



LA PRESTACIÓN
PRIVADA DE SERVICIOS
DE INTERÉS GENERAL
Y BUENAS PRÁCTICAS
CORPORATIVAS
FEBRERO 2014

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

LA PRESTACIÓN
PRIVADA DE
SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL Y
BUENAS PRÁCTICAS
CORPORATIVAS

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

Primera edición: Febrero 2014

La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas

Diseño y maquetación: Síndic de Greuges de Catalunya

Impreso en papel reciclado

Diseño original: America Sanchez

Foto de cubierta: © Síndic de Greuges

LA PRESTACIÓN PRIVADA DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y BUENAS PRÁCTICAS CORPORATIVAS

INTRODUCCIÓN	5
EL SÍNDIC Y LAS EMPRESAS DE INTERÉS GENERAL.....	7
EL ELUSIVO RETO DE LA MEJORA DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES POR JOAN-RAMON BORRELL.....	11
LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL POR CARLES RAMIÓ	27
LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: EL PAPEL DE LOS OMBUDSMEN EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DECENTE POR JULI PONCE SOLÉ.....	41
BIBLIOGRAFIA.....	57

INTRODUCCIÓN

La evolución de nuestra sociedad hace que los derechos de los usuarios y consumidores tengan progresivamente un mayor relieve, especialmente los derechos relacionados con la prestación de servicios que se consideran básicos o esenciales en la vida cotidiana de las personas.

A su vez, una parte importante de estos servicios básicos o esenciales ha evolucionado desde su configuración como servicio público reservado a la Administración hasta la situación actual, en que son prestados por empresas privadas bajo el régimen de libre mercado. La liberalización de la prestación de unas actividades consideradas esenciales no puede comportar la disminución de derechos y garantías para los usuarios.

Este proceso de liberalización y privatización de actividades y servicios públicos tiene como principal consecuencia que la Administración ya no es el único sujeto al que el ordenamiento atribuye obligaciones de servicio público, sino que también lo son, por la actividad que desarrollan, determinados sectores económicos privados. En este nuevo contexto, el Ombudsman debe controlar de forma directa las actividades del sector privado que conlleven el ejercicio de obligaciones de servicio público.

Debemos plantearnos si las herramientas y los instrumentos pensados para supervisar a la Administración pública —sujeto que, salvo alguna excepción, no es titular de derechos fundamentales— pueden trasladarse a la supervisión del sector privado, en el que el uso de los mismos instrumentos podría comportar una interferencia en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Un planteamiento de supervisión de los servicios de interés general en términos análogos a los que se aplican en la actuación administrativa requiere avanzar en las actuaciones de verificación sobre los prestadores de este servicio.

Para profundizar en este debate, el Síndic de Greuges organizó en el año 2011 una serie de jornadas en las que colaboraron, entre otros, Fomento del Trabajo, el Círculo de Economía y el Instituto Internacional del Ombudsman. Fruto de aquellas jornadas, les presentamos las ponencias impartidas por Joan Ramon Borrell, Carles Ramió y Juli Ponce.

EL SÍNDIC Y LAS EMPRESAS DE INTERÉS GENERAL

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 78, otorga atribuciones al Síndic para actuar en el ámbito de empresas privadas que prestan servicios universales y/o de interés general.

Los conceptos servicios universales y/o de interés general son imprecisos económica y jurídicamente y no corresponde aquí definirlos. En todo caso, son unos servicios privados en los que juegan elementos como la universalización de las prestaciones, las potestades públicas e incluso la autoridad, pero son servicios privados que podrían afectar a derechos de las personas, elementos que son centrales para una institución como el Síndic de Greuges.

Existe un conjunto de actores que garantizan la calidad y defensa de los derechos de los consumidores: agencias reguladoras, agencias autonómicas de consumo que tienen amplias competencias, autoridades competentes en la materia estatales y autonómicas, ayuntamientos vía OMIC o equivalentes, poder judicial, asociaciones de consumidores. Además de todos estos actores, están las propias empresas que se autorregulan vía unidades de atención al cliente y de calidad, defensores del cliente y responsabilidad social corporativa (RSC).

A pesar de esta constelación de actores que configura un sistema garantista, en la práctica los consumidores siguen estando bastante indefensos. Las entidades reguladoras en España son poco independientes políticamente. Ponderan una regulación de carácter político (p. ex. precios políticos) y de ordenación y competencia del sector, pero no ponderan, en cambio, la defensa de los consumidores.

Las diferentes administraciones públicas tienen un problema de visión general y transversal de la problemática y, por su fragmentación, buscan más la solución de incidencias que la resolución de problemas a nivel de categorías o de sistema.

Las empresas vinculan más la atención al cliente, la calidad y la RSC al marketing que a

una verdadera defensa de los derechos de sus clientes.

En España las empresas privadas prestadoras de servicios universales y/o de interés general tienen problemas organizativos para garantizar los derechos de sus usuarios o consumidores. Prestan, en muchos casos, servicios a millones de usuarios y se dotan de modelos de producción fordista con una visión económica poco flexible a la hora de atender incidencias especiales que afectan a sus usuarios, que quedan, en muchos casos, indefensos.

Los consumidores de servicios de interés general quedan, en muchos casos, indefensos y mal atendidos. Dados estos argumentos, puede considerarse que la actuación, la supervisión y el análisis del Síndic de Greuges en estos ámbitos pueden aportar un gran valor añadido a la defensa de los derechos de los consumidores (y en un sentido más amplio de los ciudadanos, ya que quedan afectados derechos). La perspectiva que puede aportar el Síndic de Greuges puede ser innovadora en el sentido de proactividad, transversalidad y profundidad en el análisis, y de una gran efectividad en la protección formal y material en la defensa de los derechos de las personas.

Experiencia y objetivos

El Síndic tiene experiencia en la defensa de los derechos de los ciudadanos en relación con las administraciones públicas y sus actuaciones. Las administraciones públicas se han ido reciclando y tienen mucha experiencia en la atención de un público masificado. Deben trasladarse las buenas prácticas del sector público hacia el sector privado y a la inversa y en esta migración conceptual el Síndic puede jugar un papel muy destacado.

En las actuaciones del Síndic en relación con el mundo empresarial también hay que tener en cuenta el fenómeno de las externalizaciones y de las asociaciones público-privadas. En este sentido, como los servicios son de titularidad pública, el Síndic debería actuar y escrutarse a la

Administración titular (principal), y no a las empresas (agentes), así como contribuir a mejorar los sistemas de dirección, control y evaluación que ejerce el principal sobre los agentes. De todas formas, y dada la inhibición de la mayoría de administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones como principal, el Síndic de Greuges tiene toda la legitimidad para vigilar e intervenir directamente sobre las empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

Por mandato estatutario, el Síndic debe tramitar las quejas y denuncias de los usuarios de servicios privados de carácter universal y/o de interés general igual que con las administraciones públicas. La ventaja es que la relación Síndic–empresas es mucho más ágil que la relación Síndic–administraciones (no son necesarios oficios formales, gestión clásica de expedientes y permite un contacto rápido con las empresas vía correo electrónico o teléfono). Las empresas son muy permeables a estas quejas y los problemas pueden resolverse de forma muy rápida.

Hay que poner en valor la gran fuerza que tiene el Síndic: la publicidad y la denuncia ante la opinión pública de posibles malas prácticas empresariales. Esta facultad sólo debe utilizarse en casos muy extremos.

El Síndic debe actuar con capacidad plena en la tramitación de quejas y en el control de oficio de estas empresas privadas. Ahora bien, también debería priorizar al máximo sus funciones de carácter preventivo, que son las que pueden aportar más valor a la sociedad.

1. Garantía de igualdad en la relación

La intervención supervisora del Síndic debería estar dirigida a corregir especialmente las situaciones de desequilibrio contractual entre las partes y, en general, a facilitar la identificación de las insatisfacciones con la prestación de los servicios, el diagnóstico de los problemas y el debate contradictorio entre las instituciones de tutela y los operadores, para que puedan producirse mejoras normativas y organizativas en los servicios.

En la labor de identificar los desequilibrios contractuales que a menudo están en la raíz de los problemas de competencia en los servicios liberalizados, hay que centrarse en aspectos muy concretos.

2. Identificar desigualdades en la relación ciudadano/empresa-servicio

No tiene sentido hacer una lista de actividades que son de interés general o que deben ser esenciales, sino buscar en qué circunstancias la provisión de los servicios no se ajusta al interés del ciudadano. Se trata de revisar cómo los prestadores, sean públicos o privados, se relacionan con sus clientes.

Cabe identificar los desequilibrios que provienen de los problemas de información de los consumidores y usuarios, y del uso estratégico de esta información por parte de las empresas operadoras. Y también deben identificarse los problemas que provienen de los comportamientos e incentivos de los consumidores y operadores.

Una vez identificados y diagnosticados los problemas, hay que iniciar un debate sobre cómo diseños normativos reguladores y de fomento de la competencia alternativos pueden evitar los abusos y favorecer una toma de decisiones más racional.

3. Colaboración y disuasión

Es importante que la institución encuentre la proporcionalidad en la forma de actuar, el propio campo de actuación y la intensidad de su intervención para conseguir el mejor ejercicio de los derechos causando la mínima distorsión en la actividad de las administraciones públicas y empresas privadas responsables de la prestación del servicio.

4. Colaboración con las empresas operadoras

El Síndic puede ejercer un importante papel, tanto de asesoramiento como de diálogo, para mejorar los procesos internos de resolución de conflictos.

Puede desempeñar esta función de asesoramiento e interpelación no sólo con las empresas prestadoras, sino también con las administraciones públicas titulares del servicio. Ambas están obligadas por ley a colaborar con el Síndic para hacer efectivo el respeto de los derechos y las libertades.

5. Formular propuestas

El Síndic ocupa una posición privilegiada como institución parlamentaria que es. Esta posición le permite, a su vez, ejercer una función para la que el resto de instituciones no están

capacitadas: la labor de informar al Parlamento y a los órganos administrativos del poder ejecutivo, a través de lo que, en otros lugares, se llaman las superreclamaciones, de las carencias legislativas y organizativas que impiden la adecuada prestación de los servicios esenciales y el pleno respeto de los derechos y las libertades, así como la función de proponer reformas legislativas o de organización que eliminen las causas de los agravios repetidos y sistemáticos de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

6. Ámbito de reflexión. Think-tank

En este sentido, el Síndic debería configurarse como un think tank en relación con los temas de la defensa de los derechos de los consumidores de servicios privados de carácter universal y/o de interés general.

- Establecer redes, contactos y reuniones con representantes de las empresas, hablar de problemas y soluciones comunes, y abrir la posibilidad de intercambio de experiencias (buenas y malas prácticas) entre las propias empresas de diferentes ámbitos de actuación.
- Establecer redes, contactos y reuniones entre los diferentes agentes públicos implicados en la defensa de los derechos de los consumidores (agencias reguladoras, agencia autonómica de consumo, ayuntamientos, etc.)
- Establecer redes mixtas entre agentes públicos y las empresas privadas.
- En definitiva, se trata de crear una especie de comunidad epistémica dirigida y gestionada por el Síndic que permita sistemas transversales e integrados de aprendizaje conceptual y práctico en la mejora de la defensa de los derechos de los consumidores.

La metodología de trabajo podría ser:

- Detectar ámbitos problemáticos a través de contactos en las redes mencionadas y a través de quejas recibidas.
- Decidir realizar un informe monográfico sobre un ámbito determinado.
- Realizar un trabajo de campo sobre el sector que incluya sistemas de detección real de los problemas.
- Realizar un informe sobre la situación y problemas del sector y presentarlo en la red de

actores públicos y de las empresas privadas relacionadas.

- Proponer (el Síndic) en estas reuniones un conjunto de mejoras que deben realizar las empresas privadas, así como de mejoras en el control de los agentes públicos sobre éstas. Realizar un seguimiento y control de las mismas.
- Elaborar un informe final dirigido al Parlamento y a la opinión pública sobre los problemas detectados y las soluciones y mejoras pactadas e implementadas entre todos.

7. Impulso de una responsabilidad social corporativa real en las empresas

Se trata de entender cómo la labor de los defensores, como el Síndic, puede ayudar al impulso de una responsabilidad social corporativa real. En su supervisión de la actividad de las empresas privadas 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 los derechos de las personas, 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 la Ley 22/2010, en diferentes preceptos), mejorando así su autorregulación.

Sería muy positivo que las buenas prácticas detectadas por el Síndic de Greuges 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 defensores 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.

8. Impulso legislativo en una nueva realidad

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 articulación.

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. 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.

EL ELUSIVO RETO DE LA MEJORA DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

1. Resumen ejecutivo

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 78.1, otorga al Síndic de Greuges la función siguiente (las negritas son añadidas al texto estatutario):

El Síndic de Greuges tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades que reconocen la Constitución y este 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 manera concertada o indirecta y la de las otras personas con un 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.

En el desarrollo de esta función, el Síndic solicitó mi colaboración en la organización de una serie de tres jornadas de debate sobre los derechos y las libertades de los ciudadanos en el ámbito de los servicios esenciales, así como un documento final de síntesis que incluyese el análisis y las propuestas que pudiesen derivarse para conseguir el elusivo reto de mejorar la prestación de los servicios esenciales.

Este trabajo recoge, precisamente, esta síntesis del análisis y las propuestas de este ejercicio plural de reflexión y debate que tuvo lugar en las sedes de Fomento del Trabajo, del Parlamento de Cataluña y del Círculo de Economía entre los meses de septiembre de 2011 y de diciembre de 2011.

En resumen, este documento sostiene que en la prestación de servicios esenciales es necesario diseñar mecanismos de protección de los derechos y las libertades, así como de deliberación pública continuada sobre la mejora

de la prestación, ya que los instrumentos clásicos de supervisión administrativa, de regulación, de defensa de la competencia o de protección del consumidor en la prestación no son suficientes para asegurar el respeto de estos derechos y libertades.

El trabajo parte del análisis económico y la evidencia empírica de que tanto los mecanismos públicos de control administrativo y judicial como los de presión competitiva en los mercados fallan, y que la mejor combinación en el uso de unos instrumentos o de otros es cambiante, tanto entre los diferentes servicios como en un servicio a lo largo del tiempo.

Sólo el juego de fuerzas institucionales contrapuestas (*checks and balances*) y el compromiso activo de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y libertades permite que efectivamente se produzcan mejoras en los servicios.

Esta necesidad prevalece tanto en los servicios que prestan, bajo el régimen de monopolio directo, las propias administraciones públicas como en los que prestan de forma indirecta a través de empresas públicas o bien de empresas privadas, así como en la prestación de servicios, ya sea por operadores públicos o privados, bajo el régimen de concurrencia competitiva en actividades liberalizadas.

Después de tres décadas de reformas que han facilitado la introducción de la competencia y la colaboración publico-privada en la prestación de servicios esenciales, tenemos suficientes experiencias y lecciones que pueden extraerse de los beneficios sociales de la liberalización, pero también de las limitaciones de la regulación de los operadores de servicios esenciales para asegurar los derechos y las libertades de los ciudadanos en relación con la calidad del servicio, la garantía de acceso universal a los servicios, la protección de un derecho efectivo a la elección, la atención diligente y equitativa de las reclamaciones y, en definitiva, la mejora de los servicios.

Mientras no sean ángeles los que gobiernen los asuntos públicos y las empresas privadas, la mejora en la prestación de servicios esenciales pasa por disponer de instituciones de tutela y por mantener un debate continuo y contradictorio que facilite una evolución constante (una revisión, no revolución) en los modelos de prestación y en las acciones de tutela, supervisión, regulación y defensa de la competencia.

Cuando los servicios no mejoran es porque el proceso de democracia deliberativa, el compromiso, tanto de los ciudadanos como de los prestadores de los servicios, por la mejora y la innovación, y el impulso de reformas continuas desde el propio sistema fallan.

Para sostener que el fortalecimiento de los procesos de deliberación democrática, de compromiso y diálogo continuo entre consumidores y prestadores, y de contraposición entre instituciones de supervisión y tutela es lo que lleva a la mejora en la prestación de los servicios esenciales, el documento se estructura en los siguientes apartados.

En primer lugar, el documento revisa la experiencia comparada en la reforma continua de la prestación de servicios esenciales y extrae lecciones sobre las imperfecciones tanto de los gobiernos como de los mercados.

A continuación, muestra cuáles son las aportaciones recientes del análisis económico, y en especial de la economía del comportamiento (behavioral economics), que revisan cuáles son los motivos que llevan a insatisfacciones en la prestación de los servicios esenciales liberalizados.

Finalmente, aporta un conjunto de propuestas y reflexiones sobre cómo la institución del Síndic de Greuges puede fortalecer los procesos de tutela y de deliberación cooperativa y contradictoria en el debate democrático e institucional para la mejora de la prestación de servicios públicos.

2. Hasta que los ángeles nos gobiernen

Un libro publicado en 2006 por tres economistas que anticiparon algunas de las carencias de la regulación financiera antes de la caída de Lehman Brothers tenía el siguiente sugerente título: Repensando la regulación bancaria: hasta que los ángeles nos gobiernen (Barth, Caprio y Levine, 2006).

La expresión “hasta que los ángeles nos gobiernen” es ejemplificativa de la desconfianza,

tanto de los gobiernos como de los mercados, ante las inherentes imperfecciones, tanto de las intervenciones públicas como de los mercados, para ofrecer la adecuada prestación de servicios a los ciudadanos. En los últimos treinta años, el debate académico entre economistas en el ámbito de la prestación de servicios esenciales ha llegado a un consenso, llamado en ocasiones postChicago, que recoge este pragmatismo sobre las inherentes imperfecciones, tanto de los gobiernos como de los mercados, en la prestación de servicios.

Curiosamente, Alan Blinder (1988), profesor de Economía de Princeton que fue vicepresidente de la Reserva Federal entre 1994 y 1996, señaló ácidamente que la política económica estaba sometida a una particular ley de Murphy:

“Los economistas tienen la mínima influencia en las políticas que conocen mejor y en las que están más de acuerdo; por contra, tienen la máxima influencia en las políticas sobre las que saben menos y discrepan de la forma más vehemente.”

La ignorancia, la ideología y los intereses particulares son, según Blinder (1988), los factores que determinan la persistencia de la ley de Murphy en la política económica.

Así, en el ámbito de la prestación de los servicios esenciales, los economistas han tenido una influencia espectacular en el diseño y la aplicación de las políticas de liberalización en la prestación de servicios que habían sido tradicionalmente públicos o estrictamente regulados en la mayor parte de los países del mundo durante las décadas centrales del siglo XX.

La crítica, especialmente de los economistas de Chicago, sobre el funcionamiento de las empresas públicas y de las empresas privadas reguladas tuvo una gran influencia y predicamento en el movimiento de redefinición del papel del Estado desde finales de la década de los sesenta en EE.UU. y, a partir de la década de los setenta y ochenta, en Europa.

Una influencia más allá de lo que podía deducirse de una literatura económica, audaz en el campo de las ideas, pero imprecisa en cuanto al rigor que debe tener el análisis teórico y empírico.

Ahora bien, el avance en los estudios de economía industrial y de economía pública de la década de los noventa en adelante ha

facilitado un consenso entre los análisis teóricos y empíricos mucho más matizado en que se ponen en evidencia los fallos, tanto de los mercados como de los gobiernos, en la prestación de servicios a los ciudadanos. Este consenso en la literatura ha tenido un impacto aparentemente mucho menor en la redefinición de las políticas públicas.

Según Blinder (1988), en el ámbito de las políticas microeconómicas, como las referentes a la prestación de servicios públicos, la ley de Murphy se hace realidad porque la política hace caso omiso de las recomendaciones de los expertos, especialmente cuando son unánimes. Y el factor determinante del poco peso de las recomendaciones de los expertos son los intereses particulares en juego.

Sólo de forma gradual y poco conocida, la nueva literatura económica ha tenido un impacto sobre los debates y la evolución de la configuración de los servicios esenciales.

En especial, la nueva literatura económica ha tenido impacto en la configuración de un derecho europeo sobre los servicios públicos muy pragmático, muy orientado al análisis de los resultados y muy respetuoso, como no podía ser de otra forma, con las libertades de libre movimiento de capitales y de libre establecimiento en el mercado único. Esta evolución del derecho europeo ha impulsado una verdadera revolución silenciosa sobre la forma de organizar los servicios esenciales en la UE.

Tal y como Blinder (1988) también apuntaba, parece que es posible romper la ley de Murphy de la política económica. Puede aplicarse a la política económica lo que Winston Churchill decía sobre los americanos: puedes contar que harán lo que es correcto después de haber probado todas las alternativas. Y, en particular, es posible mejorar las políticas económicas si conseguimos alejar el debate político de los intereses más particulares y aproximarlos hacia el bien común.

A continuación, recogeré algunas reflexiones sobre cómo se ha producido un cambio profundo en la concepción de la prestación de los servicios esenciales en España gracias a la fuerza reformadora europea que ha anclado el debate político más cerca del bien común y lo ha alejado de los intereses particulares. A la vez, daré cuenta de las resistencias al cambio y de las insatisfacciones con el modelo de prestación de servicios resultante.

En especial, describiré cómo se ha transformado la concepción clásica de raíz francesa del servicio público y se ha abierto paso la noción de *servicios de interés general*. Y, además, pondré en contexto cuáles son las visiones contradictorias y en debate sobre qué es el interés general, el interés público o el bien común.

2.1. De servicios públicos a servicios de interés general

Las propuestas de liberalización de los servicios públicos nacen por oposición al modelo de servicio público tradicional. Éste era un modelo de diseño muy vertical: el legislador, como respuesta a demandas políticas y sociales que perciben un servicio de carácter esencial, encarga a una administración pública, a una empresa pública o bien a una empresa privada (habitualmente por el mecanismo de la concesión) la prestación de un servicio a los ciudadanos.

En este modelo, los derechos de los ciudadanos se conforman mayoritariamente por la vía del derecho administrativo. Normalmente, el prestador del servicio actúa en régimen de exclusividad. En términos de la taxonomía sugerida por Albert O. Hirschman (1970) en el libro *Voz, salida y lealtad*, no se prevé la salida como mecanismo para disciplinar al prestador y hacerle cumplir con sus obligaciones.

En el régimen de monopolio, el legislador y la Administración titular del servicio es quien delimita los derechos de los usuarios y los deberes del prestador. A menudo, la administración titular participa, en teoría, para garantizar que el prestador cumpla con sus deberes en los órganos de administración o de tutela del prestador.

Este modelo de prestación es el que entra en crisis en la década de los setenta y ochenta del siglo pasado. Hay un desencanto social con el servicio público tradicional. Es caro, de baja calidad, protegido respecto a las reclamaciones, y poco innovador en nuevos servicios y en el uso de las nuevas tecnologías. Se acusa al modelo de ser rígido, muy administrativista y poco flexible. Es el fracaso de los gobiernos como prestadores de servicios lo que justifica su liberalización.

La liberalización se presenta entonces como una prometedora alternativa fácil de implementar. Se trata de dar libertad de entrada

a nuevos operadores y de dejar libertad a los clientes para que elijan qué proveedor desean.

Ante la exclusividad y el monopolio, se reclama el valor que tiene poder elegir. La salida es la clave en este modelo como mecanismo disciplinador del prestador. Y la presión de satisfacer una demanda bien informada, exigente y móvil es el motor de la mejora en la prestación del servicio.

Ante la falta de calidad, se prometen mejoras avivadas por la competencia entre operadores para satisfacer a estos clientes exigentes. Ante la inflación de costes, se prometen guerras de precios que abaratarán los servicios. Ante las carencias en las inversiones en infraestructuras, se vislumbra una carrera que conducirá a nuevas inversiones. Y ante la falta de innovación, se promete una batalla por la introducción de nuevas tecnologías.

Sólo se trata de dar libertad para que nuevos operadores entren a prestar la mayor parte de las actividades económicas de los sectores reservados anteriormente al monopolio del servicio público, mientras se regula el acceso sólo a las actividades, normalmente las redes, en las que la entrada de nuevos operadores no es fácil, ni posiblemente conveniente, por la duplicación de costes. En definitiva, se prometen mejoras en la prestación de los servicios mediante la promoción de la competencia, siempre y cuando sea apropiado, y la regulación mínima e inteligente cuando no lo sea.

En esta redefinición, la integración europea ha sido el ancla que ha guiado y ha impulsado los cambios, tanto legislativos como jurisprudenciales, sobre la prestación de servicios esenciales en España.

En el transcurso de las jornadas de debate, Carles Padrós sugirió, incluso, que la libertad de movimientos de personas, bienes y capitales y, por lo tanto, de establecimiento en el mercado único europeo representó la condena a muerte del derecho administrativo en el ámbito de la prestación de servicios públicos, tal y como lo conocíamos antes de la entrada en vigor del acta única europea en el año 1993.

El antiguo artículo 86.2 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 106.2 en el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sometió los servicios económicos de interés general a las normas del tratado:

“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que

tengan carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de estas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que se ha encomendado. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado de forma que sea contrario al interés de la Unión.”

El objetivo prioritario del derecho europeo es la integración e impone una presunción general de que la libertad de movimiento de personas, bienes y capitales y la libertad de establecimiento favorecen el interés de la Unión.

Sólo admite restricciones en los casos en los que es necesaria, adecuada, proporcionada y no discriminatoria la imposición de restricciones a estas libertades para cumplir misiones específicas de interés público que los tratados reconocen como merecedoras de medidas excepcionales.

Quizás sea la Directiva de servicios la norma jurídica europea que establece de forma más precisa y clara esta presunción general favorable a las libertades que consagran los tratados y los presupuestos legales que permiten restringir estas libertades. En el artículo 9.1 establece que:

“Los estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) El régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trate;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no puede conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.”

El derecho europeo, por lo tanto, no establece ninguna preferencia en favor de la titularidad pública o privada de un servicio que es de interés general. Lo que establece es una presunción en contra de las restricciones del mercado interior y la competencia y, por lo tanto, de toda reserva de cualquier actividad económica por parte de la Administración pública en general o de una empresa pública o privada en particular.

El derecho europeo establece una presunción legal en favor de la libertad de prestación de los servicios económicos por múltiples operadores bajo el régimen de libre competencia. Cualquier restricción de este principio debe ser justificada por un estricto test de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Sólo escapan de este principio los llamados *servicios de interés general* no económicos. La distinción entre servicios económicos y no económicos es, por lo tanto, clave en esta cuestión.

Los servicios no económicos son servicios tradicionalmente prestados directamente por las administraciones públicas como la policía, la justicia, los regímenes obligatorios de seguridad social. Estos servicios, cuando no son prestados por operadores económicos de acuerdo con las previsiones legales de cada estado miembro, no se someten a las normas de los tratados sobre mercado interior ni competencia.

La distinción entre servicios económicos y no económicos no depende del sector o de la actividad de que se trate, sino si cada una de las actividades son prestadas en un régimen comercial a cambio de una remuneración o no. Algunas entidades, por lo tanto, pueden simultáneamente prestar servicios en el ejercicio de un poder público no sometidos a las reglas del mercado interior y de la competencia, y servicios comerciales que sí están sometidos a las reglas del mercado interior y de la competencia.

A menudo, la delimitación del carácter económico o no de un servicio depende de la legislación de cada estado miembro y de la interpretación que ha hecho caso a caso el Tribunal de Justicia de la UE.

Por ejemplo, la dispensación de medicamentos es un servicio no económico en España porque la legislación española ha reservado el ejercicio de esta actividad en todo el territorio nacional a una profesión regulada en un régimen no comercial, pese a que las oficinas de farmacia también presten actividades de distribución de carácter comercial en competencia con otros operadores económicos cuando venden otros productos que no son medicamentos.

En cambio, en el Reino Unido sólo han reservado el ejercicio de esta actividad en el marco de la dispensación de medicamentos recetados y financiados por el Servicio Nacional de la Salud (NHS). Sólo esta actividad en el marco del NHS

es un servicio no económico. La dispensación de medicamentos recetados y financiados a cargo del bolsillo de los pacientes o de los seguros de salud es un servicio económico, como lo es el resto de ventas que realizan de productos que no son medicamentos.

Algunas actividades, en cambio, son clasificadas como servicios económicos por el derecho europeo, como en el caso de las actividades de red de dimensión comunitaria (electricidad, gas, telecomunicaciones y servicios postales), en el marco de un régimen de regulación específico, como tienen también una regulación específica los transportes, la gestión de residuos y el agua.

En conclusión, la autonomía que tenían los estados miembros de definir un servicio como público y reservarlo a la prestación en exclusiva por parte de un operador público o privado se ha visto severamente restringida por el derecho europeo.

Y, además, los propios ordenamientos legales de los estados miembros han incorporado los principios europeos por los que sólo puede reservarse en el sector público una actividad de prestación de un servicio siempre y cuando cumpla con las características de ser un servicio no económico.

Y, en el caso de que un servicio tenga características económicas, sólo pueden ser restringidas las normas del mercado interior y la competencia siempre y cuando la restricción sea necesaria, adecuada, proporcionada y no discriminatoria para cumplir con una misión específica reconocida como de interés europeo por los tratados.

En España, son dos las sentencias del Tribunal Constitucional que han establecido los límites a las intervenciones públicas restrictivas: la primera, STC 26/1981, que prevé los límites de las intervenciones administrativas en general a raíz de un conflicto en el ámbito del establecimiento de los servicios mínimos en una huelga (ver Padrós, Borrell y Fernández-Villandangos 2008); y la segunda, que, recogiendo los principios europeos sobre las restricciones de las normas del mercado interior y la competencia, establece los límites de las restricciones que se imponen a la libre circulación de personas y bienes, a la libertad de establecimiento (artículo 139 de la Constitución Española), a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española) y al derecho a la propiedad privada (artículo 33 de la Constitución Española) (STC 66/1991).

Las restricciones son constitucionales “siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor” (STC 26/1981, FJ 15).

Respecto a las restricciones, “para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad [...], es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio ordenado para hacerlo posible” (STC 66/1991, FJ 2, negritas añadidas por el autor).

“Determinado el fin constitucionalmente legítimo que con la prohibición pretende lograrse, sólo resta examinar si, ello no obstante, la medida, dada su repercusión sobre la libre circulación de bienes, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa surte, como en la demanda se asegura, efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, justificaría” (STC 66/1991, FJ 4).

La prelación de las normas del mercado interior y de la competencia que el derecho europeo ha extendido a los derechos de los estados miembros implica, por lo tanto, una redefinición de los límites de cómo pueden alcanzarse determinados intereses públicos, intereses generales o bienes comunes. El derecho europeo ha sometido la intervención pública restrictiva de las libertades de establecimiento y de circulación a un severo juicio de proporcionalidad y no-discriminación.

Y, en el derecho europeo, son los tratados los que limitan los casos en los que puede invocarse una razón de interés general, de interés público o relacionada con el bien común para restringir las normas del mercado interior y la competencia.

Antes de continuar, por lo tanto, es necesario detenernos en que se entiende por razón de interés general, de interés público o relacionada con el bien común.

2.2. Interés general, interés público, bien común

Sin querer entrar en el complejo terreno de qué se entiende por intereses generales, intereses públicos o bienes comunes, a continuación recogeré algunas reflexiones que durante las jornadas se realizaron respecto a esta importante cuestión y que representan miradas complementarias desde diferentes perspectivas sobre un mismo tema.

Comenzaré por las aportaciones de Juan José López Burniol. Para Burniol, el interés general se define como contraposición al interés particular. Los derechos individuales no pueden imponerse al interés general. El interés particular o de grupo debe someterse a los intereses colectivos, a la ordenación social a través de la norma. El Estado es un sistema jurídico y el derecho a un plan vinculante de convivencia. Uno y otro ordenan la prelación del interés general sobre los intereses particulares. El derecho es, de esta forma, el mínimo de ética que es preciso imponer para mantener un mínimo de convivencia.

Desde este punto de vista, la Política debe recuperar el protagonismo para hacer prevalecer el interés general, debe reaccionar frente a la imposición de los intereses particulares. Así, el derecho (*ius* o *iuris*) es lo que imponen los jueces como adecuado en cada momento.

Y, en este sentido, en el ámbito de la prestación de servicios de interés general, la intervención supervisora como la que podría realizar el Síndic debe estar motivada por las situaciones de desequilibrio contractual entre las partes: la supervisión debe evitar el abuso de la parte débil del contrato por parte del que ejerce una posición de poder.

Así pues, las actuaciones tendrán carácter de actuaciones en favor del interés general siempre y cuando estén orientadas a evitar, precisamente, el abuso por la imposición de los intereses de una parte frente a la otra en una contratación.

En contraposición, para Germà Bel el interés general no existe. No existe un interés general, sólo existen intereses particulares en conflicto. Y, al contrario, es el “general” el que elige en cada momento aquel de los intereses particulares que tiene prelación frente a los otros intereses en conflicto. El interés general sería, desde este punto de vista, un interés

particular que se impone sobre el resto gracias a la intervención pública que lo invoca. Lo que los economistas conocemos como el *mecanismo de la captura del regulador*.

En este mismo sentido, Carles Padrós añadía que las administraciones públicas se han hecho propietarias del concepto *interés general*. Todo cuanto hacen las administraciones es de interés general por definición. Y eso las protege ante los ciudadanos. A diferencia de los litigios en derecho civil, en los que quien pierde el pleito paga las costas, en la jurisdicción contenciosa administrativa siempre paga las costas el ciudadano. Por lo tanto, es muy difícil disputar la definición de *interés general* que todas las administraciones invocan para justificar sus actuaciones.

En cambio, el interés público, el interés común o el bien común sí existen. En un mundo imperfecto (tanto el mundo público como el privado), es preciso analizar las características del servicio y cómo podemos hacer que éste aporte más utilidad social.

La mejora del servicio es de interés del público o de interés público, el interés común o el bien común que hay que perseguir. Toda acción, sea pública (restricción, financiación, etc.) o privada (producción, gestión, contratación, etc.), debe ser analizada según su capacidad para impulsar de forma adecuada la mejora del servicio al público.

Para Josep Ramoneda, el concepto de interés general pone el énfasis en la utilidad. En cambio, el concepto de bien común introduce un matiz: el énfasis lo pone en la dimensión moral sobre lo que debe ser una vida buena. Se trata de conseguir transitar de la sociedad decente, aquella que tiene unas instituciones que no humillan al individuo, a la sociedad civilizada, que es aquella en la que los individuos no se humillan los unos a los otros.

En un mundo caracterizado por los conflictos de intereses, el bien común se define como aquél que permite conseguir (1) el beneficio o la utilidad mayor, (2) el respeto por el derecho a elegir y (3) un amplio consenso político respecto a cuáles son los bienes indispensables para lograr una vida buena (enseñar y aprender, salud, opción de tener hijos, cultura convivencial, etc.).

El bien común no puede articularse sin una voluntad colectiva de hacer de la cohesión el objetivo principal de la sostenibilidad social:

hacer llegar este mayor beneficio o utilidad a los más necesitados. En este sentido, el objetivo prioritario de las administraciones públicas es atender las necesidades del otro frente a la acción privada.

Articular esta visión del bien común requiere, por lo tanto, el establecimiento de prioridades compartidas y, por ello, la función deliberativa de la democracia es básica. El creciente proceso de indiferencia respecto a la Política es grave. Deteriora la capacidad de la sociedad para perseguir los tres elementos que caracterizan el bien común. Es preciso, por lo tanto, la reconstrucción de las infraestructuras de la vida cívica (de todo aquello que hace la vida interesante) y de la cultura de la responsabilidad (insociable sociabilidad de Kant).

La conclusión del debate es clara, los conceptos interés general, interés público y bien común son objetos jurídicos indeterminados. Su aplicación práctica pasa inexorablemente por el reconocimiento del conflicto de intereses inherente a la vida en sociedad y, a la vez, por el acuerdo social sobre cómo resolver las tensiones entre organizar los servicios para conseguir la máxima utilidad para el público – el respeto de sus libertades– y al mismo tiempo atender las necesidades que se consideren básicas y esenciales para la sostenibilidad de la vida en sociedad.

Para alcanzar estos objetivos hay decisiones que hay que tomar en tres frentes: el de la mejora organizativa de la prestación de los servicios, la ampliación de los derechos y las libertades de elección, y la definición deliberativa sobre qué servicios tienen carácter esencial e indispensable, y cómo prestarlos.

Detengámonos en analizar cómo en los últimos años las decisiones en estos tres frentes se han conjugado en los procesos de liberalización y privatización en la prestación de servicios públicos.

2.3. La paradoja de la liberalización

Los procesos de liberalización que hemos vivido en las últimas décadas nos plantean una paradoja: las promesas de la liberalización y las privatizaciones no llegan sin una activa, inteligente y constante actividad pública; ahora bien, una actividad de otro tipo.

La reorganización de los servicios y la libertad de elección no son condiciones suficientes

para la mejora de los servicios. Es preciso, además, que se desarrolle un compromiso cívico, tanto público como privado, para asegurar la continua mejora de los servicios prestados.

¿Qué entendemos por *compromiso cívico*? Entendemos por *compromiso cívico* el desarrollo de un debate (1) plural, (2) deliberativo, (3) contradictorio y (4) responsable para que la competencia efectiva entre prestadores sea una fuente de mejora en el servicio:

1. Debate plural por la participación de diferentes agentes e instituciones implicados en las diferentes responsabilidades relacionadas con la prestación: los prestadores, los prestatarios, los consumidores y usuarios, las autoridades financiadoras y los contribuyentes, si hay ayudas públicas, los supervisores horizontales (competencia y protección de los consumidores), los reguladores sectoriales (locales, regionales y centrales), los órganos judiciales y los órganos legislativos (a través de las comisiones parlamentarias y de los defensores de las personas) y otros.

2. Debate deliberativo porque debe estructurarse de forma que se facilite la puesta en común de las percepciones, los análisis y las propuestas de todos los agentes y, al mismo tiempo, se facilite una síntesis compartida sobre el diagnóstico de los problemas que afectan a la prestación de los servicios.

3. Debate contradictorio porque debe permitir que se pongan de manifiesto los intereses de parte en conflicto de forma transparente.

4. Debate responsable para que cada agente e institución participe en los diálogos de acuerdo con las funciones y competencias que le son propias, y que cada agente e institución pueda enriquecer la percepción de la realidad y los fundamentos conceptuales de sus decisiones, reforzando su capacidad de iniciativa e innovación.

Actualmente, no es la fragilidad de los mercados la que justifica, como lo hacía antes, un retorno al servicio público tradicional en algunos sectores. Ahora es la debilidad de los procesos de compromiso cívico, de debate entre agentes e instituciones implicados en la prestación de servicios esenciales los que generan crisis de confianza en el modelo liberalizado de prestación de servicios públicos.

Los actores e instrumentos públicos que se necesitan para mejorar la calidad de los servicios esenciales son diferentes a los del modelo prestador tradicional: de contar con una amplia administración prestadora debemos pasar a tener una administración muy efectiva en promover la competencia, en regular el acceso a redes y tecnologías común y la mejora de la calidad, y en supervisar las obligaciones de servicio que se imponen a las empresas.

Si la Administración no es siempre una buena prestadora de servicios, ¿qué nos lleva a pensar que será una mejor reguladora de los servicios?

La experiencia nos indica que las promesas de la liberalización no llegan sólo para permitir la entrada de nuevos operadores y por el derecho a escoger. El reto es cómo asegurar la prestación de unos servicios que continúan siendo esenciales para la sociedad con aquellas intervenciones públicas que sean necesarias, adecuadas y proporcionadas.

Se necesita definir de nuevo el papel del sector público y del sector privado. Un sector público promotor de la competencia, regulador y supervisor formato realmente por organismos independientes de intereses de parte (ya sean de privados, ya sean relacionados con los grupos que están en el gobierno o en la oposición) y con profesionales bien preparados, pero que desempeñen su función con compromiso cívico de largo plazo, y especialmente con lealtad al proceso político, de forma que generen una percepción de justicia (*fairness*) en la sociedad.

Y también se necesita un sector privado nuevo que mantenga el compromiso "interesado" en oír la voz de los clientes y usuarios, y que admita la reforma constante de sus organizaciones para dar respuesta a las demandas de la sociedad.

Sabemos que el modelo tradicional no funciona. Tiene una serie de problemas, es demasiado vertical. Pero resulta que el nuevo modelo de regulación de servicios que prestan operadores en competencia sobre unas redes comunes tampoco funciona tal y como esperábamos. En ninguno de los dos modelos la voz de los consumidores, sus quejas, tiene fuerza suficiente para impulsar una buena prestación de servicios a precios razonables.

En un modelo de compromiso cívico lo que es necesario es llevar el debate hacia el realismo, hacia el terreno de las percepciones diversas,

hacia el diagnóstico de los problemas comunes y la evaluación de alternativas imperfectas.

En este sentido, a continuación pasará a mostrar qué aportaciones recientes en el análisis económico, y en especial en la subdisciplina de la economía del comportamiento (*behavioral economics*), han revisado las causas de las insatisfacciones con la liberalización y privatización de servicios públicos.

3. Análisis de las insatisfacciones con la liberalización

3.1. Elementos críticos para que las liberalizaciones funcionen

En el modelo tradicional de servicios públicos, la sociedad detecta un problema y teme que un servicio no se prestará adecuadamente. El legislador reserva una actividad en el sector público y la presta mediante la Administración o bien mediante una empresa pública o una empresa privada concesionaria. La Administración o la empresa prestadora tiene una relación vertical con los usuarios.

Este sistema no funciona cuando los usuarios no tienen suficiente voz, cuando no se atienden sus derechos, cuando la organización se autojustifica a sí misma, no innova, se sobrecarga de costes o no presta servicios a precios razonables. Y, además, el poder político que la tutela puede tener dificultades para reformar la Administración o la empresa prestadora y para hacer que preste servicios de calidad a costes razonables.

Ante estas dificultades en la prestación de servicios como, por ejemplo, los de energía, telecomunicaciones o transporte, nos cargamos el modelo tradicional. Trasplantamos y adaptamos a nuestro marco jurídico y político un modelo de liberalización (introducción de competencia) y sólo regulamos aquellas actividades dentro de cada sector liberalizado en las que introducir competencia sería difícil.

Dejamos que entren nuevos operadores de telecomunicaciones utilizando las redes existentes, nuevos generadores de energía que pueden abastecer de gas y electricidad a los usuarios finales a través de las redes existentes. Permitimos que haya nuevos comercializadores de energía a quien no les es necesario tener ni generación propia ni red de distribución de energía propia. La regulación, la utilizamos para

asegurar que haya inversión en las redes, calidad de servicio y respeto por los nuevos operadores.

En la reforma de los servicios públicos, se trataba de pasar de un modelo de prestación pública a un modelo de regulación y supervisión que debía procurar que funcionasen muchos elementos.

En concreto, los elementos críticos son los siguientes:

1. Promoción de la competencia. Separación de las actividades en las que la competencia no es apropiada (infraestructuras no duplicables que se tienen que compartir y elementos tecnológicos comunes) para conseguir que el acceso privilegiado a los activos comunes no falsee la competencia en las otras actividades en las que la competencia sí es apropiada.

2. Defensa de la competencia. Evitar las conductas restrictivas de la competencia en las actividades en las que ésta puede desarrollarse. Evitar tanto los acuerdos entre prestadores de los servicios para restringir la efectiva competencia en el mercado como los abusos de la posición de dominio de unos operadores frente a los otros en detrimento de los usuarios. También evitar las concentraciones empresariales que reduzcan la competencia efectiva en los mercados. Asegurar que las ayudas públicas no falseen la competencia entre operadores.

3. Establecer y supervisar las regulaciones que aseguren un acceso equitativo a los activos comunes (infraestructuras no divisibles y elementos tecnológicos comunes), así como la viabilidad financiera de estas actividades y el acceso de los usuarios y consumidores a precios no abusivos y a una calidad de los servicios razonable.

Algunos aspectos de calidad del servicio también pueden requerir regulaciones específicas cuando la competencia entre operadores pueda generar procesos no deseables de deterioro de la calidad.

4. Protección de los consumidores (1) que evite presión comercial abusiva sobre los consumidores y usuarios, (2) que evite los problemas de información antes de la contratación y (3) que limite las sorpresas de después de la contratación.

Por ejemplo, asegurar que hay consentimiento racional e informado en la contratación de servicios, cambio de tarifas, etc. mediante diferentes mecanismos, como el establecimiento de procedimientos, protocolos y estándares comerciales y publicitarios; incorporar tiempo

de espera en las respuestas para enfriar la reacción impulsiva de los ciudadanos ante las nuevas ofertas; prohibir y sancionar las cláusulas contractuales inequitativas o abusivas, y mejorar los procedimientos de reclamación por desavenencias con el prestador del servicio.

Cuando uno o varios de estos elementos críticos no funciona, el modelo liberalizado no satisface las promesas que se esperaban de él. En especial, no podemos presuponer que estos elementos críticos funcionarán cuando los consumidores no actúan según el prototipo de agente económico racional, con plena capacidad de tomar decisiones en función de su propio interés.

En muchos diversos ámbitos de la economía, el presupuesto de que los agentes actuarán bajo este paradigma perfecto de la racionalidad está siendo profundamente cuestionado, tal y como resumen Reeves y Stucke (2011). A continuación, seguiré esta revisión Reeves y Stucke (2011) de las aportaciones de la economía del comportamiento por la defensa de la competencia, trasladando sus reflexiones al ámbito de la prestación de los servicios esenciales.

Tal y como indican Reeves y Stucke (2011), la economía del comportamiento (*behavioral economics*) es una subdisciplina de moda que está teniendo una profunda influencia en otras subdisciplinas como por ejemplo las finanzas, la economía laboral, la economía pública, la organización industrial o, incluso, la economía de la regulación y la política de competencia.

Los estudios tanto teóricos como experimentales muestran que los consumidores no actúan tal y como presuponen los modelos económicos tradicionales. En especial, encuentran que el comportamiento humano se caracteriza por el que Reeves y Stucke (2011) llaman los siguientes tres rasgos: (1) racionalidad limitada, (2) autodisciplina o fuerza de voluntad limitada e (3) investigación restringida del interés particular.

Cada uno de estos rasgos tiene importantes consecuencias en relación con nuestra forma de actuar en la contratación de servicios esenciales, así como en la forma de actuar de los operadores de servicios, ya que buena parte de sus empleados y directivos también están sometidos a estos rasgos.

A continuación, revisaremos brevemente estos rasgos del comportamiento humano y sus consecuencias en la contratación de servicios esenciales:

1. Racionalidad limitada

Las personas no actuamos de forma perfectamente objetiva analizando la información disponible y actualizando nuestros conocimientos según nuestra experiencia vital. Por contra, analizamos la información desde la subjetiva perspectiva de que se ajusta a nuestros ideales y a nuestros objetivos. Tomamos decisiones utilizando reglas personales de comportamiento (*heuristics*).

A causa de esta forma sesgada de tomar decisiones, la contratación de servicios depende mucho de cómo se presenta la información para la contratación. En particular, nuestras decisiones de contratación tienen los siguientes sesgos:

a. Somos reticentes al riesgo en las ganancias pero amantes del riesgo en las pérdidas. Preferimos que nos den 70 euros seguros que entrar en una lotería que nos llevaría a ganar 100 con una probabilidad del 80%, cuando el valor esperado de la lotería sería superior (80 euros) al regalo certero (70 euros). Somos, en este caso, contrarios al riesgo en las ganancias.

En cambio, preferimos entrar en una rifa que nos puede hacer perder 100 euros con una probabilidad del 80% que no tener que dar 70 euros certeros. El valor esperado de la pérdida de la rifa (80 euros) es superior a la pérdida de lo certero (70 euros). Por lo tanto, somos amantes del riesgo en el caso de las pérdidas.

Eso es especialmente importante cuando contratamos servicios liberalizados en los que existe incertidumbre sobre los precios futuros que se pagarán, por ejemplo, cuando nos ofrecen contratar energía (electricidad o gas) que nos servirán en el futuro a un precio incierto que se liquidará según evolucione el mercado *spot* o de corto plazo.

Por ejemplo, en este caso, tenemos la tendencia a aceptar un peor precio conocido que la incertidumbre de aceptar un contrato probable aunque la probabilidad de que acabemos pagando un mayor precio sea relativamente baja. Eso hace que más consumidores de lo que sería racional se mantengan en la tarifa fija.

b. Nuestras decisiones dependen de la definición del *statu quo*. Aceptamos más de lo que deberíamos la opción que nos ofrecen por defecto aunque sea peor que el resto de opciones (sesgo del *statu quo*).

De nuevo, en sectores liberalizados como la energía (gas y electricidad), las que se llaman *tarifas de último recurso* juegan un papel muy importante y afectan de forma determinante a las ofertas de precios en la contratación de energía en el mercado liberalizado. Y, en especial, los contratos de duración indefinida generan menos cambios de compañía que los contratos que se tienen que renovar cada cierto tiempo.

c. Si alguien fija un valor estándar de una calidad, un precio, etc., este estándar afecta a nuestras decisiones posteriores, ya que son diferentes de la decisión que tomaríamos si no existiese este estándar (efecto ancla).

Por ejemplo, tendemos más a quejarnos cuando hay un estándar de calidad de referencia en un servicio. Así, en ocasiones, un incremento de reclamaciones en un servicio no se produce cuando hay una reducción de la calidad, sino cuando la calidad decae por debajo del estándar esperado. Y de la misma forma, en ocasiones calidades de servicio muy bajas no generan quejas porque no hay un estándar que fije cuál es el nivel de calidad de referencia.

d. El hecho de conocer casos parecidos a los nuestros afecta a nuestras decisiones (disponibilidad de una heurística). No conocer casos parecidos dificulta nuestra toma de decisiones.

En cuanto a las compañías de servicios de telefonía, por ejemplo, sólo estamos dispuestos a cambiar cuando conocemos personas que han cambiado y que han conseguido que el servicio de que disponen sea mejor.

Así pues, pueden producirse segmentaciones en grupos de consumidores: nadie cambia si en su entorno no cambia nadie, mientras que todo el mundo cambia si en su entorno le hablan de experiencias de cambio de éxito.

e. Las personas sobreestiman nuestras capacidades (sesgo de exceso de confianza). Los ejecutivos de empresa creen que, pese a apostar por estrategias de riesgo, serán capaces de salirse sin poner en peligro la empresa de servicios por la que trabajan.

Buena parte de las estrategias de endeudamiento tanto en banca y finanzas como en compañías de servicios que hemos vivido en los últimos años se explican, en parte, por este exceso de confianza.

f. Las personas somos optimistas por naturaleza. Creemos que nosotros tendremos más alegrías que el resto de personas y, en cambio, pasaremos menos penalidades que el resto (sesgo de optimismo).

Este sesgo es el que lleva a lo que se conoce como la maldición del ganador: en los concursos para adjudicar la prestación de servicios acaba ganando el concurso la empresa que es demasiado optimista y, finalmente, no puede cumplir con las condiciones del contrato. Eso explica una parte de las constantes renegociaciones en la contratación de servicios públicos o en las adjudicaciones de subastas públicas.

g. Creemos que algo es más probable que pase si sabemos que realmente ha pasado alguna vez (sesgo de anticipación); en cambio, creemos que es menos probable que pase si no ha pasado nunca o no recordamos que haya pasado.

Parte de las estrategias de gestión del riesgo operativo de compañías de servicios de gestión de redes de electricidad, gas y telecomunicaciones pueden explicarse por el hecho de que las empresas descuentan los riesgos operativos más allá de lo que es racional porque después de muchos años sin sufrir ninguna incidencia operativa (apagón eléctrico, explosión de gas, quiebra de la cadena logística, congestión de la red, incidentes aéreos, etc.) han borrado de su memoria que estos riesgos están presentes.

2. Autodisciplina o fuerza de voluntad limitada

Por autodisciplina o *fuerza de voluntad limitada* nos referimos al aforo limitado de autocontrol: nos dejamos llevar hacia acciones que sabemos que van en contra de nuestros propios intereses particulares de largo plazo. Pese a que intentemos evitarlo, acabamos comiendo de más, gastando lo que no tenemos, ahorrando menos de lo que deberíamos, haciendo menos deporte de lo que deberíamos, etc.

Ante esta debilidad en nuestras acciones, los humanos utilizamos mecanismos que nos comprometen para moderar los efectos perniciosos de la debilidad de nuestra propia voluntad: nos apuntamos a unas sesiones de gimnasio para obligarnos a hacer deporte, contratamos depósitos a plazo con restricciones de liquidez para obligarnos a ahorrar, etc.

En estos compromisos, en ocasiones perdemos por la autocorrección: pagamos la cuota del gimnasio aunque no vayamos, recibimos un interés más bajo de lo que habríamos obtenido en mercados más líquidos por nuestro dinero depositado en cuentas a plazo o planes de pensiones, etc.

En las empresas de servicios esenciales en las que la tarifación es compleja, el miedo a no tener suficiente fuerza de voluntad para estar atentos a los cambios en los precios en los mercados de corto plazo y cambiar de proveedores buscando la mejor alternativa de forma recurrente nos puede conducir a continuar en una tarifa cuando ésta ya no es la que nos conviene.

Así, en servicios abiertos a la competencia, nuestra falta de determinación nos puede hacer continuar con el operador establecido cuando existe mejores ofertas en el mercado. Y, como estos operadores lo saben, esta falta de determinación en el cambio de tarifas o de operador hace que la competencia no lleve a las mejoras de bienestar prometidas.

3. Búsqueda restringida de nuestro propio interés particular

Las personas no tomamos nuestras decisiones sólo persiguiendo nuestro máximo bienestar material y riqueza personal. También nos importan otras cuestiones que tomamos en consideración, incluso, cuando comportan renuncias a nuestro bienestar material y riqueza personal.

Queremos tratar bien a los demás y que los demás nos traten de forma equitativa y leal. En especial, nos caracteriza un sentido de fuerte reciprocidad. Estamos dispuestos a hacer renuncias por el bien de los demás, siempre y cuando los demás también hagan renuncias por nosotros. A su vez, nos molestan, y los castigamos, los comportamientos de otros que sólo están guiados por el interés material particular.

Las personas cooperamos siempre y cuando el grupo de personas con el que interactuamos no se aleje de lo que consideramos como un punto de referencia en la reciprocidad mutua.

En el ámbito de la prestación de servicios esenciales, los usuarios aceptamos restricciones a nuestra libertad contractual siempre y cuando creamos que estas restricciones son equitativas para conseguir un objetivo compartido, como,

por ejemplo, atender a colectivos que merecen una cierta protección.

Así, aceptamos subvenciones cruzadas en las tarifas de servicios esenciales: tarifas iguales tanto en el campo como en la ciudad, cuando prestar los servicios de red en el campo es más caro que en la ciudad; tarifas sociales para colectivos con especiales dificultades económicas, como las tarifas sociales en electricidad.

Ahora bien, los usuarios no perciben como equitativo que exista un trato de favor para colectivos que no merecen una protección especial o que hacen un uso abusivo de los servicios.

De la misma forma, las personas no sólo actuamos de acuerdo con los incentivos monetarios, sino que pesa más la motivación intrínseca de actuar de acuerdo con las reglas de la profesión, la comunidad local o, incluso, las reglas éticas y morales derivadas de creencias humanísticas o religiosas. Es más, en ocasiones, un incentivo monetario puede reducir o distorsionar la motivación intrínseca. De la misma forma, una sanción monetaria puede no ser efectiva para disuadir un comportamiento humano que no se guía por la satisfacción material.

Éste es un tema importante en la prestación de servicios esenciales. Por una parte, algunos de los profesionales de los operadores de servicios pueden trabajar por su motivación intrínseca en la prestación de un servicio esencial. Con la liberalización, muchas veces se incorporan incentivos monetarios a algunos de los colectivos de profesionales que pueden distorsionar su motivación intrínseca o los del resto de profesionales.

Por otra parte, algunos servicios requieren la activa participación de los usuarios que actúan por la motivación intrínseca de hacer que el servicio funcione. Esta motivación puede desaparecer cuando el servicio se liberaliza.

3.2. Insatisfacciones en los mercados liberalizados. El ejemplo de la electricidad en el Reino Unido

El caso de la electricidad en el Reino Unido es un buen ejemplo de cómo sólo abrir un mercado a la competencia, promover la rivalidad entre prestadores alternativos y defender la competencia no es suficiente para que un servicio esencial se preste con plena satisfacción de los clientes, de los supervisores y de la opinión pública.

Es un buen ejemplo de cómo algunos de los elementos críticos mencionados anteriormente que hacen que la liberalización funcione han fallado. Y también muestra que una parte de las aportaciones de la economía del comportamiento se está teniendo en cuenta en los procesos de debate y revisión de la tutela, la supervisión y la regulación de un servicio como el de la electricidad.

El debate en el Reino Unido pone de manifiesto que, incluso, puede haber conflicto entre las políticas de competencia y de protección de los consumidores cuando en los mercados existen severos problemas de información de los usuarios y dificultades objetivas para que los consumidores tomen las decisiones que mejor se ajusten a sus intereses.

En el pasado mes de febrero de 2011, después de una revisión del sector de la comercialización y distribución de electricidad, Ofgem, el regulador energético inglés, ponía de manifiesto que en el sector existían graves problemas.

En la Retail Market Review, Ofgem hace un diagnóstico descarnado sobre los problemas del sector: “Pese a que la competencia haya aumentado en el sector, hay conductas muy pobres por parte de los distribuidores [...]”. “La reacción a las críticas que formulamos en el año 2008 ha sido muy escasa [...]”. “Los consumidores aún tienen una desconfianza completa sobre los proveedores [...]”. “Los consumidores creen que la fuente de información menos creíble en la contratación de energía es la información que viene de los proveedores, de sus páginas web, del marketing que realizan, de la información y de las llamadas telefónicas”.

El informe de 2008 fue el llamado *Energy Supply Probe*. En este informe, Ofgem llegaba a la conclusión de que no había indicios suficientes para atribuir a los distribuidores de energía una conducta prohibida por las normas de competencia como es la formación de un cártel en el mercado de la energía, un acuerdo entre las distribuidoras para restringir la competencia efectiva en el mercado.

Ahora bien, ya apuntaba que había que acelerar la transición hacia a un mercado efectivamente competitivo mediante un conjunto de acciones centradas en (1) asegurar que los proveedores de energía debían tratar de forma más honesta a los consumidores en la etapa de la comercialización de energía, el del cambio de operador y la posventa; y (2) debían mejorar sustancialmente tanto la calidad como la accesibilidad de la

información dirigida a los consumidores, para que éstos pudiesen tomar decisiones mejor informados y tuviesen más capacidad de participar de forma activa y efectiva en los mercados.

Éste es un buen ejemplo de cómo promover la competencia no es suficiente para mejorar los servicios públicos. Los economistas sabemos que hay sectores en los que los consumidores se enfrentan a grandes dificultades para tomar las decisiones racionales en su mejor interés.

Los economistas hemos detectado problemas en los hábitos y comportamientos de los usuarios que les hacen pagar sobrepagos y no elegir correctamente las mejores ofertas. También tenemos identificadas muchas actividades en las que, por la falta de información de los consumidores, la competencia entre operadores lleva a un deterioro de la calidad del servicio.

Por ello, entre 2008 y 2011, Ofgem emprendió una serie de acciones que fueron desde la revisión de las condiciones de las licencias de los prestadores de los servicios hasta el establecimiento de un conjunto de recomendaciones sobre cómo los prestadores de los servicios debían actuar y comunicarse con sus clientes. Aunque no eran de obligado cumplimiento, la actuación de los operadores podía evaluarse en relación con estas recomendaciones.

El centro de atención de la política del regulador, Ofgem, pasó de la política de competencia a la política de consumo. El seguimiento de las recomendaciones del 2008 mostró un estado de la cuestión del todo insatisfactoria: incumplimiento de las guías de actuación o, incluso, de las condiciones de las licencias de los operadores.

Ante esta evidencia, la Retail Market Review de Ofgem formula una serie de propuestas entre las que destaca mejorar la comparabilidad de las ofertas de tarifas que hacen las distribuidoras de electricidad. Las propuestas parten de las recientes teorías de economía del comportamiento que indican que los consumidores pueden sufrir cuatro tipos de problemas a la hora de comparar las ofertas:

1. Capacidad de comparación limitada: Los operadores diseñan ofertas especialmente complicadas para hacer más difícil las comparaciones, y en definitiva, los cambios de compañía. Los consumidores se desentenden y pierden dinero por el hecho de no cambiar hacia las mejores ofertas o bien porque cometen errores en los cambios.

2. Sesgo por el *statu quo*: La mayor parte de los consumidores prefieren no cambiar respecto de la situación en la que están. Eso lo facilita el hecho de que los contratos no tengan fecha de renovación o finalización (*evergreen contracts*). Los consumidores no se encuentran ante la tesitura de tener que reconsiderar su contrato de provisión.

3. Aversión a las pérdidas: Los consumidores valoran más el hecho de evitar una pérdida que conseguir una ganancia, aunque uno y otro tengan el mismo valor monetario, y sobreestiman los gastos que les puede comportar el cambio de compañía (errores de facturación en el cambio, problemas de suministro en la transición, etc.).

4. Inconsistencia temporal: Los consumidores valoran mucho más las ganancias de hoy que las ganancias del futuro, más allá del descuento temporal que implica un análisis de un flujo de costes y beneficios a lo largo del tiempo. De la misma forma, sobrevaloran los costes de hoy más que los que pueden sufrir en el futuro. Eso comporta una mayor resistencia al cambio, ya que los costes del cambio tienen lugar hoy y los beneficios vienen en el futuro. Además, los consumidores aceptan cargos futuros en sus facturas más allá de lo que es razonable.

La Retail Market Review de Ofgem propuso que las compañías sólo pudiesen ofrecer como máximo un tipo de contrato indefinido por método de pago estandarizado, de forma que los consumidores pudiesen fácilmente comparar las tarifas de las diferentes compañías.

Por otra parte, proponía que las compañías pudiesen ofrecer otras tarifas no estandarizadas siempre y cuando tuviesen una duración limitada en el tiempo. Y, en todo caso, las tarifas no estandarizadas deberían presentar los precios equivalentes de esta tarifa respecto a la tarifa estandarizada.

Los detalles relativos a la implantación de esta propuesta están, en estos momentos, en fase en consulta pública y no se han aplicado.

4. Reflexiones para la actuación del Síndic

Recogiendo las reflexiones y las lecciones de la experiencia comparada que se han detallado en los apartados anteriores, a continuación presento un conjunto de propuestas, reflexiones y criterios que sería bueno tener presentes en la labor encomendada al Síndic de Greuges en la defensa de los derechos de los clientes y los usuarios de servicios esenciales.

4.1. Principios orientadores

1. Todos los mecanismos de prestación de servicios, ya sea directamente por la Administración, ya sea por empresas públicas o privadas bajo el régimen de monopolio (bajo contrato o concesión) o por diferentes operadores bajo el régimen de competencia, son, por su naturaleza, imperfectos.

2. La intervención supervisora del Síndic debería estar dirigida a corregir especialmente las situaciones de desequilibrio contractual entre las partes y, en general, a facilitar la identificación de las insatisfacciones con la prestación de los servicios, el diagnóstico de los problemas, y el debate contradictorio entre las instituciones de tutela y los operadores, para producir mejoras regulativas y organizativas en los servicios.

3. No tiene sentido hacer una lista de actividades que son de interés general o que deben ser esenciales, sino buscar en qué circunstancias la provisión de los servicios no se ajusta al interés del público, no logra el bien común por un conjunto de circunstancias específicas que hacen que la prestación bajo el régimen de monopolio o bien la prestación en competencia no funciona adecuadamente.

4. La revisión de la provisión de servicios debe incluir tanto las actividades organizadas bajo formas tradicionales de servicio público como las que se organizan mediante sistemas de participación privada del más diverso cariz. Se trata de revisar cómo los prestadores, sean públicos o privados, se relacionan con sus consumidores.

5. En la labor de identificar los desequilibrios contractuales que, muchas veces, están en la raíz de los problemas de competencia en los servicios liberalizados, hay que ir a aspectos muy concretos y discutir sobre la capacidad que pueden tener las instituciones reguladoras y supervisoras de promover cambios, regulaciones, procedimientos que afronten estos problemas.

6. En especial, cabe identificar los desequilibrios que provienen de los problemas de información de los consumidores y usuarios, y del uso estratégico de esta información por parte de las empresas operadoras.

7. Y también deben identificarse los problemas que provienen de los comportamientos e incentivos de los consumidores y operadores.

8. Una vez identificados y diagnosticados los problemas, hay que iniciar un debate sobre cómo diseños reguladores y de fomento de la competencia alternativos pueden evitar los abusos y favorecer una toma de decisiones más racional.

4.2. Colaboración y disuasión

9. A raíz de la habilitación legal del artículo 78.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Síndic de Greuges debe ir escribiendo una página que hasta ahora estaba en blanco sobre cómo hacer efectiva la defensa de los derechos de los ciudadanos en la prestación de los servicios esenciales. Es importante que la institución encuentre la proporcionalidad en la forma de actuar, el propio campo de actuación y la intensidad de su intervención para conseguir el mejor ejercicio de los derechos causando la mínima distorsión en la actividad de las administraciones públicas y empresas privadas responsables de la prestación del servicio.

10. La forma de actuar debe ser eficaz para lograr la máxima colaboración con los prestadores de los servicios en el respeto de los derechos de los ciudadanos, y no tanto erigirse como un supervisor especial de los prestadores, ya que la función supervisora, la ejerce la Administración pública a través de los ministerios o las consejerías sectoriales o a través de organismos especializados.

11. De la misma forma, es necesario que el Síndic encuentre su propio campo de actuación en la defensa de los derechos de los ciudadanos, de manera respetuosa con las competencias que son propias de los supervisores y los reguladores sectoriales, así como de las autoridades administrativas de la competencia y de protección de los consumidores, y de las autoridades de las jurisdicciones civil, mercantil y contencioso-administrativa.

12. Finalmente, el Síndic debe modular la intensidad de su actuación, de forma que se logre con cada intervención una mejora en la prestación del servicio.

4.3. Colaboración con las empresas operadoras

13. Buena parte de las quejas las puede resolver la propia empresa prestadora del servicio a través de los servicios de atención a los clientes y las oficinas de defensores de los clientes.

14. El Síndic, interesándose en las reclamaciones, puede ejercer un importante papel, tanto de asesoramiento como de diálogo, para mejorar los procesos internos de resolución de conflictos.

15. La comparación con experiencias de éxito tanto en Cataluña como en el resto del mundo puede guiar esta función asesora y de interpelación no sólo con las empresas prestadoras sino también con las administraciones públicas titulares del servicio. Ambas están obligadas por ley a colaborar con el Síndic para hacer efectivo el respeto de los derechos y las libertades.

4.4. Colaboración con los órganos administrativos especializados y con el poder judicial

16. La mayoría de las reclamaciones que no son resueltas por los servicios de atención a los clientes de las empresas o por las oficinas de defensores de los clientes pueden ser resueltas por los organismos de supervisión, regulación y competencia.

17. La Agencia Catalana del Consumo y las OMIC están preparadas y especializadas para hacer frente a la mayor parte de las reclamaciones por deficiencias en el servicio, por errores en la facturación, en el ejercicio de las garantías, etc., tanto individuales en la prestación ordinaria del servicio como cuando se produce algún paro extraordinario del servicio.

18. Los organismos de regulación y supervisión sectoriales (ya sean los ministerios o consejerías sectoriales con sus oficinas de reclamaciones, ya sean los organismos de regulación y supervisión) están capacitados para intervenir cuando se dan incumplimientos de la normativa sectorial y afectaciones en las garantías de calidad, acceso universal y otras regulaciones específicas como las tarifarias, de interconexión, etc.

19. Finalmente, las autoridades de competencia están preparadas para actuar cuando se producen prácticas restrictivas de los operadores (acuerdos entre ellos o abusos de posición de dominio de uno o más) que restringen o impiden de forma significativa el libre funcionamiento de la competencia en la prestación del servicio.

20. En todos estos casos, el Síndic tiene la capacidad de analizar y vehicular las reclamaciones hacia aquellas instituciones que están preparadas, en tanto que organismos especializados del poder ejecutivo, para abordar y resolver las cuestiones objeto de la reclamación, propiciar el

entendimiento entre los usuarios y prestadores de los servicios, o bien declarar ilegales las prácticas no ajustadas a derecho e imponer sanciones.

21. Los organismos del poder ejecutivo, como órganos de la Administración pública, tienen el deber de colaborar con el Síndic para hacer efectivo el respecto de los derechos y las libertades.

22. En estos tres ámbitos (regulación sectorial, competencia o consumo), las reclamaciones pueden vehicularse de forma simultánea ante los órganos administrativos o bien ante las diferentes jurisdicciones, ya sea la contencioso-administrativa o la mercantil. El Síndic y los órganos judiciales tienen también el deber de colaborar lealmente en el desarrollo de sus funciones.

4.5. Superreclamaciones

23. En el desarrollo de las anteriores funciones de colaboración, tanto con las empresas como con los organismos ejecutivos especializados o el poder judicial, el Síndic ocupa una posición privilegiada como institución parlamentaria que es.

24. Esta posición le permite, a su vez, ejercer una función para la que el resto de instituciones no están capacitadas: la labor de informar al Parlamento y a los órganos administrativos del poder ejecutivo, a través de lo que, en otras tierras, se llaman las *superreclamaciones*, de las carencias legislativas y organizativas que impiden la adecuada prestación de los servicios esenciales y el pleno respeto de los derechos y las libertades, así como la función de proponer reformas legislativas o de organización que eliminen las causas de los agravios repetidos y sistemáticos de los derechos y las libertades de los administrados.

25. En esta función, es esencial que el Síndic acompañe su reflexión sobre los problemas legislativos y organizativos de un fuerte y riguroso análisis económico de los incentivos de los operadores, así como el análisis económico de los comportamientos de los usuarios, ya que ambas son piezas claves para entender por qué se producen los agravios repetidos y sistemáticos.

26. Este análisis de incentivos y de comportamiento también debe guiar las propuestas de reformas para que tengan los máximos efectos deseados y los mínimos efectos perversos en la prestación de los servicios esenciales.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

1. Reflexiones previas y generales en relación con la prestación de servicios de interés general

Un primer elemento importante es la institucionalización de una sociedad que quiere ser civilizada. Una sociedad en la que haya el mínimo abuso de poder. El elemento clave que lleva a los abusos de poder es la desigualdad, la asimetría, y más en concreto, dicen los economistas, la asimetría en temas de información. Eso debe regularse, debe institucionalizarse para intentar conseguir al máximo una sociedad civilizada donde no exista abuso de poder. Muchos entienden que institucionalizar consiste en aprobar leyes, hacer regulación y después, en el caso de los tribunales, juzgar e imponer la sanción. Y, a lo sumo, algunas actividades de carácter regulador. Pero el concepto moderno de *institucionalizar* se sustancia en tres vías: Por una parte, las normas, que serían las leyes, por otra, las reglas del juego en el que operamos y los valores.

Las normas son el esqueleto, pero con ello solo no basta. Ciertamente, es una condición *sine qua non*, ya que, efectivamente, cuanto más se legisla, más lejos está el cumplimiento de esta legislación, de esta filosofía. Por lo tanto, la base consiste en establecer unas reglas del juego entre nosotros y un tipo de valores para evitar estos abusos de poder, la desigualdad y las asimetrías. En concreto, las asimetrías de información que pueden darse entre las grandes empresas y las personas que son sus clientes, por lo que tiene mucho sentido trabajar este campo de reglas y de valores.

Ello no es tan tangible como la norma escrita. Es la parte *soft* de la institucionalización, pero es muy importante, y aquí el Síndic de Greuges tiene un papel. Esta parte *soft* tiene que ver con el establecimiento de códigos deontológicos de las propias empresas de carácter general, cosa que tal vez puede hacer el Síndic de Greuges. Tiene que ver con las buenas prácticas, con la autorregulación de estas organizaciones, tiene

que ver con la responsabilidad social corporativa, tiene que ver con las iniciativas para que exista un defensor del cliente o de los usuarios en las propias empresas. También tiene sentido con la intervención del Síndic, al cual habilita el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Por lo tanto, estos elementos, que, ciertamente, pueden verse gaseosos porque muy sólidos no son, dan un valor añadido muy importante, que es institucionalizar, vía reglas y valores, hecho que siempre es mucho más difícil o más sustantivo.

Una segunda idea muy importante es la seguridad jurídica, que es básica en un sistema para que exista desarrollo económico. El desarrollo económico no es más que un medio para conseguir la finalidad última, que es el desarrollo humano. Se ha producido un abandono de muchas instituciones públicas a la hora de dar seguridad jurídica al mercado, al sistema, para favorecer al máximo el desarrollo económico y después el desarrollo humano.

Son las instituciones públicas las que deben encargarse de garantizar y sentar las bases para que exista seguridad jurídica. Existe un concepto vinculado a éste pero más importante: no sólo hace falta seguridad estrictamente jurídica, sino también seguridad institucional. Y *seguridad institucional* significa que no sólo si las instituciones públicas establecen unas bases de seguridad se fomentará el desarrollo económico y social, sino que también deben ser las propias empresas, las instituciones privadas, las que deben trabajar en los estándares de interés general, de interés público, con criterios que también aporten al sistema una gran seguridad en la relación entre ciudadanos y usuarios y estas organizaciones.

Todos somos Estado en este sentido. No sólo las instituciones públicas, sino las empresas privadas y, en especial, las grandes empresas privadas que prestan algo tan crítico y tan difícil de definir como son los servicios de interés

general o de interés público. Estas empresas también son Estado en este nivel de discurso. Si las instituciones públicas hacen bien su trabajo y estas empresas no generan una relación de confianza con estos clientes, no existe seguridad institucional ni desarrollo económico ni desarrollo humano.

El tercer elemento que cabe destacar es que, más que ir a buscar qué es de interés general y escribir una lista, debe hacerse un diagnóstico para detectar dónde están los desequilibrios y qué puede ser más susceptible de abuso de poder, es decir, dónde se dan más las desigualdades. Eso nos puede ayudar más porque es centrarse en lo que es material, sustantivo, de cara a elaborar códigos de buenas prácticas en relación con estas organizaciones, así como para situar el ámbito de intervención del Síndic.

La forma de actuar del Síndic de Greuges tal vez deba ser una colaboración activa: buscar complicidad *en* y *con* las empresas, actuar más por la vía de la prevención y no tanto de la inspección y la sanción. Es una buena forma de comenzar. La prevención es donde es más fácil tejer las complicidades necesarias. Atender las reclamaciones, junto con esta complicidad, puede definir de forma dinámica el ámbito de actuación del Síndic, mucho más allá que establecer un marco formal o primario, que tal vez en la práctica es muy difícil de aplicar.

Hoy la crisis también tiene incidencia en los temas que planteamos. Ésta no es una crisis cualquiera. Ha transformado muchas cosas y las transformará aún más. Por lo tanto, hablar de la crisis no es una cuestión de oportunidad, sino de carácter estructural. Aquí querría hacer una reflexión que intentaré que sea cuanto menos ideológica mejor, a pesar de que entra de lleno en la ideología. Es sobre la transformación que puede estar produciéndose, y las etiquetas aquí pueden ser confusas, de un estado de bienestar hacia una sociedad del bienestar. Lo que cambiará es el papel de la Administración pública, pero también puede cambiar el papel de las empresas privadas y, especialmente, de las que prestan un servicio de interés general.

¿Cuáles son los motores que proveen de bienestar al ciudadano? Si seguimos el clásico, que es el de Andersen, existen cuatro motores: el mercado, el Estado, la familia y el tercer sector. Éstos son los cuatro grandes motores que proveen bienestar.

Ahora bien, con esta crisis se está produciendo una retirada de dos de estos motores. En los modelos liberales anglosajones clásicos, el

mercado es el que tiene más peso. En el modelo europeo, se equilibra el peso del mercado con el peso del Estado. Y en el sur de Europa, existe un equilibrio con tres patas: mercado, Estado y familia.

Pero esta crisis está implicando un problema de mantenimiento de los estándares actuales del estado del bienestar y las capacidades que tienen las administraciones públicas para proveer de bienestar a los ciudadanos. Se da una cierta retirada de las administraciones públicas, al igual que, por los cambios demográficos y sociales, se da una cierta retirada de la familia como elemento de motor y de distribución del bienestar.

Eso quiere decir que el mercado cada vez tendrá una posición más predominante en nuestras culturas. Nos encontraremos en un punto más central en el que no será tanto el Estado y la familia los que manden, sino que será más en connivencia con el mercado y el tercer sector. Este tercer sector parece que tiene una buena salud, pero hay que ir con cuidado porque es muy heterodoxo.

Haciendo una reflexión acerca de la responsabilidad social corporativa, en este nuevo escenario de futuro, ¿qué pueden hacer las empresas? En concreto, estas grandes empresas que deben cambiar su rol y dar más a los usuarios y consumidores. La etiqueta *usuario* y *consumidor* tal vez ya haya quedado anticuada. Son las propias empresas las que cada vez más hablan de personas. No tienen clientes, tienen personas. Personas al servicio de personas. Las personas tienen más necesidades que los clientes y usuarios. Tal vez una forma de hacer responsabilidad social corporativa es dar algo más a estas “personas” que son más que usuarios y consumidores.

Si analizamos las transformaciones de la sociedad vemos que cada vez hay más personas que viven solas, más familias monoparentales. Existe menos red familiar, menos red social donde la gente pueda acogerse y pueda defenderse de las agresiones que le produce la vida y el entorno. Resulta que hay muchas personas cuya única conversación con una persona informada, más allá del camarero del bar, es con el empleado de una entidad bancaria, a quien ven cada mes y realizan un tipo de consultas que no sólo tienen que ver con el dinero, sino con su capacidad de articularse personal y socialmente. Tal vez la función que antes desempeñaban los sacerdotes, ahora la desempeñan los empleados de la banca. Antes

cuando uno quería confesar tenía que ir a confesar. Antes, en un pueblo estaban el cura, el maestro y el farmacéutico. Ahora no. Teniendo en cuenta todo ello, ¿por qué no hacemos una tipología de los problemas que tienen estas personas que viven solas, que no tienen capacidad de relacionarse más allá del empleado del banco? ¿Qué tipo de servicios se les podría ofrecer de más? Es una idea de cómo podría avanzar la responsabilidad social corporativa. La responsabilidad social corporativa nace por los problemas medioambientales y de la sostenibilidad. El gran momento de la responsabilidad social corporativa es la globalización y los desequilibrios entre sociedades avanzadas y sociedades en desarrollo.

Y, el tercer paso, ¿cuál puede ser? Pues tal vez el nuevo papel que debe jugar el mercado y estas empresas en su relación no sólo con usuarios y consumidores, sino con personas y ciudadanos.

Porque la otra idea es que tal vez debamos hacer un mestizaje entre entidades públicas e instituciones privadas. Eso de que existen dos mundos separados cada vez es menos evidente. No sé si tenemos que llegar a hacer un único derecho administrativo que sirva para todo o no tiene que haber esta definición de derechos. Sí que es cierto que las administraciones públicas, desde hace más de dos décadas, han importado muchas técnicas de gestión propias de las instituciones privadas; algunas con éxito y otras, no. Pero cada vez nos hemos reflejado más en el sector privado. Y la cuestión es: ¿por qué no puede suceder también al revés? ¿Por qué las instituciones privadas, especialmente estas grandes que prestan servicios de interés público, de interés general de carácter universal, no pueden reflejarse en la Administración pública, en el tema de derechos y deberes? De hecho, ya hace tiempo que usamos las etiquetas de forma intercambiada. Por hablar de una anécdota, hace mucho tiempo que la Administración pública ya no habla de ciudadanos, sino de clientes, lo que tiene unos efectos ideológicamente perversos porque es una visión muy superficial del tema.

Una vez di un curso para directivos de El Corte Inglés sobre temas de organización. Yo les estaba explicando aspectos de organización y les decía: “Ustedes, cuando entra un cliente, ponen en marcha un conjunto de elementos organizativos”... Y comienzo a oír un murmullo entre los presentes y se levanta un directivo que debía de ser más directivo que los otros y dice: “profesor, en El Corte Inglés no tenemos clientes”. Me quedé asustado: “Si no tienen clientes, ¿qué tienen?”. Me respondió: “En el Corte Inglés nuestros

clientes tienen más derechos que un cliente normal. Nuestros clientes son ciudadanos”.

El mundo al revés, ahora resulta que el Corte Inglés tiene ciudadanos y la Administración pública tiene clientes. O sea, que este mestizaje ya se ha producido. Si en la publicidad ya han dicho que tienen personas, tal vez este mestizaje, como en El Corte Inglés, ya se ha producido. Y tienen que responder mucho más allá de la estricta prestación del servicio desde un punto de vista técnico y mercantil.

Otra cosa es después la letra pequeña, cómo debe articularse, porque aquí sí que encontraremos las diferencias. Pero mi sorpresa ha sido que no existen tantas diferencias. O sea, que este mestizaje, como sucede en el mundo del derecho, ya hace mucho tiempo que se da y hace que las cosas puedan ser más trasladables.

2. El Síndic y empresas que prestan servicios universales de interés general

1) El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 78, otorga atribuciones al Síndic para actuar en el ámbito de servicios privados que prestan servicios universales y/o de interés general.

2) Los conceptos *servicios universales de interés general* son elásticos económica y jurídicamente y no corresponde aquí definirlos. En todo caso, son unos servicios privados en los que juegan elementos como la universalización de las prestaciones, las funciones públicas y, incluso, la autoridad, pero son servicios privados que podrían afectar a derechos fundamentales de las personas, elementos que son centrales para una institución como el Síndic de Greuges. Estamos hablando, pues, de servicios como agua, gas, electricidad, telefonía, transportes, etc. que formarían parte de este bloque.

3) Hace un par de décadas la mayoría de estos servicios eran prestados por el sector público y con las privatizaciones han pasado al sector privado. El sector público pierde su titularidad y ejerce únicamente funciones reguladoras. La función reguladora es imperfecta y son precisas otro tipo de garantías complementarias de cara a preservar los derechos de los ciudadanos/usuarios.

4) Los elementos anteriores justifican, legal y materialmente, la participación del Síndic en este ámbito de gestión privada.

5) De todas formas, podrían hacerse argumentaciones en sentido opuesto:

- ¿No se habrá equivocado el legislador al asignar esta competencia al Síndic?

- ¿No es un intrusismo de instituciones públicas sobre el mundo privado?

- ¿No es un “brindis al sol”? Ya que poca cosa puede hacer el Síndic de cara al control de grandes empresas.

- ¿No será redundante la participación del Síndic dentro de una constelación de actores públicos y privados que es muy garantista para los clientes y consumidores?

En efecto, existe un conjunto de actores que garantizan la calidad y defensa de los derechos de los consumidores: agencias reguladoras, agencias autonómicas de consumo que tienen amplias competencias, autoridades competentes en la materia estatales y autonómicas, ayuntamientos vía OMIC o equivalentes, poder judicial, asociaciones de consumidores. Además de todos estos actores, están las propias empresas que se autorregulan vía unidades de atención al cliente y de calidad, defensores del cliente y responsabilidad social corporativa (RSC).

¿Existe, entonces, redundancia en relación con esta nueva competencia asignada al Síndic de Greuges?

La respuesta es que no, ya que puede argumentarse que existe claramente espacio para la participación del Síndic en la defensa de los consumidores de servicios privados de carácter universal y/o de interés general.

Algunos argumentos:

- Algún análisis realizado pone claramente de manifiesto que, a pesar de esta constelación de actores que configura un sistema garantista, en la práctica los consumidores siguen estando bastante indefensos.

- Las entidades reguladoras en España (siguiendo la tradición continental, a diferencia de la anglosajona) son poco independientes políticamente. Ponderan una regulación de carácter político (p. ex. precios políticos) y de ordenación y competencia del sector, pero no ponderan, en cambio, la defensa de los consumidores. En este sentido, vigilan mucho a las empresas en el aspecto tarifario y de

competencia y, como moneda de cambio, son muy laxas en el ámbito de la defensa del consumidor. Además, como analiza la teoría de la regulación, está presente el problema de las capturas del regulado hacia el regulador.

- Las diferentes administraciones públicas tienen un problema de visión general y transversal de la problemática y, por su fragmentación, buscan más la solución de incidencias que la resolución de problemas a nivel de categorías o de sistema.

- Las empresas vinculan más la atención al cliente, la calidad y la RSC al marketing que a una verdadera defensa de los derechos de sus consumidores.

- La RSC tiene poco contenido conceptual y poco desarrollo práctico y efectivo (básicamente centrada en temas de medio ambiente y globalización, pero menos preocupada en definir y profundizar en los derechos de los consumidores de una forma amplia y responsable).

- Las empresas privadas prestadoras de servicios universales y/o de interés general tienen en España muchos problemas organizativos para garantizar los derechos de sus usuarios o consumidores. Prestan, en muchos casos, servicios a millones de usuarios y se dotan de modelos de producción fordista con una visión económica, pero poco flexible a la hora de atender incidencias especiales que afectan a sus usuarios, que quedan, en muchos casos, indefensos.

La conclusión final es que los consumidores de servicios de interés general quedan en nuestro país, en muchos casos, indefensos y mal atendidos. Las empresas no priorizan un enfoque de *servucción* (mejora en la prestación de los servicios y en la atención de los usuarios), ya que diseñan sistemas de producción masiva de carácter estandarizado y rígido que están pensados en la dimensión de economías de escala en beneficio de la organización interna de las organizaciones, y dejan de lado las necesidades y las especificidades de sus ciudadanos/clientes. Por otra parte, la constelación de instituciones administrativas que regulan y vigilan el sistema sufre una fragmentación y tiene una falta de visión transversal, lo que deja muchos espacios materiales de falta de protección efectiva a los usuarios de dicho tipo de servicios. Dados estos argumentos, puede considerarse que la actuación, la vigilancia y el análisis del Síndic

de Greuges en estos ámbitos puede aportar un gran valor añadido en la defensa de los derechos de los consumidores (y en un sentido más amplio de los ciudadanos, ya que quedan afectados derechos).

La mirada que puede aportar el Síndic de Greuges puede ser innovadora en el sentido de proactividad, transversalidad y profundidad en el análisis, y de una gran efectividad en la protección formal y material en la defensa de los derechos de las personas.

3. Metodología de buenas prácticas del Síndic en relación con las empresas que prestan servicios universales de interés general

1) El Síndic tiene experiencia en la defensa de los derechos de los ciudadanos en relación con las administraciones públicas y sus actuaciones. Hay poca diferencia en la gestión pública respecto a la gestión privada de servicios universales y/o de interés general: atención a clientes masificados (en ocasiones, millones), sistemas de producción fordista, necesidad de garantizar derechos fundamentales o que afectan a la dignidad de los ciudadanos, ejercicio de la autoridad en un sentido amplio del término, etc.

Las administraciones públicas se han ido reciclando y tienen mucha experiencia en la atención de un público masificado. En este sentido, sus sistemas de producción fordista son más flexibles, en ocasiones, que los de las propias empresas privadas. Deben trasladarse, pues, las buenas prácticas del sector público hacia el sector privado y en esta migración conceptual el Síndic puede tener un papel muy destacado.

2) Un ejemplo del punto anterior: código de buenas prácticas empresas que prestan servicios de interés general en relación con el código de buenas prácticas de la Administración que ya ha elaborado el propio Síndic de Greuges. La experiencia del Síndic en la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a las administraciones públicas puede ser parcialmente transferida y aprovechada en su aplicación a este sector privado.

3) En las actuaciones del Síndic en relación con el mundo empresarial también hay que tener en cuenta el fenómeno de las externalizaciones y de las asociaciones público-privados. En este sentido, como los servicios son de titularidad

pública, el Síndic debería actuar y escrutar a la Administración titular (principal), y no a las empresas (agentes), así como contribuir a mejorar los sistemas de dirección, control y evaluación que ejerce el principal sobre los agentes. De todas formas, y dada la inhibición de la mayoría de administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones como principal, el Síndic de Greuges tiene toda la legitimidad para vigilar e intervenir directamente sobre las empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

4) El Síndic debe tramitar las quejas y denuncias de los usuarios de servicios privados de carácter universal y/o de interés general igual que con las administraciones públicas. La ventaja es que la relación Síndic–empresas es mucho más ágil que la relación Síndic–administraciones (no hacen falta oficios formales, gestión clásica de expedientes y permite un contacto rápido con las empresas vía correo electrónico o teléfono). Las empresas son muy permeables a estas quejas y los problemas pueden resolverse de forma muy rápida.

5) Hay que poner en valor la gran fuerza que tiene el Síndic: la publicidad y la denuncia ante la opinión pública de posibles malas prácticas empresariales. Una denuncia pública del Síndic puede tener más repercusión social que una de una agencia de consumo (la gente interpreta su rol y no tiene tanto poder de impacto mediático como puede tener el Síndic). Este poder, que sólo debe utilizarse en casos muy extremos, hace que la relación Síndic–empresas sea muy fluida, ya que a las empresas les genera preocupación esta hipotética publicidad negativa.

6) El Síndic debe actuar con capacidad plena en la tramitación de quejas y en el control de oficio de estas empresas privadas. Ahora bien, también debería priorizar al máximo sus funciones de carácter preventivo que, en nuestra opinión, son las que pueden aportar más valor al sistema y a la sociedad.

7) En este sentido, el Síndic debería configurarse como un think tank en relación con los temas de la defensa de los derechos de los consumidores de servicios privados de carácter universal y/o de interés general. El Síndic debería basar su ámbito de actuación en red:

- Establecer redes, contactos y reuniones con representantes de las empresas, hablar de problemas y soluciones comunes, y abrir la posibilidad de intercambio de experiencias

(buenas y malas prácticas) entre las propias empresas de diferentes ámbitos de actuación.

- Crear redes, contactos y reuniones entre los diferentes agentes públicos implicados en la defensa de los derechos de los consumidores (agencias reguladoras, agencia autonómica de consumo, ayuntamientos, etc.) para definir ámbitos prioritarios de cara a futuros estudios y análisis.

- Establecer redes mixtas entre agentes públicos y empresas privadas.

- En definitiva, se trata de crear una especie de comunidad epistémica dirigida y gestionada por el Síndic que permita sistemas transversales e integrados de aprendizaje conceptual y práctico en la mejora de la defensa de los derechos de los consumidores.

8) Revitalizar la metodología de trabajo del Síndic de Greuges:

- Detectar ámbitos problemáticos vía contactos en las redes mencionadas y vía quejas recibidas.

- Decidir realizar un informe monográfico sobre un ámbito determinado.

- Realizar un trabajo de campo sobre el sector que incluya sistemas de detección real de los problemas como, por ejemplo, el método del cliente misterioso.

- Realizar un informe crudo y real sobre la situación y problemas del sector o presentarlo en la red de actores públicos y de las empresas privadas relacionadas.

- Proponer (el Síndic) en estas reuniones un conjunto de mejoras que deben realizar las empresas privadas, así como de mejoras en el control de los agentes públicos sobre éstas. Realizar un seguimiento y control de las mismas.

- Elaborar un informe final dirigido al Parlamento y a la opinión pública de carácter más general y diplomático sobre los problemas detectados y las soluciones y mejoras pactadas e implementadas entre todos.

9) Una primera actuación del Síndic de Greuges es, y forma parte de este documento, elaborar

un código de buenas prácticas para las empresas que prestan servicios universales y/o de interés general. La metodología podría ser la siguiente:

- Elaborar un primer borrador de código de buenas prácticas para las empresas que prestan servicios universales y/o de interés general.

- Trabajar de forma cooperativa con las empresas privadas y con las instituciones públicas directamente implicadas en una versión consensuada de un código de buenas prácticas de carácter general.

- Diferenciar por grandes sectores los servicios privados de interés general que tienen especificidades propias. Por ejemplo: a) suministros para el hogar y empresas (agua, gas y electricidad); b) telefonía; c) movilidad (transportes).

- Realizar un estudio para cada uno de los grandes sectores sobre las incidencias y patologías detectadas, y elaborar un código de malas prácticas como paso previo al diseño de códigos de buenas prácticas de carácter sectorial. Esta labor debería hacerse también de forma cooperativa y consensuada con los agentes privados y públicos de cada sector.

4. Propuesta de código de buenas prácticas

Este apartado presenta una propuesta de código de buenas prácticas para las empresas privadas prestadoras de servicios universales y/o de interés general. Este borrador de código de buenas prácticas se articula en dos apartados: de un lado, principios, y de otro, los criterios.

Los principios hacen referencia a las buenas prácticas vinculadas a valores que deben tener las empresas en su relación con sus clientes. Se han tomado como punto de referencia el Código de buenas prácticas de la Administración elaborado en 2009 por el Síndic de Greuges, con los cambios, las supresiones y las ampliaciones derivadas de su adaptación a los servicios privados universales y/o de interés general. Los criterios, por su lado, hacen referencia a las buenas prácticas vinculadas a los procesos de prestación de servicio, que van desde la contratación hasta la finalización del servicio.

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

1. BUENAS PRÁCTICAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD MATERIAL

- Las empresas deben permitir el uso de todas las herramientas y los instrumentos de asistencia que posibiliten la accesibilidad a todos los servicios de las personas con discapacidades físicas o psíquicas. Más allá de los aspectos de accesibilidad física, las empresas deberían establecer mecanismos especiales de atención a las personas con discapacidades psíquicas que no estén sometidas a tutela.
- Las empresas deberían priorizar la atención a las personas mayores y ayudarlas para paliar las carencias derivadas de su edad (problemas de movilidad, de oído, de comprensión, etc.).

2. BUENAS PRÁCTICAS EN GARANTÍA DE LA NO DISCRIMINACIÓN

- Es preciso que las empresas realicen un esfuerzo en el ámbito de la comunicación lingüística para facilitar una buena prestación de servicios a las personas que no tengan un dominio suficiente de alguna de las dos lenguas oficiales.
- Las empresas deberían prever un sistema de apoyo en sus mecanismos presenciales o telefónicos de atención al ciudadano/cliente que pudiese prestar una ayuda adicional a todas las personas que manifiesten problemas para entender los trámites administrativos.

II. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE AUSENCIA DE ABUSO DE PODER EMPRESARIAL

1. BUENAS PRÁCTICAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS Y EN LA AUSENCIA DE ABUSO DEL PODER EMPRESARIAL EN LA PRESTACIÓN O CANCELACIÓN DE UN SERVICIO

- Las empresas, en el ejercicio de sus actividades, están sujetas, entre otros, a los principios de idoneidad y proporcionalidad. Por lo tanto, deben ponderar los beneficios y perjuicios de una actuación u otra de acuerdo con los intereses de los ciudadanos/clientes y no únicamente

con los de la empresa. Este principio es especialmente relevante en las decisiones de cancelación o baja de un servicio y en las denuncias de una empresa por posibles impagos.

2. BUENAS PRÁCTICAS RELACIONADAS CON EL USO DE LA FUERZA DEL PERSONAL DE SEGURIDAD DE LAS EMPRESAS

- Cuando entra en conflicto el ejercicio de un derecho fundamental y la protección de la seguridad de la empresa o de los ciudadanos/usuarios, la respuesta del personal encargado de la seguridad debe ser siempre proporcionada.

III. IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD

1. BUENAS PRÁCTICAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL

- Las empresas deben procurar definir y hacer públicos los indicadores de calidad de sus servicios que permitan medirlos objetivamente para facilitar el cumplimiento del deber de velar por el buen funcionamiento de los servicios.
- Las empresas deben velar porque su personal no manifieste incompatibilidades ni pueda tener conflictos de intereses en el desarrollo de las funciones que tiene encomendadas.
- Las empresas deberían procurar tener órganos de control de la gestión de los servicios dirigidos a sus ciudadanos/clientes lo más independientes posible (ajenos al mando jerárquico operativo de la empresa) y que fuesen accesibles a las denuncias por parte de sus ciudadanos/clientes.

2. BUENAS PRÁCTICAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

- Todos los pactos y acuerdos entre la empresa y el ciudadano/cliente deben establecerse por escrito y estipular cuáles son los compromisos que adquiere la empresa y cuáles son las contraprestaciones que acepta el ciudadano/cliente del servicio. El escrito debe ser muy claro y conciso para evitar al máximo interpretaciones divergentes.
- En ningún caso los pactos y acuerdos entre la empresa y el ciudadano/cliente pueden establecer contraprestaciones, limitaciones y excepciones que puedan ser consideradas abusivas para el ciudadano/cliente.

IV. CLARIDAD, ASESORAMIENTO Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

1. BUENAS PRÁCTICAS PARA INFORMAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS/CLIENTES Y DEL RESTO DE LA CIUDADANÍA

- La empresa debe dar información y asesoramiento adecuados al ciudadano/cliente sobre sus derechos y sobre los procedimientos que le afectan, de manera clara y comprensible.
- Cuando un ciudadano/cliente denuncia haber sufrido perjuicios derivados de una prestación deficiente del servicio, la empresa debe informarle de las actuaciones y de los procedimientos que ha llevado a cabo, así como de la vía y los derechos de que dispone para reclamar indemnizaciones por los perjuicios que considera que ha sufrido.
- Cuando un ciudadano que no es cliente de la empresa denuncie haber sufrido perjuicios derivados de externalidades negativas en la prestación del servicio, ésta debe atenderlo e informarle de las actuaciones y de los procedimientos que ha llevado a cabo, así como de la vía y los derechos de que dispone para reclamar indemnizaciones por los perjuicios que considera que ha sufrido.

2. BUENAS PRÁCTICAS PARA INFORMAR SOBRE LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES

- Las empresas deben redactar las comunicaciones, las facturas y los requerimientos dirigidos a sus ciudadanos/clientes en un lenguaje claro y que no genere confusión en las personas destinatarias.
- Las empresas deben informar y orientar a las personas no sólo sobre los requisitos para solicitar sus servicios, sino también sobre todos los aspectos técnicos derivados de la prestación del servicio. Se debe informar de dichos aspectos técnicos de forma sencilla y clara.

V. CORTESÍA Y BUEN TRATO

1. BUENAS PRÁCTICAS EN EL TRATO DE LOS CIUDADANOS/CLIENTES QUE SE DIRIGEN A LA EMPRESA

- Los empleados de la empresa deben tratar respetuosamente a los ciudadanos/clientes, tanto

en las comunicaciones presenciales como telefónicas o las que se realicen por escrito.

- La empresa debe pedir disculpas, de forma proactiva (cuando así lo detecte) o de forma reactiva (cuando exista una queja), si trata de forma errónea a los ciudadanos/clientes o les causa agravios con su actividad, en garantía de un servicio de calidad.
- La empresa debe pedir disculpas, de forma proactiva (cuando lo detecte) o de forma reactiva (cuando haya una queja), si causa agravios con su actividad a ciudadanos ajenos a la prestación de su servicio.
- Para responder correctamente a las preguntas que formula el ciudadano/cliente, los empleados de la empresa encargados de atenderla deben tener un nivel de formación y de información suficiente y adecuado.
- Los empleados de la empresa, cuando presten servicios de atención al público, deben identificarse de forma clara con el nombre, el apellido y el lugar que ocupan.
- Las empresas deben asegurar que sus ciudadanos/clientes tengan un acceso rápido a los empleados que tienen formación e información para resolver su duda o problema. Deben poner todos los medios para asegurar que los canales intermedios (de personas o de filtros telefónicos) sean los mínimos posibles.

2. BUENAS PRÁCTICAS PARA GARANTIZAR UN TRATO ADECUADO A LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

- La empresa debe ofrecer un trato adecuado a las necesidades de los ciudadanos/clientes, de acuerdo con sus circunstancias particulares. En este sentido, debe fomentar medidas de formación específica para los profesionales responsables de tratar con los ciudadanos/clientes.

VI. DEBER DE RESPONDER DE FORMA EXPRESA

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL DERECHO A LA RESPUESTA EXPRESA

- La empresa debe dar respuesta escrita u oral a las cuestiones que los ciudadanos/clientes y el resto de los ciudadanos les planteen. En el supuesto de que se dirijan por escrito, la respuesta

también debe ser por escrito, aunque antes se responda por vía telefónica para atender de forma más rápida la petición.

- La falta de competencia o la incoherencia de las peticiones formuladas no exonera a la empresa del deber de respuesta, salvo los casos en los que se detecte una deliberada petición colectiva orientada a colapsar el sistema de respuesta de la empresa.

2. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LOS CONTENIDOS DE LAS RESPUESTAS

- Las respuestas expresas de la empresa deben ser razonadas, inteligibles y congruentes con las peticiones o las alegaciones formuladas para no causar indefensión e inseguridad jurídica a los ciudadanos/clientes que se dirigen a ellas.
- La empresa debe evitar que las respuestas sean estandarizadas, ya que pueden vulnerar el derecho a una respuesta congruente. Asimismo, las respuestas deben versar sobre el aspecto concreto que preocupa al interesado.

3. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LAS RESPUESTAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

- Las peticiones de los ciudadanos/clientes que se dirijan por la vía del correo electrónico deben responderse por esta vía con las mismas garantías y tratamiento que si fueran por vía escrita ordinaria.

VII. DERECHOS LINGÜÍSTICOS

1. BUENAS PRÁCTICAS EN GARANTÍA DEL DERECHO DE USO DE LAS LENGUAS OFICIALES

- Las empresas deben garantizar el uso de cualquiera de las lenguas oficiales en sus relaciones con los ciudadanos.
- La lengua de relación, la determina el ámbito territorial donde se presta el servicio y no el ámbito territorial donde la empresa tiene su sede.

2. BUENAS PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON EL USO DE LAS LENGUAS NO OFICIALES

- Es necesario que las empresas hagan un esfuerzo en el ámbito de comunicación lingü-

ística para facilitar una buena prestación de servicios a las personas que no tengan un dominio suficiente de las dos lenguas oficiales.

3. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE MEDIOS DE PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS

- Las empresas deben evitar que se produzcan situaciones que, por falta de previsión (impresos, formularios, programas informáticos, etc.), impidan a las personas dirigirse y ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que elijan.
- Las empresas deben exigir a su personal la capacitación lingüística (oral y escrita) suficiente en las lenguas oficiales que le haga apto para el cumplimiento de las funciones propias de su puesto de trabajo.

VIII. ACUSE DE RECIBO

1. BUENAS PRÁCTICAS PARA ACUSAR RECEPCIÓN DE UNA SOLICITUD

- La empresa debe indicar, en el acuse de recibo, el responsable de dar respuesta.
- En el caso de que el ciudadano/cliente dirija una solicitud a una unidad u órgano no competente de la empresa, ésta debe dirigirlo automáticamente al órgano responsable y comunicarlo al interesado, en caso de una posible demora en el tiempo de la respuesta.

IX. DERECHO A SER CONSULTADO E INFORMADO

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL DERECHO A SER PREVIAMENTE CONSULTADO E INFORMADO EN EL CASO DE QUE LA EMPRESA REALICE UN CAMBIO IMPORTANTE EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

- Independientemente de que se lo permita la norma, la empresa no puede llevar a cabo ninguna actuación de cancelación del servicio o de modificación de las condiciones contractuales, sin previamente haber informado al ciudadano/cliente, ni sin haberse informado de la situación particular de éste.

X. PLAZO RAZONABLE

1. BUENAS PRÁCTICAS PARA EVITAR DEMORAS PROCEDIMENTALES

- La empresa debe utilizar todos los medios para solucionar las incidencias (suspensiones en la prestación del servicio, etc.) de la forma más rápida posible que le permita la tecnología y más allá de los plazos legales que tenga atribuidos.
- El sistema de cita previa para que las personas se dirijan a los servicios de atención presenciales de la empresa debe servir para mejorar la atención, no para aplazar la presentación de solicitudes por falta de medios y de personal.
- Aplicar el concepto de tiempo razonable en la atención telefónica de los ciudadanos/clientes. La empresa debe implantar las medidas tecnológicas para detectar cuando un ciudadano/cliente está un tiempo excesivo al teléfono o hace de forma sucesiva contactos por vía telefónica.
- La empresa debe resolver en un plazo razonable todas las solicitudes de acuerdo con el orden de recepción y debe priorizar determinadas solicitudes por motivos justificados.

XI. DEBER DE MOTIVACIÓN

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA SUFICIENCIA DE LA MOTIVACIÓN

- Las decisiones y resoluciones de la empresa deben motivarse de forma clara y sencilla. Los argumentos técnicos deben ser explicados y redactados con un lenguaje claro y comprensible.

2. BUENAS PRÁCTICAS DE MOTIVACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA EMPRESA

- La empresa, en el caso de tener que escoger entre diferentes opciones correctas y posibles, debe optar por la que considere más beneficiosa para el ciudadano/cliente, salvo en los casos en que se lesionen los intereses de otros ciudadanos o en que lesione el interés general.

- El criterio establecido por la buena práctica anterior se debe incorporar al protocolo de actuación de la empresa y aplicar el mismo criterio a futuras o nuevas situaciones iguales, con independencia de que haya una solicitud o queja o no.

XII. NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES E INDICACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE RECURRIR

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL CONTENIDO Y LA PRÁCTICA DE LAS NOTIFICACIONES

- Cuando la empresa practique las notificaciones debe utilizar los mecanismos adecuados que permitan que la persona destinataria conozca el acto y esté informada de cómo ejercer su derecho de defensa.
- Con independencia de que se lo permita la norma, la empresa no puede realizar ninguna actuación de cancelación del servicio o modificación de las condiciones contractuales, sin previamente haber informado al ciudadano/cliente, ni sin haberse informado de su situación particular.
- Una vez la empresa ha intentado diferentes mecanismos de contacto con el ciudadano/cliente (vía telefónica, correo electrónico o visita al domicilio) para expresar la decisión de cancelar un servicio, se debe optar por la utilización del correo postal (envío de certificado con justificante de recepción) y dejar un tiempo prudencial antes de aplicar la medida.

- La empresa debe especificar en las notificaciones la posibilidad que tiene la persona interesada de impugnar la decisión o de revertirla.

XIII. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA INFORMACIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

- Todos los datos facilitados por los ciudadanos/cliente a la empresa son confidenciales y está totalmente prohibido hacer un uso de los mismos ajeno al servicio concreto solicitado y aceptado por el usuario.

- Los datos personales de los ciudadanos/clientes en poder de la empresa se deberían utilizar de una forma proactiva en la mejora del servicio.
- Las empresas deberían preguntar a sus ciudadanos/clientes si quieren que sus datos sean utilizados por la empresa para informar de nuevos servicios, ofertas y otras actividades de promoción comercial y de marketing.
- Cuando sean empresas terceras las que traten datos personales incorporados a los ficheros de las empresas principales, es preciso que el contrato estipule de forma expresa las medidas de seguridad y asegure que no se utilicen con una finalidad diferente a la prevista al contrato, ni que las comunique a otras empresas o personas.
- Las empresas no pueden contactar de forma reiterativa con la ciudadanía en general, como posibles clientes, sea por vía telefónica, correo postal o electrónico personalizado o visita al domicilio. Aunque los datos de la ciudadanía sean públicos, debe respetarse la no-intromisión.

XIV. ACCESO A LA INFORMACIÓN

1. Buenas prácticas en la prestación del servicio de información

- La empresa debe informar suficientemente a los ciudadanos/clientes sobre sus derechos y deberes en relación con el servicio prestado.
- La empresa debe ser proactiva en la difusión de la información para evitar la demanda de informaciones, aclaraciones o reclamaciones.
- Las empresas deben proporcionar información con carácter previo (cartas de servicios), definir los objetivos del servicio y fijar un compromiso con sus ciudadanos/clientes. Ésta es una de las principales herramientas que permitirán garantizar la transparencia en la prestación del servicio.
- Las empresas deben garantizar una información y unos mecanismos de comunicación adecuados a las necesidades de los ciudadanos/clientes en función de sus circunstancias particulares.
- Las empresas deben implantar fórmulas para mejorar la coordinación entre sus departamentos o empresas auxiliares que intervienen en un mismo servicio o familia de servicios con el objetivo de que los ciudadanos/

clientes no tengan que reiterar la entrega de sus datos personales.

XV. DERECHO A LA REPARACIÓN

1. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN

- Las empresas deben reparar de forma proactiva los daños ocasionados a sus ciudadanos/clientes en el mismo momento en que detecten una mala prestación del servicio, que debe ser compensada.
- La empresa no puede exigir un esfuerzo probatorio que no sea razonable y vaya más allá de lo que puede considerarse como suficiente e imprescindible.

XVI. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

1. BUENAS PRÁCTICAS PARA FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN

- La empresa debe fomentar la participación de los ciudadanos/clientes en los procesos de toma de decisiones en materias que les puedan afectar, para reforzar la legitimación de las actuaciones empresariales y como herramienta de prevención y resolución de conflictos.

CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS: CRITERIOS

I. CRITERIOS EN LA PROMOCIÓN Y LA COMERCIALIZACIÓN DEL SERVICIO

- La comercialización y el marketing deben estar regulados por unos estrictos códigos deontológicos que eviten manifestaciones que pueden resultar ofensivas para una parte de los ciudadanos.
- La información comercial de la empresa debe focalizarse en las especificidades, las ventajas, la calidad de sus servicios y no ha ponderar elementos que son accesorios aunque puedan ser impactantes.
- Las empresas, cuando hacen publicidad de sus servicios, deben reflejar de forma clara,

visible y muy sencilla el precio, y evitar al máximo el establecimiento de condiciones y excepciones.

II. CRITERIOS EN LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO

- La empresa debe dar todas las facilidades para que los ciudadanos puedan contratar sus servicios ofreciendo un amplio abanico de sistemas de contratación, especialmente en los casos de prestación de servicios que no operan en un sistema de competencia.
- La rapidez en los trámites de contratación con la garantía de los derechos es un criterio que se debe considerar esencial.
- La información en el proceso de contratación debe ser clara, sintética y muy sencilla, al igual que el documento que se firma como contrato.
- Los contratos deben establecer unas reglas muy claras en términos de condiciones, calidad y precios que eviten las excepciones o aclaraciones.
- Los contratos deben utilizar un léxico comprensible. Si se utilizan tecnicismos, se debe poner el significado entre paréntesis y, en ningún caso, pueden inducir a confusión.
- Cuando los contratantes formulan de forma reiterada una pregunta, la empresa, por iniciativa propia, debe hacer las mejoras necesarias para que no sean necesarias este tipo de aclaraciones.

III. CRITERIOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: PRODUCCIÓN

- Las empresas deben validar periódicamente el servicio mediante controles de calidad y de satisfacción llevados a cabo a través de comunicaciones escritas y telefónicas a sus clientes/ciudadanos.
- Las empresas deben devolver las llamadas realizadas por los ciudadanos/clientes y que no han podido ser atendidas debidamente por cuestiones técnicas o porque se precisaba una información complementaria que ha impedido la resolución de la petición del ciudadano/cliente,

y evitar al máximo los tiempos de espera innecesario del ciudadano/cliente al teléfono.

- Cuando el servicio contratado no pueda satisfacer al ciudadano/cliente en las condiciones acordadas, la empresa debe ponerse en contacto de forma directa y personalizada con el ciudadano/cliente para proponerle alternativas de las condiciones del servicio.

- Las empresas deben informar puntualmente a los ciudadanos/clientes ya fidelizados de las posibles promociones que la empresa está llevando a cabo y que mejoran la calidad y el precio del servicio contratado.

- Las empresas deben procurar una atención personalizada al ciudadano/cliente desde una óptica de la empresa con la que el ciudadano/cliente ha contratado el servicio, evitando explicaciones de carácter organizativo y estructural de la organización de la empresa o de sus formas de proveer el servicio para justificar la falta de resolución del problema.

- Las empresas deberían disponer de puntos de atención personalizada a los ciudadanos/clientes, debidamente distribuidos en el territorio, con independencia de la existencia de los servicios de atención telemática. La información sobre estos puntos de servicio será visible en sus medios de comunicación.

- Las empresas deben hacer bien visible a través de sus medios de comunicación (facturas, webs, etc.) el número telefónico gratuito de atención y de información al ciudadano/cliente para facilitar las reclamaciones.

- La derivación de las llamadas de atención al ciudadano/cliente debe ser ágil y rápida. En todo caso debe establecerse un sistema que permita la atención personalizada.

- Cuando se produzca una deficiencia en el suministro del servicio, la empresa debe notificar al ciudadano/cliente que esta deficiencia se ha producido e informarle enseguida de que ésta se compensará y en qué condiciones.

IV. CRITERIOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: FACTURACIÓN

- Las facturas deben tener una presentación muy sencilla, dando la información básica que sea del interés del ciudadano/cliente de forma clara indicando un teléfono de contacto por si se requiere cualquier aclaración.

- En ningún caso pueden facturarse elementos que no hayan sido objeto de contrato si no hay una información previa al ciudadano/cliente y la aceptación explícita por parte de éste.
- Las quejas en materia de facturación deben ser atendidas de forma inmediata. En el supuesto de que no se resuelva en un primer contacto debe identificarse un responsable de cara a posteriores contactos. Es este responsable quien debe ponerse en contacto con el ciudadano/cliente.
- Ante un error en la facturación del servicio, las empresas, de forma proactiva, deben ponerse en contacto con el cliente para informarle de esta cuestión y explicarle claramente como se modificará el cobro erróneo.

V. CRITERIOS EN LA FINALIZACIÓN O SUSPENSIÓN DEL SERVICIO

- Los trámites y gestiones para darse de baja de un servicio deben ser tan rápidos y ágiles como lo son para darse de alta, priorizando los medios virtuales frente a los presenciales.
- Los servicios sólo pueden darse de baja una vez se haya informado al ciudadano/cliente y se tenga su conformidad. La empresa debe dedicar todos los esfuerzos a contactar con el cliente e informarle, y sólo de forma excepcional y extrema puede dar de baja un servicio sin información previa, y siempre que pueda demostrar que ha realizado todos los intentos posibles para contactar con el ciudadano/cliente.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS: EL PAPEL DE LOS OMBUDSMEN EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DECENTE

1. Consideraciones generales

a. 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 nuevo. Son bien conocidos no sólo los casos de los notarios y registradores, capitanes de buque, concesionarios y contratistas, corporaciones de derecho público, federaciones deportivas, sino 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 añadido otros más recientemente, como es el caso de las empresas que prestan servicios liberalizados. Asimismo, la crisis económica junto con 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 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 efectuadas.

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 ombudsmen 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– debería establecer nuestro ordenamiento jurídico, para satisfacer, a su 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 Públicas (Canals, 307, 309), 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” pues “[...] de acuerdo con la legislación vigente parece existir un 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” (Ponce, 1999, pp. 1255 y 1259).

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 potestad, 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 inferirse 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 hubiera hecho ante una actuación de la Administración? (Hoehn, 2011). ¿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 Síndic de Greuges para la supervisión de privados que ejerzan funciones públicas. Finalmente, como consecuencia de las reflexiones previas, 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* (Cueto, 2008, p. 214) 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.

b. 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 (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, quienes “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” (Woolf, 1986).

El Consejo de Europa ha sido sensible a esta situación. En su resolución 1757 de 2010, “Derechos humanos y empresas”, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, citando

una recomendación anterior a la 1858 (2009), relativa a las empresas militares, de seguridad y orden público y la erosión del monopolio del Estado en el uso de la fuerza, ha destacado que “mientras la responsabilidad de proteger a seres humanos es principalmente de los propios estados, las empresas también tienen responsabilidades en este ámbito, especialmente allá donde los estados hayan privatizado funciones públicas clásicas como algunos ámbitos como son las agencias del orden público o militares. La Asamblea Parlamentaria emplaza a llenar este vacío legal [...]”³

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 educación y las telecomunicaciones. En algunos casos este proceso 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 políticos.”⁴

¿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 respeto (Margalit, 1997), como señala la Constitución Española (en adelante CE) 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 interferencia arbitraria, como es no tener en cuenta los intereses y las ideas de la persona sufriendo tal interferencia, (Petit, 1997), sea ésta 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 ámbitos en que privados ejercen funciones públicas?

c. 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

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 artículo 9.1 vincula también a los privados en el respeto de la Constitución y como, por ejemplo, el artículo 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 en el ámbito de la eficacia de los derechos reconocidos por el derecho público entre particulares. Los consumidores no dejan de ser ciudadanos cuando quien ejerce poder es una entidad privada y ésta no puede discriminarlos.

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

³ <http://assembly.coe.int/Main.asp?enllaç=/Documents/AdoptedText/ta10/ETS1757.htm>.

⁴ La traducción del inglés es mía. Puede consultarse este informe en:

<http://assembly.coe.int/Main.asp?enllaç=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12361.htm>.

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 su artículo 8, o Ley catalana 22/2010, de 20 de julio, del Código de 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 punto⁵– 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.

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 están presentes la autonomía de la voluntad y la posibilidad que tiene el ciudadano/consumidor/usuario de escoger entre diversas empresas en competencia. Al contrario, existen 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 los 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, Ponce, 2001, Cueto, 2008, p. 36 en igual sentido).

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”. 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” (Cueto, 2008, pp. 38, 39 y 41).

La legislación más reciente ha dado pasos en la dirección correcta, como ponen de relieve, por ejemplo, la regulación de las entidades colaboradoras en la Ley 26/2010, de 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, 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

⁵ 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 artículo 1º “establecer los parámetros mínimos obligatorios de calidad de los servicios de atención al cliente” en determinados sectores incluidos en el artículo 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).

cuestión. En el caso de la Ley catalana 26/2010 (en adelante, LRJPAC), 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 autonómicas.

Más aún, dado el papel del artículo 149.1.18 CE en la distribución de competencias en esta materia, tal regulación debiera ser no sólo general, sino también, común estatal (Ponce, 2001). 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 disposición adicional 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 dichos supuestos.

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 mínimo (para el caso de los EE.UU. véase Aman, 1999, 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).

En todo caso, es preciso, y así se hace de forma frecuente sectorialmente y también en la Ley catalana 26/2010, pero sólo para el caso de las entidades colaboradoras, reconducir las discrepancias entre el ciudadano/consumidor/usuario y 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 LJCA⁶) 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 artículo 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, según dice 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 decisión (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.

⁶ La 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."

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 estos últimos la posibilidad de extender el control de la arbitrariedad y de la buena administración a espacios ocupados por privados que ejercen poderes públicos, como a continuación se expondrá.

2. 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 Instituto Internacional del Ombudsman (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 Humanos⁷. 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 cómo 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-privado (Malik, 2009).

Pues bien, 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. El artículo 78 del 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 artículo 78.1 del Estatuto de Autonomía Catalán (en adelante EAC) y, en desarrollo del mismo, la ley del Síndic.

El artículo 78.1 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 artículo 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

⁷ Los documentos referidos a esta conferencia están disponibles en: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

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 a 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 artículo 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 deben hacerlo 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”.⁸ 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.

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 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE) cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre la cuestión.

⁸ Comunicacions de 1996 i 2001, Llibre verd de 2003 i Llibre blanc de 2004. També cal fer esment del projecte de Carta europea dels serveis públics (o serveis d'interès econòmic general), de 1994.

De ahí la importancia de precisar qué son 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 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 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 la vivienda social 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 la Ley catalana 2/1997, de 3 de abril, que declara los servicios funerarios como “servicio esencial de interés general” prestado “en régimen de concurrencia” (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 artículo 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 artículo 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 artículo 25 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones); 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 Servicio Postal Universal) o incluso prestaciones gratuitas como las previstas en el artículo 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 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 estas actividades no se agotan en aquellos servicios, 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.⁹

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

⁹ 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 de noviembre de 1998.

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 caso, por ejemplo, de las telecomunicaciones, Muñoz Machado, 2004, pp. 1210 y ss.), a las que, por cierto, no se alude en la ley. Por ello, el artículo 26 de la Ley del Síndic debe ser interpretado bajo la luz del artículo 78.1 EAC, evitando toda interpretación restrictiva que contradiga a aquél.

b. Las obligaciones jurídicas del prestador del servicio y el papel del Síndic

i. Derecho a una buena administración y ejercicio por privados de funciones públicas: las insuficiencias normativas actuales y las posibilidades en 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 este handicap, superable mediante las oportunas reformas normativas, y, a la vez, puede ser una palanca para superarlo.

La ausencia de regulación completa no significa que el Síndic de Greuges esté huérfano 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.

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 artículo 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 artículo 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 deben 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 a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.

3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos

de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.

Por su parte, el artículo 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 artículo 23 de esta ley:

“Artículo 23. Derecho a servicios públicos de calidad

1. Todos los ciudadanos tienen derecho a:

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

b) 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.”

Como se ha argumentado en otro momento (Ponce, 2011), 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 decisiones. 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 artículo 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 comprensibles, 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”.¹⁰

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

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la supervisión del sector privado no sólo es desarrollada por los ombudsmen “clásicos” (en el caso catalán, la institución del Síndic de Greuges), sino que junto a éstos coexisten otras figuras. Puede tratarse de ombudsmen sectoriales (inexistentes en España, pero creados en otros países, como es el caso australiano del Telecommunications Industry Ombudsman, estudiado por Stuhmcke, 1998, o del supuesto británico del Ombudsman Services¹¹), 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 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) y de defensores privados que, encuadrados en las empresas privadas, defienden los derechos de los clientes¹².

Además, la actividad del Ombudsman clásico de supervisión de la actividad privada se puede desarrollar 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 general¹³) y 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 cruce 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)

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 suministro¹⁴, 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 legales¹⁵, garantía de la buena administración¹⁶, 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 institución.¹⁷

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 del Síndic 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,

¹⁰ P. 107, consultable a:

<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2420/INFORME%202008%20CASTELLA.pdf>

¹¹ <http://www.ombudsman-services.org/>, que opera en los ámbitos de las telecomunicaciones y energía, entre otros.

¹² Véase, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, el servicio de defensa del cliente de Telefónica: http://info.telefonica.es/es/servei_defensa_client/html/.

¹³ 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?aneu=20>

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Véase su informe al parlamento de 2007, pág. 82 de la versión catalana.

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. 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, 1998, p. 832, plantea dudas sobre la posición como simple consumidores de los ciudadanos y el diseño del TIO, que “seems ideally suited to industry”).

Esa posición peculiar del Síndic de Greuges y las dudas suscitadas en otros países por ombudsmen 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 del Síndic de Greuges (aunque internamente, como es lógico, conozca de especializaciones organizativas, probablemente progresivas, en función de los sectores a supervisar) que una explosión de ombudsmen sectoriales (que pudieran además tener una cuestionable objetividad en función del diseño organizativo y de su financiación).

iii. 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, el artículo 55 y siguientes

prevén las obligaciones de colaboración de los sujetos supervisados, públicos o privados, en idénticos términos.

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 Ribó (Ribó 2009, p. 8)

Así, por ejemplo, ¿qué ocurre si se niega la colaboración por parte del privado? El artículo 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 acceder para obtener la información necesaria en el curso de una investigación, esto es, a las obligaciones jurídicas del supervisado establecidas por los artículos 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 artículo 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), según la cual tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 CE, 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. 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 artículo 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 artículo 502 del Código Penal? La respuesta, a la vista de la amplitud con que el artículo 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 artículo 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 artículo 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 práctica (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, está 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo).

3. Algunas reflexiones finales

a. 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 articulación (Mulgan, 2000).

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

Administraciones Públicas	Empresas privadas que ejercen funciones públicas
Servicio al interés general (art. 103 CE)	Responsabilidad social corporativa
Buen gobierno y obligaciones vinculadas al derecho a una buena administración: debido procedimiento administrativo y debida motivación	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 buen gobierno, Códigos de conducta, Códigos éticos	Códigos de conducta

Nueva Gestión Pública (eficacia, eficiencia, economía) y obligaciones de protección del consumidor	Ánimo de lucro y obligaciones de protección del consumidor
Vinculación a los derechos constitucionales	Vinculación a los derechos constitucionales
Control por ombudsman	Control por ombudsman cuando ejercen funciones públicas y prestan obligaciones de servicio público o universal
Control judicial: jurisdicción contencioso-administrativa en caso de ejercicio de potestades administrativas	Control judicial: art. 2d Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa

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

b. 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 entre público y privado.

En este sentido, hace años nos preguntábamos 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?” (Ponce, 1999, pág. 1270). Parece que el fenómeno de la atribución de funciones públicas a privados ayudaría a responder afirmativamente a tal cuestión.

c. 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.

d. 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 Ombudsmen, como el Síndic, puede ayudar al impulso de una responsabilidad social corporativa real. 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 la Ley 22/2010, en diversos preceptos), mejorando así su autorregulación.

En esta dirección, y en la línea del Código de Buenas Prácticas Administrativas de 2009, 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 el Síndic de Greuges

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 ombudsmen 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

funciones públicas encomendadas, de conformidad con la regulación que ahora establece el artículo 31 bis del Código Penal. 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 artículo 14 CE, el principio de igualdad en los servicios públicos y cometiendo un delito tipificado en el artículo 511 del Código penal en ausencia de protocolos internos claros de gestión de la diversidad en la empresa. Una fructífera colaboración entre los ombudsmen 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).

BIBLIOGRAFÍA

- Aman, Alfred C. (1999). "Proposals for reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and Furtherance of a Global Public Interest". EN: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, primavera, p. 397 y ss.
- Barth, James R.; Caprio, Gerard; Levine, Ross. *Rethinking bank regulation. Till angels govern*. Cambridge University Press.
- Bilbao Ubillos, Juan María (1997). *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y privado*. Madrid: McGraw Hill.
- Blinder, Alan (1987). *Hard Heads, soft Hearts*. Boston (MA): Addison Wesley Publishing Company.
- Canals Ametller, Dolors (2003). *El ejercicio por privados de funciones de autoridad*. Granada: Comares.
- Cueto Pérez, Miriam (2008). *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*. Madrid: Thomson Civitas.
- De la Quadra, Tomás (2005). "Estado y mercado en un mundo global". EN: *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, mayo-junio, p. 99.
- Díez-Picazo, Luis (2003). "La idea de servicios de interés económico general". EN: Cosculluella Muntaner, Luis (coord.) (2003). *Estudios de derecho público económico (Libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer)*. Madrid: Civitas, p. 77 y ss.
- Entrena Cuesta, Rafael (1958). "El servicio de taxi". EN: RAP, núm. 27, p. 29 y ss.
- Galinsoga Jordà, Albert (et al.) (2001). *El "model europeu" de cohesió econòmica i social*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- Hirschman (1970). *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Hoehn, Felix (2011). "Privatization and the Boundaries of Judicial Review". EN: *Canadian Journal of Public Administration*, vol. 54, fasc. 1, p. 73.
- Javato Martín, Antonio María (2011). "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales". EN: *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero, p. 145 y ss.
- Malik, Javed Saliq (2009), ponencia en el marco del taller "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector", correspondiente a la Conferencia Mundial del Instituto Internacional del Ombudsman en Estocolmo, consultable en <http://www.theioi.org/publications/stockholm-2009-conference-papers>
- Margalit, Avishai (1997). *La sociedad decente*. Barcelona: 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". EN: REDA, núm. 92, p.567 y ss.
- Muñoz Machado, Santiago (2004). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, tomo I. Madrid: Thomson Civitas.
- Mulgan, Richard (2000). "Comparing Accountability in the Public and Private Sectors". EN: *Australian Journal of Public Administration*, 59 (1), marzo, p. 87-97.
- Ofgem (2008). *Retail Market Review*. London: Ofgem
- Ofgem (2008). *Energy Supply Probe*. London: Ofgem
- Petit, Philip. (1997). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Ponce Solé, Juli (1999). "Derecho público, derecho privado y control judicial de la actividad administrativa en España". EN: *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, p. 1.277 y ss.
- Ponce Solé, Juli (2000). "Public Law, Private Law and the Legal Control of Administrative Activities in Spain". EN: *European Review of Public Law*, vol. 12, núm. 2, p. 721 y ss.
- Ponce Solé, Juli (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Madrid: Lex Nova.
- Ponce Solé, Juli (2010). "Procedimiento administrativo, globalización y buena administración". EN: Ponce Solé, Juli (coord.) (2010). *Derecho administrativo global*. Madrid: Marcial Pons.
- Ponce Solé, Juli (2011). "Buena administración". EN: Universidad de Alcalá; AECID (2011). *Diccionario Iberoamericano de derechos humanos y fundamentales*. Universidad de Alcalá; AECID.

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

- Ribó Massó, Rafael (2009). Ponència en el marc del taller “The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector”, correspondiente a la Conferencia Mundial del Instituto Internacional del Ombudsman en Estocolmo, consultable en <http://www.theioi.org/publications/stockholm-2009-conference-papers>
- Sainz Moreno, Fernando. (1983). “Ejercicio privado de funciones públicas”. EN: RAP, núm. 100-102, p. 1.699 y ss.
- Sánchez Morón, Miguel. (2011). *Derecho administrativo*. 7ª edición. Madrid: Tecnos.
- Scott, Colin (2002). “Accountability in the Regulatory State”. EN: Cane, Peter (2002). *Administrative Law*. Oxford University Press.
- Stuhmcke, Anita (1998). “The Corporatisation and Privatization of the Australian Telecommunications Industry: The Role of the Telecommunications Industry Ombudsman”. EN: *UNSW Law Journal*, vol. 21 (3), p. 807 y ss.
- Woolf, H. (1986). “Public Law-Private Law: Why the divide?- A personal view”. EN: *Public Law*, verano, p. 220 y ss.

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya
Passeig Lluís Companys, 7
08003 Barcelona
Tel 933 018 075 Fax 933 013 187
sindic@sindic.cat
www.sindic.cat

