Alguna legislación autonómica ha intentado una regulación también, pero, de nuevo, limitada a algunos supuestos de ejercicio de funciones públicas por privados. Es el caso de los arts. 1.2 (sobre ámbito de aplicación) y 12 de la [ley gallega 4/2006, de 30 de junio](#), de transparencia y buenas prácticas, refiriéndose a los concesionarios de servicios públicos o de la [ley balear 4/2011](#), con idéntico enfoque en sus arts. 2.3 y 20. Dada la práctica identidad entre ambas leyes, reproducimos el precepto correspondiente de la primera:

“Artículo 12. Concesiones de servicios públicos.

1. Los concesionarios de servicios públicos deberán regirse en su actuación por el principio de transparencia en la gestión.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas contendrán las previsiones necesarias para garantizar, como mínimo, los siguientes derechos de las personas usuarias:

1.º) A presentar quejas sobre el funcionamiento del servicio, que habrán de ser contestadas de forma motivada e individual.

2.º) A obtener copia sellada de todos los documentos que presenten en las oficinas de la concesionaria, en relación con la prestación del servicio. 3.º) A utilizar, a su elección, el gallego o el castellano en sus relaciones con la entidad concesionaria y con sus representantes y trabajadores. 4.º) A acceder a toda la información que obre en poder de la concesionaria y sea precisa para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio. Quedan excluidos los documentos que afecten a la intimidad de las personas y los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, así como, en general, aquellos que estén protegidos por la ley. 5.º) A exigir de la Administración el ejercicio de sus facultades de inspección, control y, en su caso, sanción para subsanar las irregularidades en la prestación del servicio. 6.º) A ser tratadas con respeto al principio de igualdad en el uso del servicio, sin que pueda existir discriminación ni directa ni indirecta por razones de sexo.”

Más aún, dado el papel del Art. 149.1.18 CE en la distribución de competencias en esta materia, tal regulación debiera ser no sólo general, sino también, común estatal²⁵. Para ello, podría plantearse de *lege ferenda* diversas opciones legislativas para rellenar la laguna jurídica ahora existente. Una pudiera ser incluir a los privados ejercientes de funciones públicas en el ámbito subjetivo de aplicación de la LRJPAC (art. 2), aplicando directamente, y modulando, cuando fuera preciso en cada capítulo, las exigencias ya previstas para el ejercicio de funciones públicas por las Administraciones. Otra opción sería utilizar la misma fórmula empleada en la DA 2 para las corporaciones de Derecho público, esto es, la aplicación subsidiaria de la LRJPAC a falta de legislación sectorial específica. Una tercera posibilidad sería generar un título específico de la ley (como ha hecho la ley catalana) que abarcara (a diferencia de ésta) todos los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas y regulara de forma general y transversal éstos.

Ahora bien, fuera cual fuera la fórmula empleada, la normativa debiera hacer valer en estos casos los requisitos vinculados a los principios constitucionales de buena administración de imparcialidad y objetividad (abstención, recusación, incompatibilidades, conflictos de intereses, mandato de ponderación diligente del Derecho, los intereses y hechos envueltos en la toma de la decisión, contradicción...) e interdicción de la arbitrariedad (fundamentación y motivación suficiente y racional de las decisiones); principio de proporcionalidad (véase ahora el art. 39.1 bis LRJPAC); y fijación de los derechos de los ciudadanos en el caso de ejercicio de funciones públicas (extendiendo, en su caso moduladamente, las obligaciones del art. 35 LRJPAC a los privados), como mínimo²⁶.

En todo caso, es preciso, y así se hace de forma frecuente sectorialmente y también ahora en la Ley catalana 26/2010, por ejemplo, pero sólo para el caso de las entidades colaboradoras²⁷, reconducir las discrepancias entre el ciudadano/consumidor/usuario y

²⁵ PONCE, 2001

²⁶ Para el caso de los EE.UU véase AMAN, ALFRED C., "[Proposals for reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest](#)", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, primavera, 1999, pp. 13 y 14, propugnando la extensión, modulada, de la *Administrative Procedure Act* de 1946 a los supuestos de privados ejercientes de funciones públicas; para España, véase la propuesta de CUETO, 2008, pp. 40 y 41.

²⁷ "Artículo 96. *Supervisión administrativa*.

1. El órgano administrativo competente en materia de habilitación está facultado para supervisar las actuaciones de las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones de inspección y control, en los términos establecidos por la normativa sectorial y por la presente ley.

2. Las personas afectadas por las actuaciones de las entidades colaboradoras pueden presentar reclamaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 94. En los casos de resolución desfavorable o de falta de resolución dentro del plazo, las personas afectadas pueden trasladar la reclamación ante el órgano administrativo competente en materia de habilitación."

el prestador de los servicios/funciones públicas a una decisión final de la Administración mediante el oportuno *recurso*. Pero tal previsión es insuficiente si no se establecen los parámetros, los estándares jurídicos mínimos de fundamentación y justificación bajo los que la Administración resolverá la reclamación (bien sea por falta de contradicción en la toma de la decisión, por ausencia de motivación, por incumplimiento de obligaciones de permitir acceso al expediente...) y bajo los que deberá resolverse, en su caso, el conflicto judicial que pueda suscitarse (art. 2.d LJCA²⁸) y el posible recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, si la hubiera (pensemos, por ejemplo, en una justificación de la actuación del operador privado que sea discriminatoria, con vulneración del art. 14 CE; como es conocido, el Tribunal Constitucional salva procesalmente la imposibilidad de aceptar recursos de amparo frente a violaciones de derechos constitucionales por privados mediante el expediente de atribuir tal violación a los órganos judiciales que no la ha remediado: [STC 18/1984](#), FJ 6, STC 51/1988, FJ 1, o STC 129/1989, FJ 2). Ello además deviene crucial en el caso de las entidades colaboradoras que ofrecen su *know how* técnico a la Administración, pues si asumimos con CANALS, que en la resolución de estos *recursos de alzada* impropios la Administración no podrá entrar a controlar el fondo del asunto sino únicamente cuestiones vinculadas con la toma de la decisión²⁹ (nos resistimos a llamarlas “formales” pues tienen que ver con la fundamentación y justificación y, por tanto, en definitiva, indirectamente pero indisolublemente con el fondo del asunto), sólo estableciendo claramente esos estándares procedimentales y de motivación la defensa del ciudadano frente a la arbitrariedad privada podrá tener alguna garantía de éxito.

En conclusión, el ejercicio por privados de funciones públicas demanda una regulación específica del debido procedimiento de toma de decisiones, de la motivación de éstas y de los principios de control del ejercicio privado de poder. Tal regulación no existe de forma completa ni siquiera a nivel básico estatal. Esta deficiencia normativa actual, puesta de relieve y esperamos que subsanable en el futuro, condiciona los posibles controles a efectuar hoy en día en España y en otros países, incluyendo el que puedan desarrollar los *Ombudsmen*, como a continuación se argumentará. Pero a la vez otorga a éstos últimos la posibilidad de extender el reino del control de la arbitrariedad y de la

²⁸La jurisdicción contenciosa conocerá de “Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.”

²⁹ CANALS, 2003, pág. 332: “en mi opinión, lo que realmente se controla en vía administrativa ordinaria es la corrección del procedimiento seguido, si se han mantenido sus características fundamentales de objetividad e imparcialidad especialmente”

buena administración a espacios ocupados por privados que ejercen poderes públicos, como a continuación se expondrá.

II Posibilidades y límites del control por parte de los defensores: el ejemplo del *Síndic de greuges* catalán

La preocupación por la protección de los derechos de los ciudadanos cuando éstos se relacionan con privados ejerciendo poder público se extiende internacionalmente. En relación con el papel del Derecho administrativo y de los *Ombudsmen*, esta aseveración es confirmada, por ejemplo, con la celebración de la Conferencia mundial del *International Ombudsman Institute* (IOI) en junio de 2009, que reunió a 340 delegados y observadores de más de 90 países, con intervenciones del que fuera Secretario General de Naciones Unidas, el señor Kofi A. Annan y el comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁰.

Durante dicha conferencia se desarrolló un grupo de trabajo específico sobre el papel de los defensores fuera del sector público. En el mismo, se señaló como la habilidad del Derecho administrativo para responder al ejercicio del poder público por parte de entes no integrados en el sector público dependerá en gran medida de que pueda superar las limitaciones impuestas por la dicotomía público-privado³¹.

Como ha sido señalado por ESCOBAR (ESCOBAR, 2008, 25) en relación con el control por los *Ombudsmen* de la actividad de privados, "baste apuntar un tema que nos parece

³⁰ Los documentos referidos a esta conferencia están disponibles en:
<http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

³¹ MALIK, *Opening Remarks al Workshop "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector"*, *paper* correspondiente a la Conferencia Internacional del IOI en Estocolmo, 2009, consultable en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

esencial: la garantía de los derechos humanos cuando estos son vulnerados por otros ciudadanos. Está hoy consolidada la doctrina del deber general de protección de los derechos que incumbe a todos los poderes públicos, y ello con independencia del origen, público o privado, de las agresiones. Frente a esta afirmación material, de poco sirven los argumentos formales: aunque la ley atribuya a las Defensorías el control de los poderes públicos, aquéllas pueden también controla, aunque sea indirectamente a los particulares”.

Pues bien, el Derecho está dando pasos para que tal control jurídico de las agresiones a derechos de privados por otros privados no sea indirecto, sino *explícitamente directo*. Un ejemplo de esa extensión del Derecho público – el cual no debemos circunscribir sólo a la regulación del control judicial del contencioso-administrativo, como es evidente – se produce en el ordenamiento jurídico español, concretamente en la regulación del papel del defensor del pueblo catalán, a la que pasamos a referirnos.

2.1. El artículo 78 Estatuto de Autonomía Catalán y el artículo 26 de la Ley 24/2009 de 23 de diciembre del *Síndic de Greuges* catalán

Como ya avanzábamos antes, en el lento y trabajoso avance de limitar la arbitrariedad privada en el ejercicio de poderes públicos y guiar su buena administración, cabe destacar la novedad que suponen en Cataluña el art. 78.1 del EAC y, en desarrollo del mismo, la ley del *Síndic*.

El art. 78.1 del EAC, señala lo siguiente:

“El Síndic de Greuges tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto. A tal fin supervisa, con carácter exclusivo, la actividad de la Administración de la Generalitat, la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma, *la de las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta y la de las demás personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalitat y con las entidades públicas dependientes de ella*. También supervisa la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma”

Por su parte, el art. 26 de la ley del *síndic* establece que:

“Artículo 26. Sujetos sometidos a supervisión.

El Síndic de Greuges supervisa, en ejercicio de sus competencias, la actividad de los siguientes sujetos:

- d. *Las empresas privadas que gestionen servicios públicos o lleven a cabo, mediante concierto o concesión, actividades de interés general o universal o actividades equivalentes, así como las demás personas vinculadas contractualmente con la Administración de la Generalidad o con las entidades públicas que dependen de ésta, en los términos establecidos en el artículo 78.1 del Estatuto.*

Una lectura de los últimos informes presentados por el *Síndic* al Parlamento de Cataluña desde la aprobación del EAC muestra como en el ámbito del consumo, las actuaciones referidas a “servicios públicos privatizados” o “servicios de interés general” - único caso de ejercicio por privados de funciones públicas que se hace constar explícitamente-demuestran que estamos lejos de tratar una cuestión meramente teórica: en 2007, se registraron 237 actuaciones (sobre un global de 461) en 2008, 202 actuaciones (sobre un global de 471); en 2009, 199 (sobre 381); en 2010, 157 (sobre 419) ; y en 2011, 157 (sobre 391).

La lectura de ambos preceptos transcritos nos descubre ligeras variaciones en la ley respecto del EAC, así como una utilización profusa de terminología jurídica (“servicios públicos”, “concierto”, “concesión”, “actividades de interés general” (o “universal”)), así como una cláusula final que supera formalismos y rigideces y se refiere a “actividades equivalentes”. Conviene prestar atención alguna de estas cuestiones.

1. En el ámbito prestacional, el EAC y la ley se refieren a “empresas privadas que gestionen servicios públicos”. Parece clara la referencia a los bien conocidos supuestos de gestión indirecta de servicios públicos mediante contrato, previstos ahora en el art. 277 de la Ley de Contratos del Sector Público.
2. Asimismo, se refieren también a empresas privadas que lleven a cabo actividades de interés general o universal, especificando la ley que lo hagan por medio de concierto o concesión.

- a. En cuanto a las actividades de interés general, de la literalidad del precepto parece desprenderse que cualquier empresa privada que realice una actividad con algún grado de interés general caería bajo la supervisión del *Síndic* (lo que supondría supervisar desde una pequeña empresa que recibe una subvención hasta los denominados *servicios públicos impropios*, es decir, aquella actividad meramente privada pero que, dada su relevancia para el interés general, se halla sometida a un régimen jurídico singular, en el sentido de estar intensamente sometida a la intervención pública, como históricamente han sido considerados taxis y farmacias, por ejemplo).

Ahora bien, desde una interpretación sistemática y teleológica del precepto (art. 3.1 Código Civil), el adjetivo que acompaña luego al tipo de actividad (“o universal”) y el hecho de que la supervisión tiene sentido para “proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto”, nos hacen pensar que quizás el legislador estaba pensando en los denominados “servicios de interés (económico) general” y, dentro de ellos, en los denominados “servicios universales”, lo que parece tener más sentido.

Como es sabido, en el marco de la Unión Europea el proceso de liberalización de los servicios públicos ha dado lugar a un debate, todavía inconcluso, sobre las exigencias de interés general de los ciudadanos en relación con los servicios liberalizados. Al hilo del mismo, se ha elaborado una doctrina sobre los servicios de interés general, cuyos fundamentos pueden hallarse en diversos documentos de la Comisión sobre “Los servicios de interés general en Europa”.³²

En estos documentos se parte de la idea de que los servicios de interés general son un elemento esencial del modelo europeo de sociedad. Idea que ha sido trasladada a diversas normas jurídicas, como el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) o el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³²Comunicaciones de 1996 y 2001, Libro verde de 2003 y Libro blanco de 2004. Cabe hacer mención también del proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos (o servicios de interés económico general), de 1994.

La adecuada comprensión del concepto de servicios de interés general y de servicios de interés económico general, pues ambas expresiones son utilizadas con significados, como veremos, no exactamente idénticos, supone partir de la regulación comunitaria de la libre competencia económica y de sus excepciones. Como es sabido, la Unión Europea admite tanto la titularidad pública como privada de las empresas (artículo 345 TFUE). Pero, a la vez, el ordenamiento comunitario impone, como regla general, la imposibilidad de que los estados miembros puedan dispensar a las empresas públicas un trato de favor que distorsione la libre competencia, por lo que no pueden atribuirles derechos, poderes o prerrogativas exorbitantes, aunque tengan como finalidad el beneficio de los ciudadanos o usuarios. A ello se refiere el artículo 106.1 TFUE.

El TFUE admite, excepciones, privilegios o prerrogativas, aun con afectación de la libre competencia con las empresas privadas, cuando ello sea preciso para garantizar la prestación de tales servicios de interés económico general, posibilidad confirmada por la jurisprudencia del TJCE cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre la cuestión.

De ahí la importancia de precisar lo que sean tales servicios. Aunque se trata de una cuestión en constante evolución, el anexo I al *Libro blanco sobre los servicios de interés general* de 2004 contiene una serie de definiciones de términos con el ánimo de contribuir a deshacer malentendidos en el debate europeo provocados por "las divergencias terminológicas, la confusión semántica y las diversas tradiciones existentes en los estados miembros".

En consecuencia, de acuerdo con esta guía terminológica y la jurisprudencia existente del TJCE, los servicios de interés general son aquellos servicios y actividades que las autoridades públicas consideran de interés general por su relevancia (recordemos, entre otros aspectos y por lo que aquí interesa, respecto a la cohesión territorial y social y la garantía de derechos básicos) y que, sometidos o no a una disciplina de mercado, están sometidos a obligaciones específicas de servicio público y de servicio universal, puesto que, en todo caso, existe una *responsabilidad pública* en garantía del interés general.

Estas obligaciones pueden ser muy diversas y venir referidas a varios aspectos como, por ejemplo, estándares de calidad del servicio, creación y

mantenimiento de ciertas infraestructuras, límites tarifarios, garantías de acceso al servicio a personas con minusvalías, garantías para consumidores y usuarios, etc. Las mismas pueden venir impuestas por la normativa europea o nacional, con clara inspiración en el modelo norteamericano de las *public utilities*.

Por su parte, los servicios de interés económico general son aquellos servicios de interés general que consisten en una dación de bienes o servicios al mercado (entre ellos, por ejemplo, los grandes servicios económicos de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía o las telecomunicaciones y todos aquellos otros con semejantes exigencias de interés público, deducidas de la normativa europea o nacional, bajo control, claro está, del TJCE). En cambio, los servicios de interés general no económicos son aquellos en que predominaría una finalidad de naturaleza cívica o social, por encima de la lucrativa, íntimamente vinculados a la solidaridad y a la ciudadanía, que se relacionan con lo que en diversos estados miembros, entre ellos España, se ha considerado históricamente servicios públicos. De la jurisprudencia del TJCE y de los pronunciamientos de la Comisión, entre ellos la Comunicación mencionada de 2006, si bien no de forma concluyente y en un proceso, repetimos, de continua evolución y redefinición, se desprende que podrían formar parte de esta categoría los servicios educativos, sanitarios, de Seguridad Social o de vivienda social, si bien existe todavía una cierta confusión entre diversos pronunciamientos de la propia Comisión Europea, respecto a la posible consideración de ésta como un servicio de interés general económico.

Una expresión de todos estos fenómenos en la legislación española se encuentra en diversas declaraciones legales de determinados servicios, anteriormente sometidos a monopolio público, y en el marco de las liberalizaciones sectoriales frecuentemente, como servicios de interés general. Es el caso, por ejemplo, de diversas leyes estatales, como la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, en cuyo artículo 2 se establece que " Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia".

Es el caso también, en el ámbito autonómico, de diversas leyes, como por ejemplo la Ley catalana 2/1997, de 3 de abril, que declara los servicios funerarios como "servicio esencial de interés general" prestado "en régimen de

conurrencia" (artículo 1.1). De igual modo, la Ley catalana 4/2006, de 31 de marzo, ferroviaria, señala que el transporte ferroviario es un "servicio de interés general" que se presta en principio en "régimen de libre concurrencia" (artículo 31.1 y 2).

La fortuna de esta terminología en el ordenamiento jurídico español, de clara raigambre comunitaria, puede hallarse también en leyes aplicables a sectores al margen de estos fenómenos de liberalización, como la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, cuyo artículo 13 se titula "Servicios de interés general" y alude a la actividad de la Administración General del Estado a fin de que los prestadores de servicios o actividades de interés general "sujetos a obligaciones propias del servicio público" concedan un trato más favorable a los miembros de familias numerosas o la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, cuyo art. 4.1 señala que "El conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales se configura como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos".

Respecto a las consecuencias de considerar una actividad como servicio de interés (económico) general, éstas vienen vinculadas a la posibilidad de excepcionar las reglas de la libre competencia (artículo 106.2 TFUE) y de establecer regulaciones en garantía del interés general, las ya aludidas obligaciones de servicio público y servicio universal. *Ahora además, estas actividades quedarían bajo la supervisión del defensor en Cataluña, atendiendo a la interpretación propuesta.*

- b) Ahora bien, que el *Síndic* supervise la actividad de empresas privadas cuando tal actividad esté calificada como servicio de interés (económico) general no significa, entendemos, que el *Síndic* deba supervisar *toda* la actividad de la empresa privada y todas las relaciones de ésta con sus clientes. *La razón de ser del Derecho público y del control de los Ombudsmen (esto es, como dice el art. 78 EAC, "proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto") supone que el Síndic deba limitarse a supervisar aquellas decisiones y actuaciones privadas que supongan ejercicio de poder y perjudiquen los derechos ciudadanos.*

Decisiones como la admisión en el uso del servicio, la suspensión del mismo o el corte del suministro, la denegación de la prestación de obligaciones de servicio

público y/o universales son ámbitos donde existe ejercicio por privados de funciones públicas y donde la supervisión adquiere su sentido en garantía del usuario/ciudadano y del respeto de los principios generales que regulan la prestación de los servicios públicos y los servicios de interés general (continuidad, mutabilidad, igualdad, calidad, asequibilidad).

El *Síndic* puede tener un interesante papel velando por la continuidad del servicio, cuya vulneración puede suponer una afectación de derechos constitucionales y estatutarios de las personas; por la mutabilidad y el cumplimiento de las obligaciones de calidad y seguridad y de servicio público en sectores como el eléctrico (arts. 10 y 48.3 de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico), el postal o el de telecomunicaciones (arts. 22.5 Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal y art. 25 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones); velando por la inexistencia de discriminaciones; supervisando que se cumple la cláusula de progreso que garantiza a los ciudadanos la prestación en condiciones adecuadas (art. 48.1 ley del sector eléctrico); controlando, en fin, los supuestos de asequibilidad previstos en la normativa, como tarifas o precios máximos (arts. 10 y 11 de la ley del sector eléctrico) tarifas de último recurso (art. 34 ley del servicios postal universal), o incluso prestaciones gratuitas como las previstas en el art. 25.4 de la ley general de telecomunicaciones (“En cualquier caso, la obligación de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia sin derecho a contraprestación económica de ningún tipo debe ser asumida tanto por los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas al público, como por los que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas).

Esta obligación se impone a dichos operadores respecto de las llamadas dirigidas al número telefónico 112 de atención a emergencias y a otros que se determinen mediante Real Decreto, incluidas aquellas que se efectúen desde teléfonos públicos de pago, sin que sea necesario utilizar ninguna forma de pago en estos casos”).

No corresponde la supervisión del *Síndic*, sin embargo, en relación con los conflictos que puedan surgir entre el cliente/consumidor y la empresa, donde la legislación de consumo y el contrato entre partes otorgan suficiente protección, no existiendo ejercicio de poder.

- c) No cabe descartar, además, que la supervisión se extienda no sólo a los servicios de interés (económico) general formalmente declarados como tales, sino también a otras “actividades de interés general”, en la dicción literal del EAC y de la Ley. Desde luego, los servicios generales, en el sentido técnico jurídico visto, son “actividades de interés general. Pero éstas no se agotan en aquéllos, por cuanto existen actividades privadas de interés general que técnicamente no se configuran como un servicio de interés general, pero que podrían encajar en esta cláusula normativa. Pensemos en los ya aludidos *servicios públicos impropios*, como los denomina la doctrina jurídica española. En esta línea, cabría empezar a reflexionar sobre actividades con un impacto extraordinario en el interés general y con una amplia regulación administrativa sin duda son actividades privadas de interés general, como podría ser el caso de las entidades bancarias (en este sentido, téngase en cuenta, por ejemplo, el caso de las entidades bancarias³³)
3. La referencia final del EAC y la ley a “actividades equivalentes” *nos hace pensar en la auténtica razón de ser teleológica de estos preceptos: que la supervisión del Síndic en garantía de los derechos de los ciudadanos se efectúe siempre que exista una transferencia de funciones públicas para su ejercicio por privados, sea cual sea la denominación de este hecho o el título de la transferencia*. Esta cláusula final permitiría, pues, al *Síndic* velar por los derechos de los ciudadanos frente a las entidades colaboradoras a que se refiere la Ley 26/2010, ya aludidas, y que no encajaban en ninguna de las expresiones anteriores.
4. Por último, la especificación de la ley de que la prestación de estos servicios se lleve a cabo mediante “concierto o concesión” no parece ser demasiado afortunada y no se encuentra originariamente en el EAC, que sólo alude a la realización de actividades equivalentes “de forma concertada o indirecta”, lo que es muy distinto del texto legal. Como es sabido, la actividad pública de regulación de las empresas privadas operando en sectores declarados servicios de interés económico general se lleva a cabo, entre otras técnicas reguladoras, mediante autorizaciones (como es el

³³ Sobre el alto grado de regulación administrativa en función del impacto de estas actividades en el interés general, véase recientemente el [Real Decreto-ley 24/2012](#), de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. La Unión Europea reconoce la posibilidad de que las entidades bancarias desarrollen actividades que sean servicios de interés económico general: véase el [Report of the European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in the banking sector](#), adoptado por la Comisión el 17.6.1998 y presentado al consejo del ECOFIN el 23.11.1998),

caso, por ejemplo, de las telecomunicaciones³⁴), las que, por cierto, no son aludidas en la ley. Por ello, el art. 26 de la Ley del *Síndic* debe ser interpretado bajo la luz del art. 78.1 EAC, evitando toda interpretación restrictiva que contradiga a aquél.

2.2. Las obligaciones jurídicas del privado que ejerce funciones públicas y el papel del Síndic

2.2.1. Derecho a una buena administración y ejercicio por privados de funciones públicas: las insuficiencias normativas actuales y las posibilidades de la labor de supervisión

Como ya se puso de relieve, la legislación sectorial y transversal de procedimiento (estatal y autonómica, con la excepción en éste último caso de algunas CCAA que, sin embargo, no han desarrollado una regulación completa del fenómeno) no ha establecido hasta el momento un marco genérico de sumisión a mecanismos de derecho administrativo de los privados ejercientes de funciones públicas. Por ello, la supervisión por parte del *síndic* parte de éste *hándicap*, superable mediante las oportunas reformas normativas, y, a la vez, puede ser una palanca para superarlo.

La ausencia de regulación completa no significa que la *sindicatura* esté huérfana de referencias constitucionales, estatutarias y legales para la supervisión de las empresas privadas que ejercen funciones públicas en defensa de los derechos de los ciudadanos/usuarios.

³⁴ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, 2004, Thomson Civitas, Madrid, pp. 1210 y ss.

Efectivamente, la Constitución española establece unos principios constitucionales de buena administración también aplicables a los privados que ejercen poder público delegado, como dijimos. Además, será preciso como mínimo seguir un procedimiento formalizado en mayor o menor medida de toma de decisión que afecte al ciudadano, que fundamente ésta. Y deberá justificarse motivadamente porqué se adopta la decisión adversa para el ciudadano por parte de la empresa privada.

Todos estos requerimientos (así como otros) han cristalizado en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal General y, finalmente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 41, como es sabido. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los TSJ de las CCAA ha aplicado reiteradamente este derecho a una buena administración y algunos Estatutos y parte de la legislación autonómica lo han reconocido y regulado.

Entre estas regulaciones, se encuentra el EAC y la ley catalana 26/2010.

El art. 30 del EAC señala que:

“Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena administración

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las administraciones públicas tienen que fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.
2. Todas las personas tienen derecho que los poderes públicos de Cataluña las traten, en los asuntos que las afectan, de una manera imparcial y objetiva, y que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.
3. Las leyes tienen que regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a qué hacen referencia los apartados 1 y 2 y tienen que determinar los casos en qué las administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que dependen tienen que adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.”

Por su parte, el art. 22 de la mencionada ley establece que:

“Artículo 22. Derecho a una buena administración.

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:
 - a. El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.
 - b. El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.
 - c. El derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.
 - d. El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.
 - e. El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o de los cuales estas puedan disponer.
 - f. El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.
2. Las administraciones públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate.”

Si bien situado en precepto separado, cabe tener en cuenta además el contenido del art. 23 de esta ley:

“Artículo 23. Derecho a servicios públicos de calidad.

1. Todos los ciudadanos tienen derecho a:

Acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a que estos sean de calidad.

Plantear las sugerencias y las quejas relativas al funcionamiento de la actividad administrativa.

2. En el ámbito de la Administración de la Generalidad, el Gobierno debe establecer por decreto el procedimiento específico para la atención y la respuesta a las sugerencias, reclamaciones y quejas con relación a la prestación de los servicios públicos de su titularidad.

3. Las administraciones públicas de Cataluña deben impulsar la aplicación de cartas de servicios y otros instrumentos de calidad, en los términos establecidos por la correspondiente normativa.”

La existencia de este derecho a una buena administración, sea desarrollada por entes públicos o por empresas privadas cuando ejercen funciones públicas, exige la garantía de un *procedimiento debido* de toma de decisiones con impacto en los ciudadanos y una *fundamentación y justificación (motivación) debida* de tales decisiones³⁵. El debido procedimiento y la debida motivación son garantías típicas del Derecho administrativo, que debieran ser aplicadas también a los privados que ejercen funciones públicas en garantía del derecho a una buena administración y del resto de derechos implicados.

Aquí, el *Síndic*, con apoyo en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia europea y española recaída sobre el derecho a una buena administración (en un esperanzador diálogo mutuo futuro) tiene un interesante campo de actuación para proteger los derechos ciudadanos, en favor del interés general y evitando malas administraciones de empresas privadas en el ejercicio de funciones públicas, pues, como señala el art. 4.c de su ley de 2009, una de sus competencias es precisamente “velar porque las administraciones garanticen el *derecho a una buena administración y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general*”. Así, en esta línea, es ya destacable la afirmación contenida en su informe al Parlamento de 2008:

“Cuando se habla de buena administración o de buenas prácticas administrativas, uno de los elementos que es preciso tener en cuenta es el deber de explicar a la persona afectada, en términos entendedores, los motivos en que se basa una decisión que no le es favorable. Si eso es así para las administraciones públicas, *también tiene que serlo para las empresas* que gestionan servicios esenciales, al menos en cuanto a las incidencias en la prestación o la facturación de estos servicios”³⁶

2.2.2. Los actores en la supervisión del sector privado: la singular posición del Síndic

³⁵ PONCE SOLÉ, J., [2011] Voz “Buena administración” en el *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, impulsado por la Universidad de Alcalá y la AECID y consultable en línea en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/79

³⁶ Pág. 107, consultable en: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2420/INFORME%202008%20CASTELLA.pdf>

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la supervisión del sector privado no sólo es desarrollada por los *Ombudsman* “clásicos” (en el caso catalán, la institución de la *Sindicatura de Greuges*), sino que junto a éstos coexisten otras figuras.

Puede tratarse de *Ombudsman* sectoriales (inexistentes en España, pero creados en otros países, como es el caso australiano del *Telecommunications Industry Ombudsman*, estudiado por STUHMCKE³⁷ o del supuesto británico del *Ombudsman services*³⁸), de órganos y entes públicos pertenecientes a la Administración (órganos de protección del consumidor, como las Oficinas Municipales y Comarcales de Información al Consumidor o la Agencia de Consumo, en Cataluña), de autoridades independientes reguladoras del sector declarado servicio de interés general (como, por ejemplo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) y de defensores privados que encuadrados en las empresas privadas defienden los derechos de los clientes³⁹.

Además, la actividad del *Ombudsman* clásico de supervisión de la actividad privada se puede desarrollar, supuesto bien conocido, de forma indirecta (esto es, a través del control de la administración que tiene otorgada la potestad de protección de los derechos de los consumidores y usuarios y de regulación del servicio de interés general⁴⁰) y, caso que nos interesa aquí especialmente, directamente, esto es supervisando el ejercicio de funciones públicas por la empresa privada en defensa de los derechos de los ciudadanos/consumidores/usuarios.

Ante esta coexistencia y cruzamiento de supervisiones, conviene, de un lado, precisar el tipo de actividad a realizar por el *Síndic* respecto a las empresas privadas (a) y, por otro, su papel en relación con el resto de actores, públicos y privados, que actúen en un sector donde se da el ejercicio privado de funciones públicas (b)

³⁷ STUHMCKE, “The Corporatisation and Privatisation of the Australian Telecommunications Industry: the Role of the Telecommunications Industry Ombudsman”, *UNSW Law Journal*, vol. 21(3), 1998, p. 807 ff.

³⁸ <http://www.ombudsman-services.org/>, que opera en los ámbitos de las telecomunicaciones y energía, entre otros.

³⁹ Véase, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, el servicio de defensa del cliente de telefónica: http://info.telefonica.es/es/servicio_defensa_cliente/html/

⁴⁰ Véase su informe de 2008, pág. 97 y ss de su versión catalana, en relación con actuaciones relativas a las oficinas municipales y comarcales de información al consumidor y a las de la Agencia Catalana de Consumo, consultable en: <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=20>

a) Por lo que se refiere a la actividad del *Síndic*, como ya dijimos antes, su mandato estatutario y legal no consiste en la repetición de controles ya existentes referidos a la relación contractual entre privados enmarcada por la legislación de consumo. Su supervisión debería referirse al ejercicio privado de funciones públicas por parte de privados, en los supuestos ya mencionados, entre otros, de la gestión indirecta de servicios públicos, de la prestación de servicios de interés general (acceso, suspensión y corte de suministro⁴¹, cumplimiento de obligaciones de servicio público y universal vinculados a los principios de continuidad, mutabilidad, igualdad, calidad y asequibilidad, protección de derechos constitucionales, estatutarios y legales⁴², garantía de la buena administración⁴³, supervisión del respeto de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad). Así, por otro lado, es como parece entender su función esta institución⁴⁴.

b) En cuanto a su interacción con el resto de actores públicos y privados implicados, está clara su función de supervisión en garantía de la buena administración de las estructuras administrativas (de consumo, autoridades independientes) que limitan y regulan la actividad de las empresas privadas.

Por lo que se refiere a los defensores privados de las compañías, pudiéndose considerar positivo este servicio para los clientes, lo cierto es que es la institución de la *Sindicatura de Greuges* la que, a diferencia de los mismos, goza de aquellos elementos, bien conocidos, que garantizan su legitimidad, su imparcialidad y objetividad (elección y rendición de cuentas parlamentarias, incompatibilidades, declaración de intereses, duración del mandato e inamovilidad, financiación, autonomía, como garantiza la ley 24/2009) y por tanto su legitimidad reforzada para la garantía de la buena administración privada en el ejercicio de funciones públicas y de los derechos de los ciudadanos/consumidores/usuarios.

⁴¹ Informe de 2010, pág. 58 de su versión catalana, "en el ámbito de los servicios básicos o esenciales, una de las cuestiones que frecuentemente motivan la queja de los usuarios es el corte del suministro por impago". Informe de 2011, pág. 60 de la versión catalana, necesidad de notificar adecuadamente el futuro corte de suministro y de motivar el porqué no se puede disponer de inmediato del servicio solicitado.

⁴² Informe de 2011, pág. 62 en la versión catalana, recordando el derecho de los usuarios del transporte público a ser tratados con corrección por el personal del gestor del mismo.

⁴³ Véase su informe al parlamento de 2007, pág. 83 de la versión catalana, consultable en <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=20>, subrayando el derecho del ciudadano a respuesta a sus solicitudes a operadores de telecomunicaciones y a motivación de las decisiones de éstos. Informe del 2008, pág. 86 en su versión catalana, derecho a obtener respuesta de los ciudadanos

⁴⁴ Véase su informe al parlamento de 2007, pág. 82 de la versión catalana

En consecuencia, no cabe confundir lo que puede ser un servicio comercial valioso con un mecanismo estatutario de control de la buena administración (un análisis en este sentido del *Telecommunications Industry Ombudsman* australiano hecho por STUMHMCKE plantea dudas sobre la posición como simple consumidores de los ciudadanos y el diseño del TIO, que “seems ideally suited to industry”⁴⁵).

Esa posición peculiar de la *sindicatura de greuges* y las dudas suscitadas en otros países por *Ombudsman* sectoriales que pueden obtener sus ingresos del propio sector supervisado (caso del TIO australiano) deben vacunarnos de *experimentos* futuros que pudieran comprometer la imparcialidad e independencia de la supervisión de la buena administración, así como afectar a una visión transversal sobre la actividad pública y privada de ejercicio de funciones públicas, que permite otorgar coherencia y estabilidad a la supervisión efectuada.

En este sentido, parece más razonable y mejor institucionalmente el fortalecimiento futuro de los medios de una oficina transversal, como la ya existente en Cataluña con la *sindicatura de greuges* (aunque internamente, lógicamente, conozca de especializaciones organizativas, probablemente progresivas, en función de los sectores a supervisar) que una explosión de *Ombudsman* sectoriales (que pudieran además tener una cuestionable objetividad en función del diseño organizativo y de su financiación).

2.2.3. Poderes y límites de la actuación de supervisión por parte del síndic

Por último, conviene hacer alguna reflexión sobre qué potestades ostenta el *Síndic* para hacer efectiva esa supervisión directa de la buena administración de las empresas privadas que ejercen funciones públicas, así como de los límites que esta institución tiene cuando desarrolla tal actividad.

En lo que se refiere a los poderes, la Ley 24/2009, de 23 de diciembre contempla las posibilidades de actuación del *Síndic* de forma indistinta, tanto cuando éste supervisa al sector público como al privado. Asimismo, los arts. 55 y ss prevén las obligaciones de colaboración de los sujetos supervisados, públicos o privados, en idénticos términos.

⁴⁵ STUMHMCKE, 1998, p. 832.

Sin embargo, cuando la supervisión lo es de privados ejerciendo funciones públicas, algunos aspectos pueden exigir alguna reflexión complementaria y presentan dificultades específicas, como pone de relieve RIBÓ⁴⁶.

Así, por ejemplo, ¿qué ocurre si se niega la colaboración por parte del privado? El art. 61 de la ley de 2009 distingue entre la falta de colaboración y la obstaculización, quedando reducida ésta a dos supuestos: impedir el acceso a los expedientes, informaciones, datos y la documentación necesaria en el curso de una investigación o impedir el acceso a espacios a que se haya de impedir para obtener la información necesaria en el curso de una investigación, esto es, a las obligaciones jurídicas del supervisado establecidas por los arts. 55 y 56 de la propia ley, respectivamente.

En el supuesto mencionado del acceso, téngase en cuenta en este caso que evidentemente rige el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE, por lo que será precisa autorización judicial para acceder al domicilio de las empresas privadas ejercientes de funciones públicas.

Ahora bien, lo que deba considerarse como domicilio de las personas jurídicas privadas ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC 137/1985, 69/1999), en función de la que tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 de la Constitución, los espacios que requieren de reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se lleva a cabo, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado.

⁴⁶ RIBO, RAFEL, *paper* presentado en el marco del *Workshop* "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector", correspondiente a la Conferencia Internacional del IOI en Estocolmo, 2009, p. 8, consultable en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

En cambio, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación. Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares.

En todos estos supuestos de obstaculización, la propia ley prevé el tipo de reacción por parte del *Ombudsman* (art. 61.3), sin perjuicio de recordar en su art. 63 la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal por parte de “las autoridades y los funcionarios que obstaculicen” su actuación, debiendo la institución dar traslado al Ministerio Fiscal para que ejerza las acciones pertinentes.

En este punto cabe plantearse si alguna persona encuadrada en una empresa privada ejerciente de funciones públicas (una concesionaria de servicios públicos, una entidad colaboradora, una empresa que opera en el ámbito de un servicio de interés económico general prestando obligaciones de servicios públicos, por ejemplo) obstaculiza la investigación del *Síndic*: ¿incurriría en la responsabilidad penal derivada del art. 502 del Código penal?

La respuesta, a la vista de la amplitud con que el art. 24 del mismo código contempla el concepto penal de funcionario público (“todo el que por *disposición inmediata de la Ley* o por elección o por nombramiento de autoridad competente *participe en el ejercicio de funciones públicas*”) ha de ser positiva: *a efectos penales*, los sujetos privados que ejercen funciones públicas pueden ser considerados funcionarios públicos.

La ley de 2009, en cualquier caso, apuesta porque la supervisión contemplada en el art. 78 EAC se desarrolle en el marco del acuerdo de voluntades, en la medida de lo posible, como expresión legal del principio de proporcionalidad, entre la institución y las empresas privadas. De ahí que el art. 58 haga referencia a que deben impulsarse “la suscripción de convenios o acuerdos con las administraciones, organismos, empresas y personas a que se refiere el artículo 26 a fin de crear un marco de colaboración y facilitar la comunicación mutua”. Lo que en los últimos años se ha procedido a concretar en la práctica⁴⁷.

⁴⁷ Véase, RIBÓ, 2009, y los informes anuales al parlamento del defensor, donde se van dando noticia de estos convenios

Finalmente, y por lo que se refiere a los límites de la actuación del *Síndic* en relación con las empresas privadas, es claro que, a parte de respetar los derechos constitucionales y estatutarios de los privados (como el ya aludido derecho a la inviolabilidad del domicilio) y lo señalado por la ley de 2009, la actuación de esta institución pública viene limitada y guiada, en todo caso, por los principios constitucionales de, por ejemplo, no *discriminación* (art. 14 CE), *interdicción de la arbitrariedad* (lo que implica que sus actuaciones y decisiones deban ser racionales y justificadas) y de *proporcionalidad* (lo que implica que su supervisión de las empresas privadas debe perseguir la finalidad prevista por la ley, eligiendo siempre el medio menos restrictivo para los derechos de los privados, siempre que garantice la eficacia de sus actuaciones, y ponderando los costes y beneficios generados por su posible actuación, de acuerdo con los tres filtros clásicos presentes en la jurisprudencia del TEDH, del TJCE, del TC y del TS).

III Algunas reflexiones finales

3.1. Las progresivas similitudes entre el control del sector público y el control del sector privado como consecuencia de la Nueva Gestión Pública

Lo expuesto en páginas precedentes, más allá del control específico por los *Ombudsmen* y retomando una reflexión más general, parece abocarnos a la conclusión

de que la progresiva transferencia de funciones y servicios públicos al sector privado, por un lado, y la incidencia de los postulados de la Nueva Gestión Pública al público, por otro, están produciendo un acercamiento de los regímenes respectivos de *rendición de cuentas* (*accountability*) de ambos sectores y de los mecanismos jurídicos para su articulación⁴⁸.

Así, si lo queremos expresar de forma gráfica en un cuadro, podríamos apuntar lo siguiente:

Administraciones Públicas	Empresas privadas que ejercen funciones públicas
<ul style="list-style-type: none"> -Servicio al interés general (art. 103 CE) -Buen gobierno y obligaciones vinculadas al derecho a una buena administración: debido procedimiento administrativo y debida motivación -Códigos de buen gobierno, Códigos de conducta, Códigos éticos -Nueva Gestión Pública (eficacia, eficiencia, economía) y obligaciones de protección del consumidor -Vinculación a los derechos constitucionales 	<ul style="list-style-type: none"> -Responsabilidad social corporativa -Buena Gobernanza/gobernabilidad corporativa (<i>corporate governance</i>) y obligaciones derivadas del derecho a una buena administración: debido procedimiento de toma de decisiones y debida justificación de las mismas -Códigos de conducta -Ánimo de lucro y obligaciones de protección del consumidor -Vinculación a los derechos constitucionales

⁴⁸ MULGAN, R., "Comparing Accountability in the Public and Private Sectors", *Australian Journal of Public Administration*, 59(1): 87-97, March 2000.

<p>-Control por <i>Ombudsman</i></p> <p>-Control judicial: jurisdicción contencioso administrativa en caso de ejercicio de potestades administrativas.</p>	<p>-Control por <i>Ombudsman</i> cuando ejercen funciones públicas y prestan obligaciones de servicio público o universal</p> <p>-Control judicial: art. 2d Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.</p>
--	--

Aunque brevemente, a continuación nos referimos a algunos de estos aspectos.

3.2. La necesaria aproximación funcional al papel del Derecho público: *sombra* del ejercicio de poder público

Esta aproximación entre sectores públicos y privados tiene su reflejo en el papel y la razón de ser del Derecho administrativo: las sucesivas oleadas de “huidas del Derecho administrativo”, de privatizaciones y liberalizaciones podrían dar la impresión de que parcelas enteras de incidencia del Derecho administrativo son “arrancadas” a éste, quedando más y más *escuálido* frente a la incidencia del Derecho privado.

Sin embargo, si se considera, como aquí se ha indicado, que el Derecho administrativo es aquel que acompaña al ejercicio del poder, sea éste desarrollado por Administraciones o ejercido por privados por delegación, de un modo u otro, el Derecho administrativo no estaría muriendo de *inanición* sino transformándose y “saltando” vallas de distinción público-privado.

En este sentido, hace años surgía la pregunta de si estaríamos “¿...asistiendo a la formación en España de un derecho administrativo mixto, que deberá ser impulsado por la jurisprudencia, formado en parte por reglas de derecho público y por reglas de derecho privado? ¿se está produciendo una paulatina convergencia entre el modelo de *droit administratif*, tradicionalmente vigente en España, y el modelo de *common law*,

propio del ámbito anglosajón?”⁴⁹. Parece que el fenómeno de la atribución de funciones públicas a privados ayudaría a responder afirmativamente a tal cuestión.

3.3. Mejorable regulación del ejercicio por privados de funciones públicas

Ahora bien, la generación de una combinación razonable y eficaz de Derecho Público (incluyendo principios y reglas), acompañando el ejercicio privado de poder de origen público, con Derecho Privado, derivado de la legislación aplicable, incluida la de protección de consumidores y usuarios, y del contrato entre partes, exigiría una clarificación normativa del alcance de las obligaciones procedimentales que habrían de ser aplicables a los sujetos privados, como ya hemos expuesto.

Esta necesaria normativa debería tener cuidado con la autonomía de la voluntad del prestador y la capacidad del consumidor de elegir libremente en un contexto de competencia, por lo que debería tratarse de un derecho administrativo *modulado* en garantía de la buena administración (privada) de funciones públicas y de los derechos constitucionales, estatutarios y legales de los ciudadanos/consumidores/usuarios, que complementara (no sustituyera ni duplicara) la garantía ya ofrecida por el Derecho privado.

3.4. Responsabilidad social corporativa, códigos de conducta, *corporate compliance* y responsabilidad penal: la contribución de la supervisión del *Síndic* a la buena gestión

Finalmente, una última breve reflexión sobre un tema que exigiría mayor desarrollo del que ahora podemos aquí efectuar. Se trata de entender cómo la labor de los Ombudsman, como el *Síndic*, pueden ayudar al impulso de una (real) responsabilidad social corporativa⁵⁰.

⁴⁹ PONCE, 1999, pág. 1270

⁵⁰ El mencionado informe del señor HAIBACH del Comité de asuntos legales y derechos humanos que precedió a la aprobación de la recomendación de 2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Derechos humanos y negocios, se cita la definición de la Comisión Europea sobre la Responsabilidad Social Corporativa, como un concepto en el que las empresas privadas integran de modo voluntario preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones mercantiles y sus interacciones con sus *stakeholders*.

En su supervisión de la actividad de los privados ejerciendo funciones públicas y en las recomendaciones y sugerencias que se les puede plantear, el *Síndic* puede contribuir a que tales empresas tengan efectivamente presentes consideraciones relativas a la cohesión social y a la sostenibilidad ambiental y las incorporen a sus *códigos de conducta* (a los que hace referencia el código de consumo de Cataluña de 2010, aprobado por ley 22/2010, en diversos preceptos⁵¹), mejorando así su *autorregulación*.

En esta dirección, y en la línea del *Código de Buenas Prácticas administrativas* de 2009⁵², la institución tiene un campo interesante a recorrer con la experiencia atesorada en el control de las empresas privadas, pudiendo impulsar las buenas prácticas también en el supuesto de ejercicio por privados de funciones públicas. Asimismo, sería muy positivo que las buenas prácticas detectadas por la *sindicatura* nutrieran a los códigos de conducta privados en lo preciso, en un diálogo mutuo enriquecedor y favorable, en definitiva para el interés general.

Por otro lado, la relación entre empresas privadas y *Ombudsman* puede contribuir a mejorar la *corporate compliance* de aquéllas (esto es, los sistemas internos de supervisión y control de cumplimiento normativo por parte de las empresas privadas) y en consecuencia a diseñar mejores procedimientos internos en garantía de la buena administración y los derechos de los ciudadanos/consumidores/usuarios, lo que, en definitiva, puede servir en la práctica para evitar futuras responsabilidades penales de las empresas privadas por no haber tenido “el debido control” en el ejercicio de las

Véase la página 11 de este informe y su cita del texto de la Comisión europea “Implementing the partnership for growth and jobs: making Europe a pole of excellence for CSR”, 22 March 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0136:FIN:en:PDF>.

⁵¹ Éste los define en su art. 11.2, p como “acuerdo o conjunto de normas fundamentados en criterios éticos y de buena práctica comercial, no impuestos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en que se define el comportamiento de los empresarios que se comprometen a cumplirlos en sus relaciones de consumo”, prevé su fomento por la Administración de consumo “como instrumento de autorregulación y co regulación para mejorar la defensa de las personas consumidoras y la disciplina del mercado” (art. 311-2) y tipifica como infracción grave el “incumplir las obligaciones hacia las personas consumidoras asumidas voluntariamente por medio de los códigos de conducta si se ha manifestado la adhesión a ellos” (art. 311-2 g, con sanción de multa comprendida entre 10.001 y 100.000 euros, cantidad que puede ultrapasarse hasta alcanzar el quintuple del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción”

⁵² Consultable en:
<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codigo%20buenas%20practicass%20administrativas.pdf>

funciones públicas encomendadas, de conformidad con la regulación que ahora establece el art. 31 bis del Código penal⁵³.

⁵³ “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Pensemos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público o de interés general que conduce a la discriminación de un ciudadano/a usuario/a del mismo, vulnerando el art. 14 CE, el principio de igualdad en los servicios públicos y cometiendo un delito tipificado en el art. 511 del Código penal, por ejemplo, en ausencia de protocolos internos claros de gestión de la diversidad en la empresa.

Una fructífera colaboración entre los *Ombudsman* y las empresas privadas puede prevenir estos y otros supuestos de mala administración (que, en su caso, pueden conllevar responsabilidad penal de la persona jurídica privada).

IV Bibliografía

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

AA.W. (2001): *El "model europeu" de cohesió econòmica i social*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona

AMAN, ALFRED C. (1999), "Proposals for reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, primavera, pp. 397 y ss.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA (1997): *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw HUI, Madrid

CANALS AMETLLER, DOLORS (2003), *El ejercicio por privados de funciones de autoridad*, Comares, Granada

CUETO PÉREZ, MIRIAM (2008), *Procedimiento Administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid

DE LA QUADRA, TOMÁS (2005): "Estado y mercado en un mundo global", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, mayo-agosto, p. 99

DIEZ-PICAZO, LUIS (2003): "La idea de servicios de interés económico general", en Cosculluela Muntaner, Luis (coord.) (2003) : *Estudios de Derecho público económico (Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer)*, Civitas, Madrid, p. 77 y ss.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL (1958). "El servicio de taxi", *RAP*, núm. 27, p. 29 y ss.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (Dir) (2008), *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Aranzadi, Madrid

HOEHN, F. (2011), "Privatization and the Boundaries of Judicial Review", *Canadian Public Administration*, vol. 54, issue 1, pp. 73 ff.

JAVATO MARTÍN, A.M. (2011) "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", *Revista jurídica de Castilla y León*, num. 23, enero, pp. 145 y ss.

MALIK (2009), *Opening Remarks al Workshop "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector"*, *paper* correspondiente a la Conferencia Internacional del IOI en Estocolmo, consultable en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

MARGALIT, A. (1997), *La sociedad decente*, Paidós

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ (1996): "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", REDA, núm. 92, p. 567 y ss.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. (2004), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, 2004, Thomson Civitas, Madrid

MULGAN, R. (2000), "Comparing Accountability in the Public and Private Sectors", *Australian Journal of Public Administration*, 59(1): 87-97, March 2000

PETIT, P. (1997), *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós

PONCE SOLÉ, JULI (1999) "Derecho público, Derecho privado y control judicial de la actividad administrativa en España", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno IX Fasc. 6, 1999, pp. 1277 y ss.

(2000), "Public Law, Private Law and the Legal Control of Administrative Activities in Spain", *European Review of Public Law*, vol. 12, n. 2, summer, p. 721 ff.

(2001) *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Madrid.

(2010) PONCE, J., "Procedimiento administrativo, Globalización y Buena administración", en PONCE, J. (Coord), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons.

(2011) Voz "Buena administración" en el *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, impulsado por la Universidad de Alcalá y la AECID y consultable en línea en:

http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/79

RIBO, RAFEL (2009), *paper* presentado en el marco del *Workshop* "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector", correspondiente a la Conferencia Internacional del IOI en Estocolmo, consultable en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

SAINZ MORENO, F. (1983): "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, núms. 100-102, pp. 1699 y ss.

SANCHEZ MORÓN, M. (2011), *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 7ª ed.

SCOTT, C (2002), "Accountability in the Regulatory State", in *Administrative Law*, edited by Peter Cane, Aldershot, UK, Ashgate

STUHMCKE (1998), "The Corporatisation and Privatisation of the Australian Telecommunications Industry: the Role of the Telecommunications Industry Ombudsman", *UNSW Law Journal*, vol. 21(3), p. 807 ff.

VILLAREJO, H., y SALVADOR, M.A. (2008), "El complejo proceso de transposición de la directiva de servicios", *Informe CC.AA*, IDP, 2008, pp. 81 y ss.

WOOLF, H. (1986), "Public Law-Private Law: Why the divide? – a Personal View", *Public Law*, Summer, p. 220 ff.