



# LA PRESTACIÓ PRIVADA DE SERVEIS D'INTERÈS GENERAL I BONES PRÀCTIQUES CORPORATIVES

FEBRER 2014

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES



LA PRESTACIÓ  
PRIVADA DE  
SERVEIS D'INTERÈS  
GENERAL I BONES  
PRÀCTIQUES  
CORPORATIVES

SÍNDIC

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

Primera edició: Febrer 2014

La prestació privada de serveis d'interès general i bones pràctiques corporatives

Disseny i maquetació: Síndic de Greuges de Catalunya

Imprès en paper reciclat

Disseny original: America Sanchez

Foto de coberta: © Síndic de Greuges

# LA PRESTACIÓ PRIVADA DE SERVEIS D'INTERÈS GENERAL I BONES PRÀCTIQUES CORPORATIVES

INTRODUCCIÓ.....	5
EL SÍNDIC I LES EMPRESES D'INTERÈS GENERAL.....	7
L'ELUSIU REpte DE LA MILLORA DE LA PRESTACIÓ DELS SERVEIS ESSENCIALS PER JOAN-RAMON BORRELL.....	11
LA PRESTACIÓ DE SERVEIS D'INTERÈS GENERAL PER CARLES RAMIÓ.....	27
LA DEFENSA DELS DRETS DELS CIUTADANS I DE LA BONA ADMINISTRACIÓ EN EL EXERCICI PRIVAT DE FUNCIONS PÚBLIQUES: EL PAPER DELS OMBUDSMEN EN EL MARC D'UNA SOCIETAT DECENT PER JULI PONCE SOLÉ.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	55



## INTRODUCCIÓ

L'evolució de la nostra societat fa que els drets dels usuaris i els consumidors prenguin progressivament més relleu, especialment els drets relacionats amb la prestació de serveis que es consideren bàsics o essencials en la vida quotidiana de les persones.

Alhora, una part important d'aquests serveis bàsics o essencials ha evolucionat des de la seva configuració de servei públic reservat a l'Administració fins a la situació actual, en què els presten empreses privades en règim de lliure mercat. La liberalització de la prestació d'unes activitats considerades essencials no pot comportar la disminució de drets i garanties per als usuaris.

Aquest procés de liberalització i privatització d'activitats i de serveis públics té com a principal conseqüència que l'Administració ja no és l'únic subjecte a qui l'ordenament atribueix obligacions de servei públic, sinó que també ho són, per l'activitat que desenvolupen, determinats sectors econòmics privats.

En aquest nou context, l'Ombudsman ha de controlar de manera directa les activitats del sector privat que comportin l'exercici d'obligacions de servei públic. Cal que ens plantegem si les eines i els instruments pensats per supervisar l'Administració pública —subjecte que, llevat d'alguna excepció, no és titular de drets fonamentals— es poden traslladar a la supervisió del sector privat, en què l'ús dels mateixos instruments podria comportar una interferència en l'exercici de determinats drets fonamentals.

Per aprofundir en aquest debat, el Síndic va organitzar l'any 2011 una sèrie de tres jornades en què van col·laborar, entre d'altres, Foment del Treball, el Cercle d'Economia i l'Institut Internacional de l'Ombudsman. Fruit d'aquestes jornades, us presentem les ponències impartides per Joan Ramon Borrell, Carles Ramió i Juli Ponce.





## EL SÍNDIC I LES EMPRESES D'INTERÈS GENERAL

L'article 78 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya dóna atribucions al Síndic per actuar en l'àmbit d'empreses privades que presten serveis universals o d'interès general.

Els conceptes serveis universals i/o d'interès general són imprecisos econòmicament i jurídicament i aquí no correspon definir-los. En tot cas, són serveis privats en què juguen elements com ara la universalització de les prestacions, les potestats públiques i, fins i tot, l'autoritat. Tot i així, són serveis privats que podrien afectar drets de les persones, elements que són centrals per a una institució com el Síndic de Greuges.

Hi ha tot un conjunt d'actors que tenen les funcions de garantir la qualitat i la defensa dels drets dels consumidors: agències reguladores, agències autonòmiques de consum que tenen àmplies competències, autoritats competents en la matèria estatals i autonòmiques, ajuntaments via OMIC o equivalents, poder judicial, associacions de consumidors. A banda de tots aquests actors, hi ha les mateixes empreses que s'autoregulen via unitats d'atenció al client.

Malgrat aquesta constel·lació d'actors que configura un sistema garantista, a la pràctica els consumidors continuen força indefensos. Les entitats reguladores a Espanya són poc independents políticament. Ponderen una regulació de caràcter polític (p.ex. preus polítics) i d'ordenació i competència del sector, però no ponderen, en canvi, la defensa dels consumidors.

Les diverses administracions públiques tenen un problema de visió general i transversal de la problemàtica i, per la seva fragmentació, busquen més la solució d'incidències que la resolució de problemes en l'àmbit de categories o de sistema. Les empreses vinculen més l'atenció al client, la qualitat i l'RSC al màrqueting que a una autèntica defensa dels drets dels clients.

A Espanya les empreses privades prestadores de serveis universals i/o d'interès general tenen

problemes organitzatius per garantir els drets dels seus usuaris o consumidors. En molts casos presten serveis a milions d'usuaris i es doten de models de producció fordista amb una visió econòmica poc flexible a l'hora d'atendre incidències especials que afecten els usuaris, els quals queden, sovint, indefensos.

Els consumidors de serveis d'interès general resten sovint indefensos i mal atesos. Tenint en compte aquests arguments, es pot considerar que l'actuació, la supervisió i l'anàlisi que pot aportar al Síndic de Greuges en aquests àmbits pot representar un gran valor afegit en la defensa dels drets dels consumidors (i en un sentit més ampli dels ciutadans, ja que hi ha drets que queden afectats). La perspectiva que pot aportar el Síndic de Greuges pot ser innovadora en el sentit de proactivitat, transversalitat i profunditat en l'anàlisi i d'una gran efectivitat en la protecció formal i material de la defensa dels drets de les persones.

### Experiència i objectius

El Síndic té experiència en la defensa dels drets dels ciutadans en relació amb les administracions públiques i les seves actuacions. Les administracions públiques s'han anat reciclant i tenen molta experiència en l'atenció a un públic massificat. S'han de traslladar bones pràctiques del sector públic cap al sector privat i a la inversa, i en aquesta migració conceptual, el Síndic hi pot tenir un paper molt destacat.

En les actuacions del Síndic en relació amb el món empresarial també s'ha de tenir en compte el fenomen de les externalitzacions i dels partenariats públic-privats. En aquest sentit, com que els serveis són de titularitat pública, el Síndic hauria de actuar i escrutar l'Administració titular (principal), i no les empreses (agents). De tota manera, i atesa la inhibició de la majoria d'administracions públiques en l'exercici de les seves funcions com a principal, el Síndic de Greuges té tota la legitimitat per vigilar i intervenir directament sobre les empreses privades prestadores de serveis públics.

Per manament estatutari, el Síndic ha de tramitar les queixes dels usuaris de serveis privats de caràcter universal o d'interès general igual com fa amb les administracions públiques. L'avantatge és que la relació Síndic-empreses és molt més àgil que la relació Síndic-administracions. Les empreses són molt permeables a aquestes queixes i els problemes es poden resoldre de manera molt ràpida.

S'ha de posar en valor la gran força que té el Síndic: la publicitat i la denúncia davant l'opinió pública de possibles males pràctiques empresarials. Aquesta facultat només s'ha d'utilitzar en casos molt extrems.

El Síndic ha d'actuar amb capacitat plena en la tramitació de queixes i en el control d'ofici d'aquestes empreses privades. Ara bé, també hauria de prioritzar al màxim les seves funcions de caràcter preventiu, que són les que poden aportar més valor a la societat.

### 1. Garantia d'igualtat en la relació

La intervenció supervisora del Síndic hauria d'estar dirigida a corregir especialment les situacions de desequilibri contractual entre les parts i, en general, a facilitar la identificació de les insatisfaccions amb la prestació dels serveis, la diagnosi dels problemes, i el debat contradictori entre les institucions de tutela i els operadors, perquè es produeixin millores normatives, regulatives i organitzatives en els serveis.

En la tasca d'identificar els desequilibris contractuals que moltes vegades es troben en l'arrel dels problemes de competència en els serveis liberalitzats, cal que ens centrem en aspectes molt concrets.

### 2. Identificar desigualtats en la relació ciutadà/empresa-servei

No té sentit fer una llista d'activitats que són d'interès general o que han de ser essencials, sinó trobar en quines circumstàncies la provisió dels serveis no s'ajusta a l'interès del ciutadà. Es tracta de revisar com els prestadors, siguin públics o privats, es relacionen amb els seus clients.

Cal identificar els desequilibris que provenen dels problemes d'informació dels consumidors i usuaris, i de l'ús estratègic d'aquesta informació per part de les empreses operadores. Identificar els problemes que provenen dels comportaments i incentius dels consumidors i operadors.

Un cop identificats i diagnosticats els problemes, cal endegar un debat sobre com dissenys normatius, reguladors i de foment de la competència alternatius poden evitar els abusos i afavorir una presa de decisions més racional.

### 3. Col·laboració i dissuasió

És important que la institució trobi la proporcionalitat en la forma d'actuar, el propi camp d'actuació i la intensitat de la seva intervenció per aconseguir el millor exercici dels drets causant la mínima distorsió en l'activitat de les administracions públiques i empreses privades responsables de la prestació del servei. El Síndic ha de modular la intensitat de la seva actuació, de manera que amb cada intervenció s'aconsegueixi una millora en la prestació del servei.

### 4. Col·laboració amb les empreses operadores

El Síndic pot exercir un paper important, tant d'assessorament com de diàleg, per millorar els processos interns de resolució de conflictes.

Pot exercir una funció assessora i d'interpel·lació tant amb les empreses prestadores com amb les administracions públiques titulars del servei. Ambdues estan obligades per llei a col·laborar amb el Síndic per fer efectiu el respecte dels drets i les llibertats.

### 5. Fer propostes

El Síndic ocupa una posició privilegiada com a institució parlamentària que és. Aquesta posició li permet, alhora, exercir una tasca per a la qual la resta d'institucions no estan capacitades: la tasca d'informar el Parlament i els òrgans administratius del poder executiu, a través del que, en altres contrades, s'anomena les superreclamacions, de les mancances normatives i organitzatives que impedeixen l'adequada prestació dels serveis essencials i el ple respecte dels drets i les llibertats, així com la tasca de proposar reformes legislatives o d'organització que eliminin les causes dels greuges repetits i sistemàtics dels drets i les llibertats dels ciutadans.

### 6. Àmbit de reflexió. Think-tank

En aquest sentit, el Síndic s'hauria de configurar com un think tank en relació amb els temes de la defensa dels drets.

- Establir xarxes, contactes i reunions amb representants de les empreses, parlar de problemes i solucions comunes, i obrir la possibilitat d'intercanvi d'experiències (bones i males pràctiques) entre les mateixes empreses de diferents àmbits d'actuació.
- Establir xarxes, contactes i reunions entre els diferents agents públics implicats en la defensa dels drets dels consumidors (agències reguladores, agència autonòmica de consum, ajuntaments, etc.).
- Establir xarxes mixtes entre els agents públics i les empreses privades.
- En definitiva, es tracta d'establir una mena de comunitat epistèmica dirigida i gestionada pel Síndic que permeti sistemes transversals i integrats d'aprenentatge conceptual i pràctic en la millora de la defensa dels drets dels consumidors.

La metodologia de treball podria ser:

- Detectar àmbits problemàtics per mitjà dels contactes en les xarxes esmentades i de les queixes rebudes.
- Decidir fer un informe monogràfic sobre un àmbit determinat.
- Fer un treball de camp sobre el sector que inclogui sistemes de detecció real dels problemes.
- Fer un informe sobre la situació i els problemes del sector o presentar-lo a la xarxa d'actors públics i de les empreses privades relacionades.
- Proposar (el Síndic) en aquestes reunions un conjunt de millores que han de fer les empreses privades i també millores en el control dels agents públics sobre aquestes. Fer-ne el seguiment i el control.
- Fer un informe final adreçat al Parlament i a l'opinió pública sobre els problemes detectats i les solucions i millores pactades i aplicades entre tots.

## 7. Impuls d'una responsabilitat social corporativa real en les empreses

Es tracta d'entendre com la tasca dels ombudsman, com ara el Síndic, pot ajudar a l'impuls d'una responsabilitat social corporativa real. En la supervisió de l'activitat de les empreses privades que exerceixen funcions

públiques i en les recomanacions i els suggeriments que se'ls pot plantejar, el Síndic pot contribuir que aquestes empreses tinguin efectivament presents consideracions relatives als drets de les persones, a la cohesió social i a la sostenibilitat ambiental, les incorporin als seus codis de conducta (als quals fa referència el Codi de consum de Catalunya de 2010, aprovat per la Llei 22/2010, en diversos preceptes) i millorin, d'aquesta manera, la seva autoregulació.

Seria molt positiu que les bones pràctiques detectades pel Síndic nodrissin els codis de conducta privats en allò que calgui, en un diàleg mutu enriquidor i favorable, en definitiva, per a l'interès general.

D'altra banda, la relació entre empreses privades i ombudsman pot contribuir a millorar la seva corporate compliance (és a dir, els sistemes interns de supervisió i control de compliment normatiu per part de les empreses privades) i, en conseqüència, a dissenyar millors procediments interns per garantir la bona administració i els drets dels ciutadans/consumidors/usuaris.

## 8. Impuls legislatiu en una nova realitat

La transferència progressiva de funcions i serveis públics al sector privat, d'una banda, i la incidència dels postulats de la Nova Gestió Pública al sector públic, de l'altra, estan produint un acostament dels règims respectius de rendició de comptes (accountability) dels dos sectors i dels mecanismes jurídics per articular-los.

La generació d'una combinació raonable i eficaç de dret públic (incloent-hi principis i regles) que acompanyi l'exercici privat de poder d'origen públic, amb dret privat, derivat de la legislació aplicable, inclosa la de protecció de consumidors i usuàries, i del contracte entre parts, exigiria una clarificació normativa de l'abast de les obligacions procedimentals que haurien de ser aplicables als subjectes privats. Aquesta necessària normativa hauria de tenir cura amb l'autonomia de la voluntat del prestador i la capacitat del consumidor d'elegir lliurement en un context de competència, per la qual cosa s'hauria de tractar d'un dret administratiu modulad en garantia de la bona administració (privada) de funcions públiques i dels drets constitucionals, estatutaris i legals dels ciutadans/consumidors/usuaris que complementés (no substituís ni dupliqués) la garantia ja oferta pel dret privat.



# L'ELUSIU REpte DE LA MILLORA DE LA PRESTACIÓ DELS SERVEIS ESSENCIALS

## 1. Resum executiu

L'Estatut d'autonomia de Catalunya, en l'article 78.1, atorga al Síndic de Greuges la funció següent (les negretes són afegides al text estatutari):

El Síndic de Greuges té la funció de **protegir i defensar** els drets i les llibertats que reconeixen la Constitució i aquest Estatut. Amb aquesta finalitat supervisa, amb caràcter exclusiu, l'activitat de l'Administració de la Generalitat, la dels **organismes públics o privats** vinculats o que en depenen, la de les **empreses privades que gestionen serveis públics** o acompleixen **activitats d'interès general o universal o activitats equivalents de manera concertada o indirecta** i la de les altres **persones amb un vincle contractual** amb l'Administració de la Generalitat i amb les entitats públiques que en depenen. També supervisa l'activitat de l'Administració local de Catalunya i la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen.

En el desenvolupament d'aquesta funció, el Síndic va demanar la meua col·laboració en l'organització d'una sèrie de tres jornades de debat sobre els drets i les llibertats dels ciutadans en l'àmbit dels serveis essencials, així com un document final de síntesi que recollís l'anàlisi i les propostes se'n poguessin derivar per aconseguir l'elusiu repte de millorar la prestació dels serveis essencials.

Aquest treball recull, precisament, aquesta síntesi de l'anàlisi i les propostes d'aquest exercici plural de reflexió i debat que va tenir lloc a les seus de Foment del Treball, del Parlament de Catalunya i del Cercle d'Economia entre els mesos de setembre de 2011 i de desembre de 2011.

En resum, aquest document sosté que en la prestació de serveis essencials és necessari dissenyar mecanismes de protecció dels drets i les llibertats, i de deliberació pública continuada

sobre la millora de la prestació, ja que els instruments clàssics de supervisió administrativa, de regulació, de defensa de la competència o de protecció del consumidor en la prestació no són suficients per assegurar el respecte d'aquests drets i llibertats.

El treball parteix de l'anàlisi econòmica i l'evidència empírica que tant els mecanismes públics de control administratiu i judicial com els de pressió competitiva en els mercats fallen, i que la millor combinació en l'ús d'uns instruments o d'altres és canviant, tant entre els diversos serveis com en un servei al llarg del temps.

Només el joc de forces institucionals contraposades (*checks and balances*) i el compromís actiu dels ciutadans en l'exercici dels seus drets i llibertats permet que efectivament es produeixin millores en els serveis.

Aquesta necessitat preval tant en els serveis que presten, en règim de monopoli directe, les mateixes administracions públiques com en els que presten de forma indirecta a través d'empreses públiques o bé d'empreses privades, i també en la prestació de serveis, sigui per operadors públics o privats, en règim de concurrència competitiva en activitats liberalitzades.

Després de tres dècades de reformes que han facilitat la introducció de la competència i la col·laboració publicoprivada en la prestació de serveis essencials, tenim suficients experiències i lliçons que es poden extreure dels beneficis socials de la liberalització, però també de les limitacions de la regulació dels operadors de serveis essencials per assegurar els drets i les llibertats dels ciutadans en relació amb la qualitat del servei, la garantia d'accés universal als serveis, la protecció d'un dret efectiu a l'elecció, l'atenció diligent i equitativa de les reclamacions i, en definitiva, la millora dels serveis.

Mentre no siguin àngels els que governin els afers públics i les empreses privades, la millora en la prestació de serveis essencials passa per disposar d'institucions de tutela i per mantenir un debat continu i contradictori que faciliti una evolució constant (una revisió, no pas revolució) en els models de prestació i en les accions de tutela, supervisió, regulació i defensa de la competència.

Quan els serveis no milloren és perquè el procés de democràcia deliberativa, el compromís, tant dels ciutadans com dels prestadors dels serveis, per la millora i la innovació, i l'impuls de reformes contínues des del mateix sistema fallen.

Per sostenir que l'enfortiment dels processos de deliberació democràtica, de compromís i diàleg continu entre consumidors i prestadors, i de contraposició entre institucions de supervisió i tutela és el que porta a la millora en la prestació dels serveis essencials, el document s'estructura en els apartats següents.

En primer lloc, el document revisa l'experiència comparada en la reforma contínua de la prestació de serveis essencials i extreu lliçons sobre les imperfeccions tant dels governs com dels mercats.

A continuació, mostra quines són les aportacions recents de l'anàlisi econòmica, i en especial de l'economia del comportament (*behavioral economics*), que revisen quins són els motius que porten a insatisfaccions en la prestació dels serveis essencials liberalitzats.

Finalment, aporta un conjunt de propostes i reflexions sobre com la institució del Síndic de Greuges pot enfortir els processos de tutela i de deliberació cooperativa i contradictòria en el debat democràtic i institucional per a la millora de la prestació de serveis públics.

## 2. Fins que els àngels ens governin

Un llibre publicat el 2006 per tres economistes que van anticipar algunes de les mancances de la regulació financera abans de la caiguda de Lehman Brothers tenia el següent suggerent títol: *Repensant la regulació bancària: fins que els àngels ens governin* (Barth, Caprio i Levine, 2006).

L'expressió "fins que els àngels ens governin" és exemplificativa de la desconfiança, tant dels governs com dels mercats, davant les inherents imperfeccions, tant de les intervencions

públiques com dels mercats, per oferir l'adequada prestació de serveis als ciutadans. En els darrers trenta anys, el debat acadèmic entre economistes en l'àmbit de la prestació de serveis essencials ha arribat a un consens, anomenat a vegades *postChicago*, que recull aquest pragmatisme sobre les inherents imperfeccions, tant dels governs com dels mercats, en la prestació de serveis.

Curiosament, Alan Blinder (1987), professor d'Economia de Princeton que va ser vicepresident de la Reserva Federal entre 1994 i 1996, va assenyalar àcidament que la política econòmica estava sotmesa a una particular llei de Murphy:

"Els economistes tenen la mínima influència en les polítiques que coneixen més i en les quals estan més d'acord; per contra, tenen la màxima influència en les polítiques que coneixen menys i discrepen de la forma més vehement."

La ignorància, la ideologia i els interessos particulars són, segons Blinder (1987), els factors que determinen la persistència de la llei de Murphy en la política econòmica.

Així, en l'àmbit de la prestació dels serveis essencials, els economistes han tingut una influència espectacular en el disseny i l'aplicació de les polítiques de liberalització en la prestació de serveis que havien estat tradicionalment públics o estrictament regulats en la major part dels països del món durant les dècades centrals del segle XX.

La crítica, especialment dels economistes de Chicago, sobre el funcionament de les empreses públiques i de les empreses privades regulades va tenir una gran influència i predicament en el moviment de redefinició del paper de l'Estat des de finals de la dècada dels seixanta als EUA i, a partir de la dècada dels setanta i vuitanta, a Europa.

Una influència més enllà del que es podia deduir d'una literatura econòmica, audaç en el camp de les idees, però imprecisa pel que fa al rigor que ha de tenir l'anàlisi teòrica i empírica.

Ara bé, l'avenç en els estudis d'economia industrial i d'economia pública de la dècada dels noranta en endavant ha facilitat un consens entre les anàlisis teòriques i empíriques molt més matisat en què es posen en evidència les fallades, tant dels mercats com dels governs, en la prestació de serveis als ciutadans. Aquest consens en la literatura ha

tingut un impacte aparentment molt menor en la redefinició de les polítiques públiques.

Segons Blinder (1987), en l'àmbit de les polítiques microeconòmiques, com ara les referents a la prestació de serveis públics, la llei de Murphy es fa realitat perquè la política fa cas omís de les recomanacions dels experts, especialment quan són unànimes. I el factor determinant del poc pes de les recomanacions dels experts són els interessos particulars en joc.

Només de forma gradual i poc coneguda, la nova literatura econòmica ha tingut un impacte sobre els debats i l'evolució de la configuració dels serveis essencials.

En especial, la nova literatura econòmica ha tingut impacte en la configuració d'un dret europeu sobre els serveis públics molt pragmàtic, molt orientat a l'anàlisi dels resultats i molt respectuós, com no podia ser d'una altra manera, amb les llibertats de lliure moviment de capitals i de lliure establiment en el mercat únic. Aquesta evolució del dret europeu ha impulsat una veritable revolució silenciosa sobre la forma d'organitzar els serveis essencials a la UE.

Tal com Blinder (1988) també apuntava, sembla que és possible trencar la llei de Murphy de la política econòmica. Es pot aplicar a la política econòmica el que Winston Churchill deia sobre els americans: pots comptar que faran el que és correcte després d'haver provat totes les alternatives. I, en particular, és possible millorar les polítiques econòmiques si aconseguim allunyar el debat polític dels interessos més particulars i acostar-lo cap al bé comú.

A continuació, recolliré algunes reflexions sobre com s'ha produït un canvi profund en la concepció de la prestació dels serveis essencials a Espanya gràcies a la força reformadora europea que ha ancorat el debat polític més a prop del bé comú i l'ha allunyat dels interessos particulars. Alhora, donaré compte de les resistències al canvi i de les insatisfaccions amb el model de prestació de serveis resultant.

En especial, descriuré com s'ha transformat la concepció clàssica d'arrel francesa del servei públic i s'ha obert pas la noció de *serveis d'interès general*. I, a més, posaré en context quines són les visions contradictòries i en debat sobre què és l'interès general, l'interès públic o el bé comú.

## 2.1. De serveis públics a serveis d'interès general

Les propostes de liberalització dels serveis públics neixen per oposició al model de servei públic tradicional. Aquest era un model de disseny molt vertical: el legislador, com a resposta a demandes polítiques i socials que perceben un servei de caràcter essencial, encarrega a una administració pública, a una empresa pública o bé a una empresa privada (habitualment pel mecanisme de la concessió) la prestació d'un servei als ciutadans.

En aquest model, els drets dels ciutadans es conformen majoritàriament per la via del dret administratiu. Normalment, el prestador del servei actua en règim d'exclusivitat. En termes de la taxonomia suggerida per Albert O. Hirschman (1970) en el llibre *Veü, sortida i lleialtat*, no es preveu la sortida com a mecanisme per disciplinar el prestador i fer-lo complir amb les seves obligacions.

En el règim de monopoli, el legislador i l'Administració titular del servei és qui delimita els drets dels usuaris i els deures del prestador. Sovint, l'administració titular participa, en teoria, per garantir que el prestador compleix els seus deures en els òrgans d'administració o de tutela del prestador.

Aquest model de prestació és el que entra en crisi en la dècada dels setanta i vuitanta del segle passat. Hi ha un desencantament social amb el servei públic tradicional. És car, de baixa qualitat, protegit respecte a les reclamacions, i poc innovador en nous serveis i en l'ús de les noves tecnologies. S'acusa el model de ser rígid, molt administrativista i poc flexible. És el fracàs dels governs com a prestadors de serveis el que en justifica la liberalització.

La liberalització es presenta aleshores com una prometedora alternativa fàcil d'implementar. Es tracta de donar llibertat d'entrada a nous operadors i de deixar llibertat als clients perquè triïn quin proveïdor desitgen.

Davant de l'exclusivitat i el monopoli, es reclama el valor que té poder triar. La sortida és la clau en aquest model com a mecanisme disciplinador del prestador. I la pressió de satisfer una demanda ben informada, exigent i mòbil és el motor de la millora en la prestació del servei.

Davant de la falta de qualitat, es prometen millores esperonades per la competència entre operadors per satisfer aquests clients exigents.

Davant de la inflació de costos, es prometen guerres de preus que abaratiran els serveis. Davant de les mancances en les inversions en infraestructures, s'albira una carrera que conduirà a noves inversions. I davant la manca d'innovació, es promet una batalla per la introducció de noves tecnologies.

Només es tracta de donar llibertat perquè nous operadors entrin a prestar la major part de les activitats econòmiques dels sectors reservats anteriorment al monopoli del servei públic, mentre es regula l'accés només a les activitats, normalment les xarxes, en les quals l'entrada de nous operadors no és fàcil, ni possiblement convenient per la duplicació de costos. En definitiva, es prometen millores en la prestació dels serveis mitjançant la promoció de la competència, sempre que sigui apropiat, i la regulació mínima i intel·ligent quan no ho sigui.

En aquesta redefinició, la integració europea ha estat l'àncora que ha guiat i ha impulsat els canvis, tant legislatius com jurisprudencials, sobre la prestació de serveis essencials a Espanya.

En el transcurs de les jornades de debat, Carles Padrós va suggerir, fins i tot, que la llibertat de moviments de persones, béns i capitals i, per tant, d'establiment al mercat únic europeu va representar la condemna a mort del dret administratiu en l'àmbit de la prestació de serveis públics, tal com el coneixíem abans de l'entrada en vigor de l'acta única europea el 1993.

L'antic article 86.2 del Tractat de les comunitats europees (TCE), ara article 106.2 en el Tractat per al funcionament de la Unió Europea (TFUE), va sotmetre els serveis econòmics d'interès general a les normes del tractat:

“Les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin caràcter de monopoli fiscal han de quedar sotmeses a les normes dels tractats, en especial a les normes sobre competència, en la mesura que l'aplicació d'aquestes normes no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica que s'ha encomanat. El desenvolupament dels intercanvis no ha de quedar afectat de manera que sigui contrari a l'interès de la Unió.”

L'objectiu prioritari del dret europeu és la integració i imposa una presumpció general que la llibertat de moviment de persones, béns i capitals i la llibertat d'establiment afavoreixen l'interès de la Unió.

Només admet restriccions en els casos en què és necessària, adequada, proporcionada i no discriminatòria la imposició de restriccions a aquestes llibertats per acomplir missions específiques d'interès públic que els tractats reconeixen com a mereixedores de mesures excepcionals.

Potser és la Directiva de serveis la norma jurídica europea que estableix de forma més precisa i clara aquesta presumpció general favorable a les llibertats que consagren els tractats i els pressupòsits legals que permeten restringir aquestes llibertats. En l'article 9.1 estableix que:

“Els estats membres només poden supeditar l'accés a una activitat de serveis i el seu exercici a un règim d'autorització quan es reuneixin les condicions següents:

- a) El règim d'autorització no és discriminatori per al prestador de què es tracta;
- b) la necessitat d'un règim d'autorització està justificada per una raó imperiosa d'interès general;
- c) l'objectiu perseguit no es pot aconseguir mitjançant una mesura menys restrictiva, en concret perquè un control a posteriori es produirà massa tard per ser realment eficaç”.

El dret europeu, per tant, no estableix cap preferència a favor de la titularitat pública o privada d'un servei que és d'interès general. El que estableix és una presumpció en contra de les restriccions del mercat interior i la competència i, per tant, de tota reserva de qualsevol activitat econòmica per part de l'Administració pública en general o d'una empresa pública o privada en particular.

El dret europeu estableix una presumpció legal a favor de la llibertat de prestació dels serveis econòmics per múltiples operadors en règim de lliure competència. Qualsevol restricció d'aquest principi ha de ser justificada per un estricte test de necessitat, proporcionalitat i no-discriminació.

Només escapen d'aquest principi els anomenats *serveis d'interès general no econòmics*. La distinció entre serveis econòmics i no econòmics és, per tant, clau en aquesta qüestió.

Els serveis no econòmics són serveis tradicionalment prestats directament per les administracions públiques com ara la policia, la justícia, els règims obligatoris de seguretat



social. Aquests serveis, quan no són prestats per operadors econòmics d'acord amb les previsions legals de cada estat membre, no se sotmeten a les normes dels tractats sobre mercat interior ni competència.

La distinció entre serveis econòmics i no econòmics no depèn del sector o de l'activitat de què es tracti, sinó si cada una de les activitats són prestades en un règim comercial a canvi d'una remuneració o no. Algunes entitats, per tant, poden simultàniament prestar serveis en l'exercici d'un poder públic no sotmesos a les regles del mercat interior i de la competència, i serveis comercials que sí que estan sotmesos a les regles del mercat interior i de la competència.

Sovint, la delimitació del caràcter econòmic o no d'un servei depèn de la legislació de cada estat membre i de la interpretació que n'ha fet cas a cas el Tribunal de Justícia de la UE.

Per exemple, la dispensació de medicaments és un servei no econòmic a Espanya perquè la legislació espanyola ha reservat l'exercici d'aquesta activitat en tot el territori nacional a una professió regulada en un règim no comercial, malgrat que les oficines de farmàcia també prestin activitats de distribució de caràcter comercial en competència amb altres operadors econòmics quan venen altres productes que no són medicaments.

En canvi, al Regne Unit només han reservat l'exercici d'aquesta activitat en el marc de la dispensació de medicaments receptats i finançats pel Servei Nacional de la Salut (NHS). Només aquesta activitat en el marc de l'NHS és un servei no econòmic. La dispensació de medicaments receptats i finançats a càrrec de la butxaca dels pacients o de les assegurances de salut és un servei econòmic, com ho és la resta de vendes que fan de productes que no són medicaments.

Algunes activitats, en canvi, són classificades com a serveis econòmics pel dret europeu, com en el cas de les activitats de xarxa de dimensió comunitària (electricitat, gas, telecomunicacions i serveis postals), en el marc d'un règim de regulació específic, com també tenen una regulació específica els transports, la gestió de residus i l'aigua.

En conclusió, l'autonomia que tenien els estats membres de definir un servei com a públic i reservar-lo a la prestació en exclusiva per part d'un operador públic o privat s'ha vist severament restringida pel dret europeu.

I, a més, els mateixos ordenaments legals dels estats membres han incorporat els principis europeus pels quals només es pot reservar al sector públic una activitat de prestació d'un servei sempre que compleixi les característiques de ser un servei no econòmic.

I, en el cas que un servei tingui característiques econòmiques, només poden ser restringides les normes del mercat interior i la competència sempre que la restricció sigui necessària, adequada, proporcionada i no discriminatòria per acomplir una missió específica reconeguda com d'interès europeu pels tractats.

A Espanya, són dues les sentències del Tribunal Constitucional que han establert els límits a les intervencions públiques restrictives: la primera, STC 26/1981, que estableix els límits de les intervencions administratives en general arran d'un conflicte en l'àmbit de l'establiment dels serveis mínims en una vaga (vegeu Padrós, Borrell i Fernández-Villandangos 2008); i la segona, que, tot recollint els principis europeus sobre les restriccions de les normes del mercat interior i la competència, estableix els límits de les restriccions que s'imposen a la lliure circulació de persones i béns, a la llibertat d'establiment (article 139 de la Constitució espanyola), a la llibertat d'empresa (article 38 de la Constitució espanyola) i al dret a la propietat privada (article 33 de la Constitució espanyola) (STC 66/1991).

Les restriccions són constitucionals “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).

Respecte a les restriccions, “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, negretes afegides per l'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 les normes del mercat interior i de la competència que el dret europeu ha estès als drets dels estats membres implica, per tant, una redefinició dels límits de com es poden assolir determinats interessos públics, interessos generals o béns comuns. El dret europeu ha sotmès la intervenció pública restrictiva de les llibertats d'establiment i de circulació a un sever judici de proporcionalitat i no-discriminació.

I, en el dret europeu, són els tractats els que limiten els casos en els quals es pot invocar una raó d'interès general, d'interès públic o relacionada amb el bé comú per restringir les normes del mercat interior i la competència.

Abans de continuar, per tant, és necessari fer una aturada en relació amb el que s'entén per raó d'interès general, d'interès públic o relacionada amb el bé comú.

## 2.2. Interès general, interès públic, bé comú

Sense voler entrar en el complex terreny de què s'entén per interessos generals, interessos públics o béns comuns, a continuació recolliré algunes reflexions que durant les jornades es van fer respecte a aquesta important qüestió i que representen mirades complementàries des de diferents perspectives sobre el mateix tema.

Començaré per les aportacions de Juan José López Burniol. Per a Burniol, l'interès general es defineix com a contraposició a l'interès particular. Els drets individuals no poden imposar-se a l'interès general. L'interès particular o de grup s'ha de sotmetre als interessos col·lectius, a l'ordenació social a través de la norma. L'Estat és un sistema jurídic i el dret a un pla vinculant de convivència. Un i l'altre ordenen la prelación de l'interès general sobre els interessos particulars. El dret és, d'aquesta manera, el mínim d'ètica que cal imposar per mantenir un mínim de convivència.

Des d'aquest punt de vista, la Política ha de recuperar el protagonisme per fer prevaler l'interès general, ha de reaccionar enfront de la

imposició dels interessos particulars. Així, el dret (*ius o iuris*) és el que imposen els jutges com a adequat en cada moment.

I, en aquest sentit, en l'àmbit de la prestació de serveis d'interès general, la intervenció supervisora com la que podria fer el Síndic ha d'estar motivada per les situacions de desequilibri contractual entre les parts: la supervisió ha de evitar l'abús de la part feble del contracte per part del que exerceix una posició de poder.

Així doncs, les actuacions tindran caràcter d'actuacions a favor de l'interès general sempre que estiguin orientades a evitar, precisament, l'abús per la imposició dels interessos d'una part enfront de l'altra en una contractació.

En contraposició, per a Germà Bel l'interès general no existeix. No existeix un interès general, només existeixen interessos particulars en conflicte. I, ben al contrari, és el “general” el que tria en cada moment aquell dels interessos particulars que té prelación enfront dels altres interessos en conflicte. L'interès general seria, des d'aquest punt de vista, un interès particular que s'imposa a la resta gràcies a la intervenció pública que l'invoca. El que els economistes coneixem com el mecanisme de la captura del regulador.

En aquest mateix sentit, Carles Padrós afegia que les administracions públiques s'han fet propietàries del concepte d'*interès general*. Tot el que fan les administracions és d'interès general per definició. I això les protegeix davant dels ciutadans. A diferència dels litigis en dret civil, en els quals qui perd el plet paga les costes, en la jurisdicció contenciosa administrativa sempre paga les costes el ciutadà. Per tant, és molt difícil disputar la definició d'*interès general* que totes les administracions invoquen per justificar les seves actuacions.

En canvi, l'interès públic, l'interès comú o el bé comú sí que existeixen. En un món imperfecte (tant el món públic com el privat), cal analitzar les característiques del servei i com podem fer que aquest porti més utilitat social.

La millora del servei és d'interès del públic o d'interès públic, l'interès comú o el bé comú que cal perseguir. Tota acció, sigui pública (restricció, finançament, etc.) o privada (producció, gestió, contractació, etc.), cal analitzar-la segons la seva capacitat per impulsar de forma adequada la millora del servei al públic.

Per a Josep Ramoneda, el concepte d'interès general posa l'èmfasi en la utilitat. En canvi, el concepte de bé comú introdueix un matís: l'èmfasi el posa en la dimensió moral sobre el que ha de ser una vida bona. Es tracta d'aconseguir transitar de la societat decent, aquella que té unes institucions que no humilien l'individu, a la societat civilitzada, que és aquella en la qual els individus no s'humilien els uns als altres.

En un món caracteritzat pels conflictes d'interessos, el bé comú es defineix com aquell que permet aconseguir (1) el benefici o la utilitat més gran, (2) el respecte pel dret a elegir i (3) un ampli consens polític respecte a quins són els béns indispensables per assolir una vida bona (ensenyar i aprendre, salut, opció de tenir fills, cultura convivencial, etc.).

El bé comú no pot articular-se sense una voluntat col·lectiva de fer de la cohesió l'objectiu principal de la sostenibilitat social: fer arribar aquest més gran benefici o utilitat als més necessitats. En aquest sentit, l'objectiu prioritari de les administracions públiques és atendre les necessitats de l'altri enfront de l'acció privada.

Articular aquesta visió del bé comú requereix, per tant, l'establiment de prioritats compartides i, per això, la funció deliberativa de la democràcia és bàsica. El creixent procés d'indiferència respecte a la Política és greu. Deteriora la capacitat de la societat per perseguir els tres elements que caracteritzen el bé comú. Cal, per tant, la reconstrucció de les infraestructures de la vida cívica (de tot allò que fa la vida interessant) i de la cultura de la responsabilitat (insociable sociabilitat de Kant).

La conclusió del debat és clara, els conceptes interès general, interès públic i bé comú són objectes jurídics indeterminats. La seva aplicació pràctica passa inexorablement pel reconeixement del conflicte d'interessos inherent a la vida en societat, i alhora per l'acord social sobre com resoldre les tensions entre organitzar els serveis per aconseguir la màxima utilitat per al públic –el respecte de les seves llibertats– i alhora atendre les necessitats que es considerin bàsiques i essencials per a la sostenibilitat de la vida en societat.

Per assolir aquests objectius hi ha decisions que cal prendre en tres fronts: el de la millora organitzativa de la prestació dels serveis, l'ampliació dels drets i les llibertats d'elecció, i la definició deliberativa sobre quins serveis tenen caràcter essencial i indispensable, i com prestar-los.

Detinguem-nos a analitzar com en els darrers anys les decisions en aquests tres fronts s'han conjugat en els processos de liberalització i privatització en la prestació de serveis públics.

### 2.3. La paradoxa de la liberalització

Els processos de liberalització que hem viscut en les darreres dècades ens plantegen una paradoxa: les promeses de la liberalització i les privatitzacions no arriben sense una activa, intel·ligent i constant activitat pública; ara bé, una activitat d'un altre tipus.

La reorganització dels serveis i la llibertat d'elecció no són condicions suficients per a la millora dels serveis. Cal, a més, que es desenvolupi un compromís cívic, tant públic com privat, per assegurar la contínua millora dels serveis prestats.

Què entenem per *compromís cívic*? Entenem per *compromís cívic* el desenvolupament d'un debat (1) plural, (2) deliberatiu, (3) contradictori i (4) responsable per tal que la competència efectiva entre prestadors sigui font de millora en el servei:

1. Debat plural per la participació de diversos agents i institucions implicats en les diverses responsabilitats relacionades amb la prestació: els prestadors, els prestataris, els consumidors i usuaris, les autoritats financeres i els contribuents, si hi ha ajuts públics, els supervisors horitzontals (competència i protecció dels consumidors), els reguladors sectorials (locals, regionals i centrals), els òrgans judicials i els òrgans legislatius (a través de les comissions parlamentàries i dels defensors de les persones) i d'altres.

2. Debat deliberatiu perquè s'ha d'estructurar de manera que es faciliti la posada en comú de les percepcions, les anàlisis i les propostes de tots els agents, i alhora es faciliti una síntesi compartida sobre la diagnosi dels problemes que afecten la prestació dels serveis.

3. Debat contradictori perquè ha de permetre que es posin de manifest els interessos de part en conflicte de forma transparent.

4. Debat responsable perquè cada agent i institució participi en els diàlegs d'acord amb les funcions i les competències que li són pròpies, i que cada agent i institució pugui enriquir la percepció de la realitat i els fonaments

conceptuals de les seves decisions, tot reforçant la seva capacitat d'iniciativa i innovació.

Actualment, no és la fragilitat dels mercats la que justifica, com ho feia abans, un retorn al servei públic tradicional en alguns sectors. Ara és la debilitat dels processos de compromís cívic, de debat entre agents i institucions implicats en la prestació de serveis essencials els que generen crisis de confiança en el model liberalitzat de prestació de serveis públics.

Els actors i els instruments públics que es necessiten per millorar la qualitat dels serveis essencials són diferents dels del model prestador tradicional: de comptar amb una àmplia administració prestadora hem passat a tenir una administració molt efectiva a promoure la competència, a regular l'accés a xarxes i tecnologies comunes i la millora de la qualitat, i a supervisar les obligacions de servei que s'imposen a les empreses.

Si l'Administració no és sempre una bona prestadora de serveis, què ens porta a pensar que serà una millor reguladora dels serveis?

L'experiència ens indica que les promeses de la liberalització no arriben només per permetre l'entrada de nous operadors i pel dret a escollir. El repte és com assegurar la prestació d'uns serveis que continuen sent essencials per a la societat amb aquelles intervencions públiques que siguin necessàries, adequades i proporcionades.

Es necessita definir de nou el paper del sector públic i del sector privat. Un sector públic promotor de la competència, regulador i supervisor format realment per organismes independents d'interessos de part (siguin dels privats, siguin relacionats amb els grups que són al govern o a l'oposició) i amb professionals ben preparats, però que desenvolupin la seva tasca amb compromís cívic de llarg termini, i especialment amb lleialtat al procés polític, de manera que generin una percepció de justícia (*fairness*) en la societat.

I també es necessita un sector privat nou que mantingui el compromís "interessat" a sentir la veu dels clients i usuaris, i que admeti la reforma constant de les seves organitzacions per donar resposta a les demandes de la societat.

Sabem que el model tradicional no funciona. Té una sèrie de problemes, és massa vertical. Però resulta que el nou model de regulació de serveis que presten operadors en competència sobre

unes xarxes comunes tampoc funciona tal com esperàvem. En cap dels dos models la veu dels consumidors, les seves queixes, no té força suficient per impulsar una bona prestació de serveis a preus raonables.

En un model de compromís cívic el que cal és portar el debat cap al realisme, cap al terreny de les percepcions diverses, cap al diagnòstic dels problemes comuns i l'avaluació d'alternatives imperfectes.

En aquest sentit, a continuació passaré a mostrar quines aportacions recents en l'anàlisi econòmica, i en especial en la subdisciplina de l'economia del comportament (*behavioral economics*), han revisat les causes de les insatisfaccions amb la liberalització i privatització de serveis públics.

### 3. Anàlisi de les insatisfaccions amb la liberalització

#### 3.1. Elements crítics perquè les liberalitzacions funcionin

En el model tradicional de serveis públics, la societat detecta un problema i tem que un servei no es prestarà adequadament. El legislador reserva una activitat al sector públic, i la presta mitjançant l'Administració o bé mitjançant una empresa pública o una empresa privada concessionària. L'Administració o l'empresa prestadora té una relació vertical amb els usuaris.

Aquest sistema no funciona quan els usuaris no tenen prou veu, quan no s'atenen els seus drets, quan l'organització s'autojustifica a si mateixa, no innova, es sobrecarrega de costos o no presta serveis a preus raonables. I, a més, el poder polític que la tutela pot tenir dificultats per reformar l'Administració o l'empresa prestadora i per fer que presti serveis de qualitat a costos raonables.

Davant d'aquestes dificultats en la prestació de serveis com ara els d'energia, telecomunicacions o transport, ens carreguem el model tradicional. Trasplantem i adaptem al nostre marc jurídic i polític un model de liberalització (introducció de competència) i només regulem aquelles activitats dins de cada sector liberalitzat en les quals introduir competència és difícil.

Deixem que entrin nous operadors de telecomunicacions utilitzant les xarxes existents, nous generadors d'energia que

poden proveir de gas i electricitat els usuaris finals a través de les xarxes existents. Permetem que hi hagi nous comercialitzadors d'energia que no els cal tenir ni generació pròpia ni xarxa de distribució d'energia pròpia. La regulació, la utilitzem per assegurar que hi ha inversió en les xarxes, qualitat de servei i respecte pels nous operadors.

En la reforma dels serveis públics, es tractava de passar d'un model de prestació pública a un model de regulació i supervisió en què s'havia de procurar que funcionessin molts elements.

En concret, els elements crítics són els següents:

1. Promoció de la competència. Separació de les activitats en les quals la competència no és apropiada (infraestructures no duplicables que s'han de compartir i elements tecnològics comuns) per tal d'aconseguir que l'accés privilegiat als actius comuns no falsegi la competència en les altres activitats en les quals la competència sí que és apropiada.

2. Defensa de la competència. Evitar les conductes restrictives de la competència en les activitats en què aquesta es pot desenvolupar. Evitar tant els acords entre prestadors dels serveis per restringir l'efectiva competència en el mercat com els abusos de la posició de domini d'uns operadors enfront dels altres en detriment dels usuaris. També evitar les concentracions empresarials que redueixen la competència efectiva en els mercats. Assegurar que els ajuts públics no falsegen la competència entre operadors.

3. Establir i supervisar les regulacions que assegurin un accés equitatiu als actius comuns (infraestructures no divisibles i elements tecnològics comuns), així com la viabilitat financera d'aquestes activitats i l'accés dels usuaris i consumidors a preus no abusius i a una qualitat dels serveis raonable.

Alguns aspectes de qualitat del servei també poden requerir regulacions específiques quan la competència entre operadors pugui generar processos no desitjables de deteriorament de la qualitat.

4. Protecció dels consumidors (1) que eviti pressió comercial abusiva sobre els consumidors i usuaris, (2) que eviti els problemes d'informació abans de la contractació i (3) que limiti les sorpreses de després de la contractació.

Per exemple, assegurar que hi ha consentiment racional i informat en la contractació de serveis, canvi de tarifes, etc. mitjançant diversos mecanismes, com ara l'establiment de procediments, protocols i estàndards comercials i publicitaris; incorporar temps d'espera a les respostes per refredar la reacció impulsiva dels ciutadans davant les noves ofertes; prohibir i sancionar les clàusules contractuals inequitàtives o abusives, i millorar els procediments de reclamació per desavinences amb el prestador del servei.

Quan un o diversos d'aquests elements crítics no funciona, el model liberalitzat no satisfà les promeses que se n'esperaven. En especial, no podem pressuposar que aquests elements crítics funcionaran quan els consumidors no actuen segons el prototip d'agent econòmic racional, amb plena capacitat de prendre decisions en funció del seu propi interès.

En molts diversos àmbits de l'economia, el pressupòsit que els agents actuaran sota aquest paradigma perfecte de la racionalitat està sent profundament qüestionat, tal com resumeixen Reeves i Stucke (2011). A continuació, seguiré aquesta revisió Reeves i Stucke (2011) de les aportacions de l'economia del comportament per la defensa de la competència, tot traslladant les seves reflexions a l'àmbit de la prestació dels serveis essencials.

Tal com indiquen Reeves i Stucke (2011), l'economia del comportament (*behavioral economics*) és una subdisciplina de moda que està tenint una profunda influència en altres subdisciplines com ara les finances, l'economia laboral, l'economia pública, l'organització industrial o, fins i tot, l'economia de la regulació i la política de competència.

Els estudis tant teòrics com experimentals mostren que els consumidors no actuen tal com pressuposen els models econòmics tradicionals. En especial, troben que el comportament humà es caracteritza pel que Reeves i Stucke (2011) anomenen els següents tres trets: (1) racionalitat limitada, (2) autodisciplina o força de voluntat limitada i (3) recerca restringida de l'interès particular.

Cadascun d'aquests trets té importants conseqüències en relació amb la nostra forma d'actuar en la contractació de serveis essencials, així com en la forma d'actuar dels operadors de serveis, ja que bona part dels seus empleats i directius també estan sotmesos a aquests trets.

A continuació, revisarem breument aquests trets del comportament humà i les seves conseqüències en la contractació de serveis essencials:

### 1. Racionalitat limitada

Les persones no actuem de forma perfectament objectiva analitzant la informació disponible i actualitzant els nostres coneixements segons la nostra experiència vital. Per contra, analitzem la informació des de la subjectiva perspectiva que s'ajusta als nostres ideals i als nostres objectius. Prenem decisions utilitzant regles personals de comportament (*heuristics*).

A causa d'aquesta forma esbiaixada de prendre decisions, la contractació de serveis depèn molt de com es presenta la informació per a la contractació. En particular, les nostres decisions de contractació tenen els biaixos següents:

**a. Som adversos al risc en els guanys però amants del risc en les pèrdues.** Preferim que ens donin 70 euros del cert que entrar en una loteria que ens portaria a guanyar-ne 100 amb una probabilitat del 80%, quan el valor esperat de la loteria seria superior (80 euros) al regal del cert (70 euros). Som, en aquest cas, adversos al risc en els guanys.

En canvi, preferim entrar en una rifa que ens pot fer perdre 100 euros amb una probabilitat del 80% que no haver de donar del cert 70 euros. El valor esperat de la pèrdua de la rifa (80 euros) és superior a la pèrdua del cert (70 euros). Per tant, som amants del risc en el cas de les pèrdues.

Això és especialment important quan contractem serveis liberalitzats en els quals hi ha una incertesa sobre els preus futurs que es pagaran, per exemple, quan ens ofereixen contractar energia (electricitat o gas) que ens serviran en el futur a un preu incert que es liquidarà segons evolucioni el mercat *spot* o de curt termini.

Per exemple, en aquest cas, tenim la tendència d'acceptar un pitjor preu conegut que no pas la incertesa d'acceptar un contracte contingent encara que la probabilitat que acabem pagant un preu més alt sigui relativament baixa. Això fa que més consumidors es mantinguin en la tarifa fixa del que seria racional.

**b.** Les nostres decisions depenen de la definició de l'*statu quo*. Acceptem més del que hauríem

d'acceptar l'opció que ens ofereixen per defecte encara que sigui pitjor que la resta d'opcions (biaix de l'*statu quo*).

De nou, en sectors liberalitzats com l'energia (gas i electricitat), les que s'anomenen *tarifes d'últim recurs* juguen un paper molt important i afecten de forma determinant les ofertes de preus en la contractació d'energia en el mercat liberalitzat. I, en especial, els contractes de durada indefinida generen menys canvis de companyia que no pas els contractes que s'han de renovar cada cert temps.

**c.** Si algú fixa un valor estàndard d'una qualitat, un preu, etc., aquest estàndard afecta les nostres decisions posteriors, ja que són diferents de la decisió que prendríem si no existís aquest estàndard (efecte àncora).

Per exemple, tendim més a queixar-nos quan hi ha un estàndard de qualitat de referència en un servei. Així, a vegades, un increment de reclamacions en un servei no es produeix quan hi ha una reducció de la qualitat, sinó quan la qualitat decau per sota de l'estàndard esperat. I de la mateixa manera, de vegades qualitats de servei molt baixes no generen queixes perquè no hi ha un estàndard que fixi quin és el nivell de qualitat de referència.

**d.** El fet de conèixer casos semblants als que ens trobem afecta les nostres decisions (disponibilitat d'una heurística). No conèixer casos semblants dificulta la nostra presa de decisions.

Pel que fa a les companyies de serveis de telefonia, per exemple, només estem disposats a canviar quan coneixem persones que han canviat i que han aconseguit que el servei de què disposen sigui millor.

Així doncs, es poden produir segmentacions en grups de consumidors: ningú canvia si en el seu entorn no canvia ningú, mentre que tothom canvia si en el seu entorn li parlen d'experiències de canvi d'èxit.

**e.** Les persones sobreestimen les nostres capacitats (biaix d'excés de confiança). Els executius d'empresa creuen que, malgrat apostar per estratègies de risc, seran capaços de sortir-se'n sense posar en perill l'empresa de serveis per la qual treballen.

Bona part de les estratègies d'endeutament tant en banca i finances com en companyies de serveis que hem viscut en els darrers anys s'expliquen, en part, per aquest excés de confiança.

f. Les persones som optimistes per naturalesa. Creiem que nosaltres tindrem més alegries que la resta de persones i, en canvi, passarem menys penalitats que la resta (biaix d'optimisme).

Aquest biaix és el que porta al que es coneix com la maledicció del guanyador: en els concursos per adjudicar la prestació de serveis acaba guanyant el concurs l'empresa que és massa optimista i, finalment, no pot complir les condicions del contracte. Això explica una part de les constants renegociacions en la contractació de serveis públics o en les adjudicacions de subhastes públiques.

g. Creiem que alguna cosa és més probable que passi si sabem que realment ha passat alguna vegada (biaix d'anticipació); en canvi, creiem que és menys probable que passi si no ha passat mai o no tenim record que hagi passat mai.

Part de les estratègies de gestió del risc operatiu de companyies de serveis de gestió de xarxes d'electricitat, gas o telecomunicacions es poden explicar pel fet que les empreses descompten els riscos operatius més enllà del que és racional perquè després de molts anys sense patir cap incidència operativa (apagada elèctrica, explosió de gas, trencament de la cadena logística, congestió de la xarxa, incidents aeris, etc.) han esborrat de la seva memòria que aquests riscos són presents.

## 2. Autodisciplina o força de voluntat limitada

Per *autodisciplina* o *força de voluntat limitada* ens referim a la capacitat limitada d'autocontrol: ens deixem portar cap a accions que sabem que van en contra dels nostres propis interessos particulars de llarg termini. Malgrat que intentem evitar-ho, acabem menjant de més, gastant el que no tenim, estalviant menys del que hauríem d'estalviar, fent menys esport del que hauríem de fer, etc.

Davant d'aquesta feblesa en les nostres accions, els humans utilitzem mecanismes que ens comprometen per moderar els efectes perniciosos de la feblesa de la nostra pròpia voluntat: ens apuntem a unes sessions de gimnàs per obligar-nos a fer esport, contractem dipòsits a termini amb restriccions de liquiditat per fer-nos estalviar, etc.

En aquests compromisos, a vegades perdem per l'autocorrecció: paguem la quota del gimnàs encara que no hi anem, rebem un interès més baix del que hauríem obtingut en

mercats més líquids pels diners nostres dipositats en comptes a termini o plans de pensions, etc.

En les empreses de serveis essencials en què la tarifació és complexa, la por de no tenir prou força de voluntat per estar a l'aguait dels canvis en els preus en els mercats de curt termini i canviar de proveïdors buscant la millor alternativa de forma recurrent ens pot conduir a continuar en una tarifa quan aquesta ja no és la que ens convé.

Així, en serveis oberts a la competència, la nostra falta de determinació ens pot fer continuar amb l'operador establert quan hi ha millors ofertes en el mercat. I, com que aquests operadors ho saben, aquesta falta de determinació en el canvi de tarifes o d'operador fa que la competència no porti a les millores de benestar promeses.

## 3. Recerca restringida del nostre propi interès particular

Les persones no prenem les nostres decisions només perseguint el nostre màxim benestar material i riquesa personal. També ens importen altres qüestions que prenem en consideració, fins i tot, quan comporten renúncies al nostre benestar material i riquesa personal.

Volem tractar bé els altres i que els altres ens tractin de forma equitativa i lleial. En especial, ens caracteritza un sentit de forta reciprocitat. Estem disposats a fer renúncies pel bé dels altres, sempre que els altres també facin renúncies per nosaltres. Alhora, ens molesten, i els castiguem, els comportaments d'altres que només estan guiats per l'interès material particular.

Les persones cooperem sempre que el grup de persones amb el qual interactuem no s'allunyi del que considerem com un punt de referència en la reciprocitat mútua.

En l'àmbit de la prestació de serveis essencials, els usuaris acceptem restriccions a la nostra llibertat contractual sempre que creiem que aquestes restriccions són equitatives per aconseguir un objectiu compartit, com, per exemple, atendre col·lectius que mereixen una certa protecció.

Així, acceptem subvencions creuades en les tarifes de serveis essencials: tarifes iguals tant al camp

com a la ciutat, quan prestar els serveis de xarxa al camp és més car que a la ciutat; tarifes socials per a col·lectius amb especials dificultats econòmiques, com ara les tarifes socials en electricitat.

Ara bé, els usuaris no perceben com a equitatiu que hi hagi un tracte de favor per a col·lectius que no mereixen una protecció especial o que fan un ús abusiu dels serveis.

De la mateixa manera, les persones no només actuem d'acord amb els incentius monetaris, sinó que pesa més la motivació intrínseca d'actuar d'acord amb les regles de la professió, la comunitat local o, inclús, les regles ètiques i morals derivades de creences humanístiques o religioses. És més, a vegades, un incentiu monetari pot reduir o distorsionar la motivació intrínseca. De la mateixa manera, una sanció monetària pot no ser efectiva per dissuadir un comportament humà que no es guia per la satisfacció material.

Aquest és un tema important en la prestació de serveis essencials. Per una banda, alguns dels professionals dels operadors de serveis poden treballar per la seva motivació intrínseca en la prestació d'un servei essencial. Amb la liberalització, moltes vegades s'incorporen incentius monetaris a alguns dels col·lectius de professionals que poden distorsionar la seva motivació intrínseca o els de la resta de professionals.

Per l'altra banda, alguns serveis requereixen l'activa participació dels usuaris que actuen per la motivació intrínseca de fer que el servei funcioni. Aquesta motivació pot desaparèixer quan el servei es liberalitza.

### 3.2. Insatisfaccions als mercats liberalitzats. L'exemple de l'electricitat al Regne Unit

El cas de l'electricitat al Regne Unit és un bon exemple de com només obrir un mercat a la competència, promoure la rivalitat entre prestadors alternatius i defensar la competència no és suficient perquè un servei essencial es presti amb plena satisfacció dels clients, dels supervisors i de l'opinió pública.

És un bon exemple de com alguns dels elements crítics esmentats anteriorment que fan que la liberalització funcioni han fallat. I també mostra que una part de les aportacions de l'economia del comportament s'està tenint en consideració en els processos de debat i revisió de la tutela, la

supervisió i la regulació d'un servei com el de l'electricitat.

El debat al Regne Unit posa de manifest que, fins i tot, hi pot haver conflicte entre les polítiques de competència i de protecció dels consumidors quan en els mercats hi ha severos problemes d'informació dels usuaris i dificultats objectives perquè els consumidors prenguin les decisions que millor s'ajusten als seus interessos.

El passat mes de febrer de 2011, després d'una revisió del sector de la comercialització i distribució d'electricitat, Ofgem, el regulador energètic anglès, posava de manifest que en el sector hi havia greus problemes.

En la Retail Market Review, Ofgem fa un diagnòstic descarnat sobre els problemes del sector: "Malgrat que la competència hagi augmentat en el sector, trobem conductes molt pobres per part dels distribuïdors [...]". "La reacció a les crítiques que vam fer l'any 2008 ha estat molt escassa [...]". "Els consumidors encara tenen una desconfiança completa sobre els proveïdors [...]". "Els consumidors creuen que la font d'informació menys creïble en la contractació d'energia és la informació que ve dels proveïdors, de les seves pàgines web, del màrqueting que fan, de la informació i de les trucades telefòniques".

L'informe de 2008 va ser l'anomenat *Energy Supply Probe*. En aquest informe, Ofgem arribava a la conclusió que no hi havia indicis suficients per atribuir als distribuïdors d'energia una conducta prohibida per les normes de competència com és la formació d'un càrtel en el mercat de l'energia, un acord entre les distribuïdores per restringir la competència efectiva en el mercat.

Ara bé, ja apuntava que calia accelerar la transició cap a un mercat efectivament competitiu mitjançant un conjunt d'accions centrades a (1) assegurar que els proveïdors d'energia havien de tractar de forma més honesta els consumidors en l'etapa de la comercialització d'energia, el del canvi d'operador i la postvenda; i (2) havien de millorar substancialment tant la qualitat com l'accessibilitat de la informació adreçada als consumidors, perquè aquests poguessin prendre decisions més ben informats i tinguessin més capacitat de participar de forma activa i efectiva en els mercats.



Aquest és un bon exemple de com promoure la competència no és suficient per millorar els serveis públics. Els economistes sabem que hi ha sectors en els quals els consumidors s'enfronten a grans dificultats per prendre les decisions racionals que són en el seu millor interès.

Els economistes hem detectat problemes en els hàbits i els comportaments dels usuaris que els fan pagar sobrepreus i no triar correctament les millors ofertes. També tenim identificades moltes activitats en les quals, per la manca d'informació dels consumidors, la competència entre operadors porta a un deteriorament de la qualitat del servei.

Per això, entre 2008 i 2011, Ofgem va emprendre una sèrie d'accions que van anar des de la revisió de les condicions de les llicències dels prestadors dels serveis fins a l'establiment d'un conjunt de recomanacions sobre com els prestadors dels serveis havien d'actuar i comunicar-se amb els seus clients. Encara que no eren de compliment obligat, l'actuació dels operadors es podia avaluar amb relació a aquestes recomanacions.

El centre d'atenció de la política del regulador, Ofgem, va passar de la política de competència a la política de consum. El seguiment de les recomanacions del 2008 va mostrar un estat de la qüestió del tot insatisfactòria: incompliment de les guies d'actuació o, fins i tot, de les condicions de les llicències dels operadors.

Davant aquesta evidència, la Retail Market Review d'Ofgem fa una sèrie de propostes entre les quals destaca millorar la comparabilitat de les ofertes de tarifes que fan les distribuïdores d'electricitat. Les propostes parteixen de les recents teories d'economia del comportament que indiquen que els consumidors poden patir quatre tipus de problemes a l'hora de comparar les ofertes:

**1. Capacitat de comparació limitada:** Els operadors dissenyen ofertes especialment complicades per fer més difícil les comparacions, i en definitiva, els canvis de companyia. Els consumidors es desenten i perden diners pel fet de no canviar cap a les millors ofertes o bé perquè cometten errors en els canvis.

**2. Biaix per l'*statu quo*:** La major part dels consumidors prefereixen no canviar respecte de la situació en la qual es troben. Això ho

facilita el fet que els contractes no tinguin data de renovació o finalització (*evergreen contracts*). Els consumidors no es troben davant la tessitura d'haver de reconsiderar el seu contracte de proveïment.

**3. Aversió a les pèrdues:** Els consumidors valoren més el fet d'evitar una pèrdua que no pas aconseguir un guany, encara un i l'altre tinguin el mateix valor monetari, i sobreestimen les despeses que els pot comportar el canvi de companyia (errors de facturació en el canvi, problemes de subministrament en la transició, etc.).

**4. Inconsistència temporal:** Els consumidors valoren molt més els guanys d'avui que els guanys del futur, més enllà del descompte temporal que implica una anàlisi d'un flux de costos i beneficis al llarg del temps. De la mateixa manera, sobrevaloren els costos d'avui més que els que poden sofrir en el futur. Això comporta una major resistència al canvi, ja que els costos del canvi tenen lloc avui i els beneficis vénen en el futur. A més, els consumidors accepten càrrecs futurs en les seves factures més enllà del que és raonable.

La Retail Market Review d'Ofgem va proposar que les companyies només poguessin oferir com a màxim un tipus de contracte indefinit per mètode de pagament estandarditzat, de manera que els consumidors poguessin fàcilment comparar les tarifes de les diferents companyies.

Per altra banda, proposava que les companyies poguessin oferir altres tarifes no estandarditzades sempre que tinguessin una durada limitada en el temps. I en tot cas, les tarifes no estandarditzades haurien de presentar els preus equivalents d'aquesta tarifa respecte a la tarifa estandarditzada.

Els detalls relatius a la implantació d'aquesta proposta estan, en aquests moments, en fase en consulta pública i no s'han aplicat.

#### 4. Reflexions per a l'actuació del Síndic

Recollint les reflexions i les lliçons de l'experiència comparada que s'han detallat en els apartats anteriors, a continuació presento un conjunt de propostes, reflexions i criteris que fóra bo tenir presents en la tasca encomanada al Síndic de Greuges en la defensa dels drets dels clients i els usuaris de serveis essencials.

#### 4.1. Principis orientadors

1. Tots els mecanismes de prestació de serveis, sigui directament per l'Administració, sigui per empreses públiques o privades en règim de monopoli (sota contracte o concessió) o per diversos operadors en règim de competència, són, per la seva naturalesa, imperfectes.

2. La intervenció supervisora del Síndic hauria d'estar dirigida a corregir especialment les situacions de desequilibri contractual entre les parts i, en general, a facilitar la identificació de les insatisfaccions amb la prestació dels serveis, la diagnosi dels problemes, i el debat contradictori entre les institucions de tutela i els operadors, per produir millores regulatives i organitzatives en els serveis.

3. No té sentit fer una llista d'activitats que són d'interès general o que han de ser essencials, sinó trobaren quines circumstàncies la provisió dels serveis no s'ajusta a l'interès del públic, no aconsegueix el bé comú per un conjunt de circumstàncies específiques que fan que la prestació en règim de monopoli o bé la prestació en competència no funcioni adequadament.

4. La revisió de la provisió de serveis ha d'incloure tant les activitats organitzades sota formes tradicionals de servei públic com les que s'organitzen mitjançant sistemes de participació privada del més divers pelatge. Es tracta de revisar com els prestadors, siguin públics o privats, es relacionen amb els seus consumidors.

5. En la tasca d'identificar els desequilibris contractuals que, moltes vegades, es troben en l'arrel dels problemes de competència en els serveis liberalitzats, cal que anem a aspectes molt concrets i que discutim sobre la capacitat que poden tenir les institucions reguladores i supervidores de promoure canvis, regulacions, procediments que afrontin aquests problemes.

6. En especial, cal identificar els desequilibris que provenen dels problemes d'informació dels consumidors i usuaris, i de l'ús estratègic d'aquesta informació per part de les empreses operadores.

7. I també cal identificar els problemes que provenen dels comportaments i incentius dels consumidors i operadors.

8. Un cop identificats i diagnosticats els problemes, cal endegar un debat sobre com dissenys reguladors i de foment de la competència alternatius poden

evitar els abusos i afavorir una presa de decisions més racional.

#### 4.2. Col·laboració i dissuasió

9. Arran de l'habilitació legal de l'article 78.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, el Síndic de Greuges ha d'anar escrivint una plana que fins ara estava en blanc sobre com fer efectiva la defensa dels drets dels ciutadans en la prestació dels serveis essencials. És important que la institució trobi la proporcionalitat en la forma d'actuar, el propi camp d'actuació i la intensitat de la seva intervenció per tal d'aconseguir el millor exercici dels drets causant la mínima distorsió en l'activitat de les administracions públiques i empreses privades responsables de la prestació del servei.

10. La manera d'actuar ha de ser eficaç per aconseguir la màxima col·laboració amb els prestadors dels serveis en el respecte dels drets dels ciutadans, i no tant erigir-se com un supervisor especial dels prestadors, ja que la funció supervisora, l'exerceix l'Administració pública a través dels ministeris o les conselleries sectorials o a través d'organismes especialitzats.

11. De la mateixa manera, cal que el Síndic trobi el seu propi camp d'actuació en la defensa dels drets dels ciutadans, de manera respectuosa amb les competències que són pròpies dels supervisors i els reguladors sectorials, així com de les autoritats administratives de la competència i de protecció dels consumidors, i de les autoritats de les jurisdiccions civil, mercantil i contenciosa administrativa.

12. Finalment, el Síndic ha de modular la intensitat de la seva actuació, de manera que s'aconsegueixi amb cada intervenció una millora en la prestació del servei.

#### 4.3. Col·laboració amb les empreses operadores

13. Una bona part de les queixes les pot resoldre la mateixa empresa prestadora del servei a través dels serveis d'atenció als clients i les oficines de defensors dels clients.

14. El Síndic, interessant-se en les reclamacions, pot exercir un important paper, tant d'assessorament com de diàleg, per millorar els processos interns de resolució de conflictes.

15. La comparació amb experiències d'èxit tant a Catalunya com a la resta del món pot guiar

aquesta funció assessora i d'interpel·lació tant amb les empreses prestadores com amb les administracions públiques titulars del servei. Ambdues estan obligades per llei a col·laborar amb el Síndic per fer efectiu el respecte dels drets i les llibertats.

#### 4.4. Col·laboració amb els òrgans administratius especialitzats i amb el poder judicial

16. La majoria de les reclamacions que no són resoltes pels serveis d'atenció als clients de les empreses o per les oficines de defensors dels clients poden ser resoltes pels organismes de supervisió, regulació i competència.

17. L'Agència Catalana del Consum i les OMIC estan preparades i especialitzades per fer front a la major part de les reclamacions per deficiències en el servei, per errors en la facturació, en l'exercici de les garanties, etc., tant individuals, en la prestació ordinària del servei, com quan hi ha alguna aturada extraordinària del servei.

18. Els organismes de regulació i supervisió sectorials (siguin els ministeris o les conselleries sectorials amb les seves oficines de reclamacions, siguin els organismes de regulació i supervisió) estan capacitats per intervenir quan hi ha incompliments de la normativa sectorial i afectacions en les garanties de qualitat, accés universal i altres regulacions específiques com ara les tarifàries, d'interconnexió, etc.

19. Finalment, les autoritats de competència estan preparades per actuar quan hi ha pràctiques restrictives dels operadors (acords entre ells o abusos de posició de domini d'un o més) que restringeixen o impedeixen de forma significativa el lliure funcionament de la competència en la prestació del servei.

20. En tots aquests casos, el Síndic té la capacitat d'analitzar i vehicular les reclamacions cap aquelles institucions que estan preparades, en tant que organismes especialitzats del poder executiu, per abordar i resoldre les qüestions objecte de la reclamació, propiciar l'entesa entre els usuaris i els prestadors dels serveis, o bé declarar il·legals les pràctiques no ajustades a dret i imposar sancions.

21. Els organismes del poder executiu, com a òrgans de l'Administració pública, tenen el deure de col·laborar amb el Síndic per fer efectiu el respecte dels drets i les llibertats.

22. En aquests tres àmbits (regulació sectorial, competència o consum), les reclamacions es poden vehicular de forma simultània davant dels òrgans administratius o bé davant de les diverses jurisdiccions, sigui la contenciosa administrativa o la mercantil. El Síndic i els òrgans judicials també tenen el deure de col·laborar lleialment en el desenvolupament de les seves funcions.

#### 4.5. Superreclamacions

23. En el desenvolupament de les anteriors tasques de col·laboració, tant amb les empreses com amb els organismes executius especialitzats o el poder judicial, el Síndic ocupa una posició privilegiada com a institució parlamentària que és.

24. Aquesta posició li permet, alhora, exercir una tasca per a la qual la resta d'institucions no estan capacitades: la tasca d'informar el Parlament i els òrgans administratius del poder executiu, a través del que, en altres contrades, s'anomenen les *superreclamacions*, de les mancances legislatives i organitzatives que impedeixen l'adequada prestació dels serveis essencials i el ple respecte dels drets i les llibertats, així com la tasca de proposar reformes legislatives o d'organització que eliminin les causes dels greuges repetits i sistemàtics dels drets i les llibertats dels administrats.

25. En aquesta tasca, és essencial que el Síndic doti la seva reflexió sobre els problemes legislatius i organitzatius d'una forta i rigorosa anàlisi econòmica dels incentius dels operadors, així com l'anàlisi econòmica dels comportaments dels usuaris, ja que ambdues són peces clau per entendre per què es produeixen els greuges repetits i sistemàtics.

26. Aquesta anàlisi d'incentius i de comportament també ha de guiar les propostes de reformes per tal que tinguin els màxims efectes desitjats i els mínims efectes perversos en la prestació dels serveis essencials.



## LA PRESTACIÓ DE SERVEIS D'INTERÈS GENERAL

### 1. Reflexions prèvies i generals amb relació a la prestació de serveis d'interès general

Un primer element important és la institucionalització d'una societat que vol ser civilitzada. Una societat on hi hagi el mínim abús de poder. L'element clau que porta als abusos de poder és la desigualtat, l'asimetria, i més en concret, diuen els economistes, l'asimetria en temes d'informació. Això s'ha de regular, s'ha d'institucionalitzar per intentar aconseguir al màxim una societat civilitzada on no hi hagi abús de poder. Molts entenen que institucionalitzar consisteix a aprovar lleis, fer regulació i després, en el cas dels tribunals, jutjar i imposar la sanció. I, a tot estirar, algunes activitats de caràcter regulatiu. Però el concepte modern d'*institucionalitzar* se substancia en tres vies: d'una banda, les normes, que serien les lleis, però, de l'altra, també les regles del joc en el qual operem i els valors.

Les normes en són l'esquelet, però amb això sol no n'hi ha prou. Certament, és una condició *sine qua non*, ja que, efectivament, com més es legisla, més lluny es troba el compliment d'aquesta legislació, d'aquesta filosofia. Per tant, la base consisteix a establir unes regles del joc entre nosaltres i un tipus de valors per evitar aquests abusos de poder, la desigualtat i les asimetries. En concret, les asimetries d'informació que es poden donar entre les grans empreses i les persones que en són clients. Per tant, té molt sentit treballar aquest camp de regles i de valors.

Això no és tan tangible com la norma escrita. És la part *soft* de la institucionalització, però és molt important, i aquí el Síndic de Greuges hi té un paper. Aquesta part *soft* té a veure amb l'establiment de codis deontològics de les mateixes empreses de caràcter general, la qual cosa potser pot fer el Síndic de Greuges. Té a veure amb les bones pràctiques, amb l'autoregulació d'aquestes organitzacions, té a veure amb la responsabilitat social corporativa, té a veure amb les iniciatives que hi hagi un

defensor del client o dels usuaris a les mateixes empreses. També té sentit amb la intervenció del Síndic, al qual habilita el nou Estatut d'autonomia de Catalunya.

Per tant, aquests elements, que, certament, es poden veure gasosos perquè gaire sòlids no són, donen un valor afegit molt important, que és institucionalitzar, via regles i valors, que sempre és molt més difícil o més substantiu.

Una segona idea molt important és la seguretat jurídica, que és bàsica en un sistema perquè hi hagi desenvolupament econòmic. El desenvolupament econòmic no és res més que un mitjà per aconseguir la finalitat última, que és el desenvolupament humà. Hi ha hagut un abandonament de moltes institucions públiques a l'hora de donar seguretat jurídica al mercat, al sistema, per afavorir al màxim el desenvolupament econòmic i després el desenvolupament humà.

Són les institucions públiques les que s'han d'encarregar de garantir i establir les bases perquè hi hagi seguretat jurídica. Hi ha un concepte lligat a aquest però més important: no només fa falta seguretat estrictament jurídica, sinó també seguretat institucional. I *seguretat institucional* significa que no només si les institucions públiques estableixen unes bases de seguretat es fomentarà el desenvolupament econòmic i social, sinó que també han de ser les mateixes empreses, les institucions privades, les que han de treballar en els estàndards d'interès general, d'interès públic, amb criteris que també aportin al sistema una gran seguretat en la relació entre ciutadans i usuaris i aquestes organitzacions.

Tots som Estat en aquest sentit. No només les institucions públiques, sinó les empreses privades i, en especial, les grans empreses privades que presten una cosa tan crítica i tan difícil de definir com són els serveis d'interès general o d'interès públic. Aquestes empreses també són Estat en aquest nivell de discurs. Si les institucions públiques fan bé la seva feina i

aquestes empreses no generen una relació de confiança amb aquests clients, no hi ha seguretat institucional ni desenvolupament econòmic ni desenvolupament humà.

El tercer element que cal destacar és que, més que anar a buscar què és d'interès general i fer-ne una llista, s'ha de fer una diagnosi per detectar on hi ha els desequilibris i què pot ser més susceptible d'abús de poder, és a dir, on es donen més les desigualtats. Això ens pot ajudar més perquè és centrar-se en el que és material, substantiu, de cara a fer codis de bones pràctiques amb relació a aquestes organitzacions, i també per situar l'àmbit d'intervenció del Síndic.

La forma d'actuar del Síndic de Greuges potser ha de ser una col·laboració activa: buscar complicitat *en i amb* les empreses, actuar més per la via de la prevenció i no tant de la inspecció i la sanció. És una bona forma de començar. La prevenció és el lloc més fàcil on teixir les complicitats necessàries. Atendre les reclamacions, juntament amb aquesta complicitat, pot definir de forma dinàmica l'àmbit d'actuació del Síndic, molt més enllà que establir un marc formal o primari, que potser a la pràctica és molt difícil d'aplicar.

Avui la crisi també té incidència en els temes que plantejem. Aquesta no és una crisi qualsevol. Ha transformat moltes coses i les transformarà encara més. Per tant, parlar de la crisi no és una qüestió d'oportunitat, sinó de caràcter estructural. Aquí voldria fer una reflexió que intentaré sigui com menys ideològica millor, tot i que entra de ple en la ideologia. És sobre la transformació que es pot estar produint, i les etiquetes aquí poden ser confoses, d'un estat del benestar cap a una societat del benestar. El que canviarà és el paper de l'Administració pública, però també pot canviar el paper de les empreses privades i, especialment, de les que presten un servei d'interès general.

Quins són els motors que proveeixen de benestar el ciutadà? Si seguim el clàssic, que és el d'Andersen, hi ha quatre motors: el mercat, l'Estat, la família i el tercer sector. Aquests són els quatre grans motors que proveeixen benestar.

Ara bé, amb aquesta crisi s'està produint una retirada de dos d'aquests motors. En els models liberals anglosaxons clàssics, el mercat és el que té més pes. En el model europeu, s'equilibra el pes del mercat amb el pes de l'Estat. I al sud d'Europa, hi ha un equilibri amb tres potes: mercat, Estat i família.

Però aquesta crisi està implicant un problema de manteniment dels estàndards actuals de l'estat del benestar i les capacitats que tenen les administracions públiques per proveir de benestar els ciutadans. Hi ha una certa retirada de les administracions públiques, de la mateixa manera que, pels canvis demogràfics i socials, hi ha una certa retirada de la família com a element de motor i de distribució del benestar.

Això vol dir que el mercat cada cop tindrà una posició més predominant en les nostres cultures. Ens trobarem en un punt més central en què no serà tant l'Estat i la família els qui manen, sinó que això es produirà més en connivència amb el mercat i el tercer sector. Aquest tercer sector sembla que té una bona salut, però cal anar amb compte perquè és molt heterodox.

Fent una reflexió de la responsabilitat social corporativa, en aquest nou escenari de futur, què poden fer les empreses? En concret, aquestes grans empreses que han de canviar el seu rol i donar més als usuaris i consumidors. L'etiqueta *usuari i consumidor* potser ja ha quedat antiquada. Són les mateixes empreses les que cada cop més parlen de persones. No tenen clients, tenen persones. Persones al servei de persones. Les persones tenen més necessitats que els clients i els usuaris. Potser una forma de fer responsabilitat social corporativa és donar alguna cosa més a aquestes "persones" que són més que usuaris i consumidors.

Si analitzem les transformacions de la societat veiem que cada vegada hi ha més persones que viuen soles, més famílies monoparentals. Hi ha menys xarxa familiar, menys xarxa social on la gent es pot acollir i es pot defensar de les agressions que li produeix la vida i l'entorn. Resulta que hi ha moltes persones que l'única conversa que tenen amb una persona informada, més enllà del cambrer del bar, és amb l'empleat d'una entitat bancària, a qui veuen cada mes i fan un tipus de consultes que no només tenen a veure amb els diners, sinó amb la seva capacitat d'articular-se personalment i socialment. Potser la funció que abans feien els capellans, ara la fan els empleats de la banca. Abans quan un volia confessar havia d'anar a confessar. Abans en un poble hi havia el capellà, el mestre i el farmacèutic. Ara no. Tenint en compte tot això, per què no fem una tipologia dels problemes que tenen aquestes persones que viuen soles, que no tenen capacitat de relacionar-se més enllà de l'empleat del banc? Quin tipus de serveis se'ls podria donar de més? És una idea de com podria avançar la responsabilitat social corporativa. La responsabilitat social corporativa neix pels

problemes mediambientals i de la sostenibilitat. El gran moment de la responsabilitat social corporativa és la globalització i els desequilibris entre societats avançades i societats en desenvolupament.

I el tercer pas, quin pot ser? Doncs potser el nou paper que ha de jugar el mercat i aquestes empreses en la seva relació no només amb usuaris i consumidors, sinó amb persones i ciutadans.

Perquè l'altra idea és que potser hem de fer un mestissatge entre entitats públiques i institucions privades. Això que hi ha dos mons separats cada cop és menys evident. No sé si hem d'arribar a fer un únic dret administratiu que serveixi per a tot o no ha d'haver-hi aquesta definició de drets. Sí que és cert que les administracions públiques, des de fa més de dues dècades, han importat moltes tècniques de gestió pròpies de les institucions privades; algunes amb èxit i d'altres, no. Però cada cop ens hem emmirallat més en el sector privat. I la qüestió és: per què no pot succeir també a la inversa? Per què les institucions privades, especialment aquestes grans que presten serveis d'interès públic, d'interès general de caràcter universal, no es poden emmirallar en l'Administració pública, en una cosa com és el tema de drets i deures? De fet, ja fa temps que fem servir les etiquetes de forma intercanviada. Per parlar d'una anècdota, fa molt de temps que a l'Administració pública ja no se'n diuen ciutadans, sinó clients, cosa que té uns efectes ideològicament perversos perquè és una visió molt superficial del tema.

Una vegada vaig fer un curs per a directius d'El Corte Inglés sobre temes d'organització. Jo els explicava aspectes d'organització i els deia: "Vostès, quan entra un client, posen en marxa un conjunt d'elements organitzatius"... I començo a sentir un xiuxiueig entre els presents i s'aixeca un directiu que devia ser més directiu que els altres i diu: "profesor, en El Corte Inglés no tenemos clientes". Em vaig quedar espantat: "Si no tienen clientes, ¿qué tienen?". Em va respondre: "En el Corte Inglés nuestros clientes tienen más derechos que un cliente normal. Nuestros clientes son ciudadanos".

El món al revés, ara resulta que el Corte Inglés té ciutadans i l'Administració pública té clients. És a dir, que aquest mestissatge ja s'ha produït. Si en la publicitat ja han dit que tenen persones, potser aquest mestissatge, com a El Corte Inglés, ja s'ha produït. I han de respondre molt més enllà de l'estricta prestació del servei des d'un punt de vista tècnic i mercantil.

Una altra cosa després és la lletra petita, com s'ha d'articular perquè aquí sí que hi trobarem les diferències. Però la meua sorpresa ha estat que no hi ha tantes diferències. És a dir, aquest mestissatge, com succeeix en el món del dret, ja fa molt de temps que hi és i fa que les coses puguin ser més traslladables.

## 2. El Síndic i empreses que presten serveis universals d'interès general

1) L'Estatut d'autonomia de Catalunya, en l'article 78, dona atribucions al Síndic per actuar en l'àmbit de serveis privats que presten serveis universals i/o d'interès general.

2) Els conceptes *serveis universals d'interès general* són elàstics econòmicament i jurídicament i no correspon aquí definir-los. En tot cas, són uns serveis privats en què juguen elements com ara la universalització de les prestacions, les funcions públiques i, fins i tot, l'autoritat, però són serveis privats que podrien afectar drets fonamentals de les persones, elements que són centrals per a una institució com el Síndic de Greuges. Parlem, doncs, de serveis com ara aigua, gas, electricitat, telefonia, transports, etc. que formarien part d'aquest paquet.

3) Fa un parell de dècades la majoria d'aquests serveis eren prestats pel sector públic i amb les privatitzacions han passat al sector privat. El sector públic en perd la titularitat i exerceix únicament funcions reguladores. La funció reguladora és imperfecta i fan falta altres tipus de garanties complementàries de cara a preservar els drets dels ciutadans/usuaris.

4) Els elements anteriors justifiquen, legalment i materialment, la participació del Síndic en aquest àmbit de gestió privada.

5) De tota manera, es podrien fer argumentacions en sentit contrari:

- No s'haurà equivocat el legislador en assignar aquesta competència al Síndic?

- No és un intrusisme d'institucions públiques sobre el món privat?

- No és un "brindis al sol"? Ja que poca cosa pot fer el Síndic de cara al control de grans empreses.

- No serà redundant la participació del Síndic dins una constel·lació d'actors públics i privats

que és molt garantista per als clients i consumidors?

En efecte, hi ha tot un conjunt d'actors que garanteixen la qualitat i la defensa dels drets dels consumidors: agències reguladores, agències autonòmiques de consum que tenen àmplies competències, autoritats competents en la matèria estatals i autonòmiques, ajuntaments via OMIC o equivalents, poder judicial, associacions de consumidors. A banda de tots aquests actors, hi ha les mateixes empreses que s'autoregulen via unitats d'atenció al client i de qualitat, defensors del client i responsabilitat social corporativa (RSC).

Hi ha, doncs, redundància amb relació a aquesta nova competència assignada al Síndic de Greuges?

La resposta és que no, ja que es pot argumentar que hi ha clarament espai per a la participació del Síndic en la defensa dels consumidors de serveis privats de caràcter universal i/o d'interès general.

Alguns arguments:

- Alguna anàlisi realitzada posa clarament de manifest que, a pesar d'aquesta constel·lació d'actors que configura un sistema garantista, a la pràctica els consumidors segueixen estant força indefensos.

- Les entitats reguladores a Espanya (seguint la tradició continental, a diferència de l'anglosaxona) són poc independents políticament. Ponderen una regulació de caràcter polític (p.ex. preus polítics) i d'ordenació i competència del sector, però no ponderen, en canvi, la defensa dels consumidors. En aquest sentit, vigilen molt les empreses en l'aspecte tarifari i de competència i, com a moneda de canvi, són molt laxes en l'àmbit de la defensa del consumidor. A banda, com analitza la teoria de la regulació hi és present el problema de les captures del regulat cap el regulador.

- Les diferents administracions públiques tenen un problema de visió general i transversal de la problemàtica i, per la seva fragmentació, busquen més la solució d'incidències que la resolució de problemes en l'àmbit de categories o de sistema.

- Les empreses vinculen més l'atenció al client, la qualitat i l'RSC al màrqueting que a una autèntica defensa dels drets dels seus consumidors.

- L'RSC té poc contingut conceptual i poc desenvolupament pràctic i efectiu (bàsicament centrada en temes de medi ambient i globalització, però menys preocupada a definir i aprofundir els drets dels consumidors d'una forma àmplia i responsable).

- Les empreses privades prestadores de serveis universals i/o d'interès general tenen a Espanya molts problemes organitzatius per garantir els drets dels seus usuaris o consumidors. Presten, en molts casos, serveis a milions d'usuaris i es doten de models de producció fordista amb una visió econòmica, però poc flexible a l'hora d'atendre incidències especials que afecten els seus usuaris, que queden, en molts casos, indefensos.

La conclusió final és que els consumidors de serveis d'interès general resten al nostre país, en molts casos, indefensos i mal atesos. Les empreses no prioritzen un enfocament de *servucció* (millora en la prestació dels serveis i en l'atenció dels usuaris), ja que dissenyen sistemes de producció massiva de caràcter estandarditzat i rígid que estan pensats en la dimensió d'economies d'escala en benefici de l'organització interna de les organitzacions, i deixen de banda les necessitats i les especificitats dels seus ciutadans/clients. D'altra banda, la constel·lació d'institucions administratives que regulen i vigilen el sistema pateix una fragmentació i té una manca de visió transversal, la qual cosa deixa molts espais materials de manca de protecció efectiva als usuaris d'aquest tipus de serveis. Atesos aquests arguments, es pot considerar que l'actuació, la vigilància i l'anàlisi que pot aportar al Síndic de Greuges en aquests àmbits pot representar un gran valor afegit en la defensa dels drets dels consumidors (i en un sentit més ampli dels ciutadans, ja que hi ha drets que queden afectats).

La mirada que pot aportar el Síndic de Greuges pot ser innovadora en el sentit de proactivitat, transversalitat i profunditat en l'anàlisi, i d'una gran efectivitat en la protecció formal i material en la defensa dels drets de les persones.

### 3. Metodologia de bones pràctiques del Síndic amb relació a les empreses que presten serveis universals d'interès general

1) El Síndic té expertesa en la defensa dels drets dels ciutadans en relació amb les administracions públiques i les seves actuacions. Hi ha poca diferència en la gestió pública en relació amb la



gestió privada de serveis universals i/o d'interès general: atenció a clients massificats (de vegades, milions), sistemes de producció fordista, necessitat de garantir drets fonamentals o que afecten la dignitat dels ciutadans, exercici de l'autoritat en un sentit ampli del terme, etc.

Les administracions públiques s'han anat reciclant i tenen molta experiència en l'atenció d'un públic massificat. En aquest sentit, els seus sistemes de producció fordista són més flexibles, de vegades, que els de les mateixes empreses privades. S'han, doncs, de traslladar bones pràctiques del sector públic cap al sector privat i en aquesta migració conceptual el Síndic pot tenir un paper molt destacat.

2) Un exemple del punt anterior: codi de bones pràctiques empreses que presten serveis d'interès general en relació amb el codi de bones pràctiques de l'Administració que ja ha elaborat el mateix Síndic de Greuges. L'experiència de la sindicatura en la defensa dels drets dels ciutadans enfront de les administracions públiques pot ser parcialment transferida i aprofitada en la seva aplicació a aquest sector privat.

3) En les actuacions del Síndic en relació amb el món empresarial s'ha de tenir en compte també el fenomen de les externalitzacions i dels partenariats públic-privats. En aquest sentit, com que els serveis són de titularitat pública, el Síndic hauria de actuar i escrutar l'Administració titular (principal), i no les empreses (agents), i contribuir a millorar els sistemes de direcció, control i avaluació que exerceix el principal sobre els agents. De tota manera, i atesa la inhibició de la majoria d'administracions públiques en l'exercici de les seves funcions com a principal, el Síndic de Greuges té tota la legitimitat per vigilar i intervenir directament sobre les empreses privades prestadores de serveis públics.

4) El Síndic ha de tramitar les queixes i les denúncies dels usuaris de serveis privats de caràcter universal i/o d'interès general igual com fa amb les administracions públiques. L'avantatge és que la relació Síndic-empreses és molt més àgil que la relació Síndic-administracions (no fan falta oficis formals, gestió clàssica d'expedients i permet un contacte ràpid amb les empreses via mail o telèfon). Les empreses són molt permeables a aquestes queixes i els problemes es poden resoldre de forma molt ràpida.

5) S'ha de posar en valor la gran força que té el Síndic: la publicitat i la denúncia davant l'opinió pública de possibles males pràctiques empresarials. Una denúncia pública del Síndic pot tenir més repercussió social que una d'una agència de consum (la gent interpreta el seu rol i no té tant poder d'impacte mediàtic com pot tenir el Síndic). Aquest poder, que només s'ha d'utilitzar en casos molt extrems, fa que la relació Síndic-empreses sigui molt fluida, ja que a les empreses els genera preocupació aquesta hipotètica publicitat negativa.

6) El Síndic ha d'actuar en capacitat plena en la tramitació de queixes i en el control d'ofici d'aquestes empreses privades. Ara bé, també hauria de prioritzar al màxim les seves funcions de caràcter preventiu que, en la nostra opinió, són les que poden aportar més valor al sistema i a la societat.

7) En aquest sentit, el Síndic s'hauria de configurar com un think tank en relació amb els temes de la defensa dels drets dels consumidors de serveis privats de caràcter universal i/o d'interès general. El Síndic hauria de basar el seu àmbit d'actuació en xarxa:

- Establir xarxes, contactes i reunions amb representants de les empreses, parlar de problemes i solucions comunes, i obrir la possibilitat d'intercanvi d'experiències (bones i males pràctiques) entre les mateixes empreses de diferents àmbits d'actuació.

- Establir xarxes, contactes i reunions entre els diferents agents públics implicats en la defensa dels drets dels consumidors (agències reguladores, agència autonòmica de consum, ajuntaments, etc.) per definir àmbits prioritaris de cara a futurs estudis i anàlisis.

- Establir xarxes mixtes entre agents públics i les empreses privades.

- En definitiva, es tracta d'establir una mena de comunitat epistèmica dirigida i gestionada pel Síndic que permeti sistemes transversals i integrats d'aprenentatge conceptual i pràctic en la millora de la defensa dels drets dels consumidors.

8) Revitalitzar la metodologia de treball del Síndic de Greuges:

- Detectar àmbits problemàtics via contactes en les xarxes abans esmentades i via queixes rebudes.

- Decidir fer un informe monogràfic sobre un àmbit determinat.
- Fer un treball de camp sobre el sector que inclogui sistemes de detecció real dels problemes com ara el mètode del client misteriós.
- Fer un informe cru i real sobre la situació i problemes del sector o presentar-lo a la xarxa d'actors públics i de les empreses privades relacionades.
- Proposar (el Síndic) en aquestes reunions un conjunt de millores que han de fer les empreses privades i també de millores en el control dels agents públics sobre aquestes. Fer un seguiment i control d'aquestes millores.
- Fer un informe final adreçat al Parlament i a l'opinió pública de caràcter més general i diplomàtic sobre els problemes detectats i les solucions i millores pactades i implementades entre tots.

9) Una primera actuació del Síndic de Greuges és, i forma part d'aquest document, elaborar un codi de bones pràctiques per a les empreses que presten serveis universals i/o d'interès general. La metodologia podria ser la següent:

- Elaborar un primer esborrany de codi de bones pràctiques per a les empreses que presten serveis universals i/o d'interès general.
- Treballar de forma cooperativa amb les empreses privades i amb les institucions públiques directament implicades en una versió consensuada d'un codi de bones pràctiques de caràcter general.

- Diferenciar per grans sectors els serveis privats d'interès general que tenen especificitats pròpies. Per exemple: a) subministraments per a la llar i empreses (aigua, gas i electricitat); b) telefonia; c) mobilitat (transports).

- Realitzar un estudi per a cada un dels grans sectors sobre les incidències i patologies detectades, i elaborar un codi de males pràctiques com a pas previ al disseny de codis de bones pràctiques de caràcter sectorial. Aquesta tasca s'hauria de fer també de forma cooperativa i consensuada amb els agents privats i públics de cada sector.

#### 4. Proposta de codi de bones pràctiques

Aquest apartat presenta una proposta de codi de bones pràctiques per a les empreses privades prestadores de serveis universals i/o d'interès general. Aquest esborrany de codi de bones pràctiques s'articula en dos apartats: d'una banda, principis, i de l'altra, els criteris.

Els principis fan referència a les bones pràctiques vinculades a valors que han de tenir les empreses amb la seva relació amb les persones que en són clients. S'ha pres com a punt de referència el Codi de bones pràctiques de l'Administració elaborat el 2009 pel Síndic de Greuges, amb els canvis, les supressions i les ampliacions derivades de la seva adaptació al serveis privats universals i/o d'interès general. Els criteris, per la seva banda, fan referència a les bones pràctiques vinculades als processos de prestació de servei, que van des de la contractació fins la finalització del servei.

## CODI DE BONES PRÀCTIQUES: PRINCIPIS

### I. PRINCIPI D'IGUALTAT I DE NO-DISCRIMINACIÓ

#### 1. Bones pràctiques per garantir la igualtat material

- Les empreses han de permetre l'ús de totes les eines i els instruments d'assistència que facin possible l'accessibilitat a tots els serveis de les persones amb discapacitats físiques o psíquiques. Més enllà dels aspectes d'accessibilitat física, les empreses haurien d'establir mecanismes especials d'atenció a les persones amb discapacitats psíquiques que no estiguin sotmeses a tutela.
- Les empreses haurien de prioritzar l'atenció a les persones grans i ajudar-les per pal·liar les mancances derivades de l'edat (problemes de mobilitat, d'oïda, de comprensió, etc.).

#### 2. Bones pràctiques per garantir la no-discriminació

- Cal que les empreses facin un esforç en l'àmbit de la comunicació lingüística per facilitar una bona prestació de serveis a les persones que no tinguin un domini suficient de les dues llengües oficials.
- Les empreses haurien de preveure un sistema de suport en els seus mecanismes presencials o telefònics d'atenció al ciutadà/client que pogués prestar un ajut addicional a totes les persones que manifestin problemes per entendre els tràmits administratius.

### II. PRINCIPI DE PROPORCIONALITAT I D'ABSÈNCIA D'ABÚS DE PODER EMPRESARIAL

#### 1. Bones pràctiques en l'exercici de l'activitat de les empreses i en l'absència d'abús de poder empresarial en la prestació o cancel·lació d'un servei

- Les empreses, en l'exercici de les seves activitats, estan sotmeses, entre d'altres, als principis d'idoneïtat i de proporcionalitat. Per tant, han de ponderar els beneficis i els perjudicis d'una actuació o una altra d'acord amb els interessos dels ciutadans/clients i no únicament amb els de l'empresa. Aquest principi és

especialment rellevant en les decisions de cancel·lació o baixa d'un servei i en les denúncies d'una empresa per possibles impagaments.

#### 2. Bones pràctiques relacionades amb l'ús de la força del personal de seguretat de les empreses

- Quan entra en conflicte l'exercici d'un dret fonamental i la protecció de la seguretat de l'empresa o dels ciutadans/usuaris, la resposta del personal encarregat de la seguretat ha de ser sempre proporcionada.

### III. IMPARCIALITAT I OBJECTIVITAT

#### 1. Bones pràctiques en l'exercici de l'activitat de control

- Les empreses han de procurar definir i fer públics els indicadors de qualitat dels serveis que permetin mesurar-los objectivament per facilitar el compliment del deure de vetllar pel bon funcionament d'aquests serveis.
- Les empreses han de vetllar perquè el seu personal no manifesti incompatibilitats ni pugui tenir conflictes d'interessos en el desenvolupament de les tasques que té encomanades.
- Les empreses haurien de procurar tenir òrgans de control de la gestió dels serveis adreçats als ciutadans/clients com més independents millor (aliens al comandament jeràrquic operatiu de l'empresa) i que fossin accessibles a les denúncies dels seus ciutadans/clients.

#### 2. Bones pràctiques en la prestació del servei

- Tots els pactes i els acords entre l'empresa i el ciutadà/client s'han d'establir per escrit i han d'estipular quins són els compromisos que pren l'empresa i quines són les contraprestacions que accepta el ciutadà/client. L'escrit ha de ser molt clar i concís per evitar al màxim interpretacions divergents.
- En cap cas els pactes i els acords entre l'empresa i el ciutadà/client poden establir contraprestacions, limitacions i excepcions que puguin ser considerades abusives pel ciutadà/client.

#### IV. CLAREDAT, ASSESSORAMENT I EXPECTATIVES LEGÍTIMES

##### 1. Bones pràctiques a l'hora d'informar sobre els drets dels ciutadans/clients i de la resta de la ciutadania

- L'empresa ha de donar informació i assessorament adequats al ciutadà/client sobre els seus drets i sobre els procediments que els afecten de manera clara i entenedora.
- Quan un ciutadà/client denuncia que ha patit perjudicis derivats d'una prestació deficient del servei, l'empresa l'ha d'informar de les actuacions i dels procediments que ha dut a terme, i també de la via i dels drets que l'emparen per reclamar indemnitzacions pels perjudicis que considera que ha patit.
- Quan un ciutadà que no és client de l'empresa denunciï que ha patit perjudicis derivats d'externalitats negatives en la prestació del servei, aquesta l'ha d'atendre i l'ha d'informar de les actuacions i dels procediments que ha dut a terme, i també de la via i dels drets que l'emparen per reclamar indemnitzacions pels perjudicis que considera que ha patit.

##### 2. Bones pràctiques a l'hora d'informar sobre els requisits procedimentals

- Les empreses han de redactar les comunicacions, les factures i els requeriments adreçats als ciutadans/clients amb un llenguatge entenedor i que no generi confusió a les persones destinatàries.
- Les empreses han d'informar i orientar les persones no solament sobre els requisits per sol·licitar els seus serveis, sinó sobre tots els aspectes tècnics derivats de la prestació del servei, i ho han de fer de manera senzilla i entenedora.

#### V. CORTESIA I BON TRACTE

##### 1. Bones pràctiques en el tracte dels ciutadans/clients que s'adrecen a l'empresa

- Els empleats de l'empresa han de tractar respectuosament els ciutadans/clients, tant en les comunicacions presencials com telefòniques o les que es facin per escrit.

- L'empresa ha de demanar disculpes, de manera proactiva (quan ho detecti) o de manera reactiva (quan hi hagi una queixa), si tracta de manera errònia els ciutadans/clients o els causa greuges amb la seva activitat per assegurar la recepció d'un servei de qualitat.

- L'empresa ha de demanar disculpes, de manera proactiva (quan ho detecti) o de manera reactiva (quan hi hagi una queixa), si causa greuges amb la seva activitat a ciutadans aliens a la prestació del servei.

- Per respondre correctament a les preguntes que formula el ciutadà/client, els empleats de l'empresa encarregats d'atendre-la han de tenir un nivell de formació i d'informació suficient i adequat.

- Els empleats de l'empresa, quan prestin serveis d'atenció al públic, s'han d'identificar de manera clara amb el nom, el cognom i el lloc que ocupen.

- Les empreses han d'assegurar que els seus clients/ciutadans tinguin un accés ràpid als empleats que tenen formació i informació per resoldre el seu dubte o problema. Han de posar tots els mitjans per assegurar que els canals intermedis (de persones o de filtres telefònics) siguin els mínims possibles.

##### 2. Bones pràctiques per garantir un tracte adequat a les circumstàncies personals

- L'empresa ha d'oferir un tracte adequat a les necessitats dels ciutadans/clients, d'acord amb les seves circumstàncies particulars. En aquest sentit, ha de fomentar mesures de formació específica per als professionals responsables de tractar amb els ciutadans/clients.

#### VI. DEURE DE RESPONDRE EXPRESSAMENT

##### 1. Bones pràctiques sobre el dret a la resposta expressa

- L'empresa ha de donar resposta escrita o oral a les qüestions que els ciutadans/clients i la resta de la ciutadania els plantegin. En cas que s'adrecin per escrit, la resposta també ha de ser per escrit, encara que abans es respongui per via telefònica per atendre de manera més ràpida la petició.

- La manca de competència o la incoherència de les peticions formulades no exonera l'empresa del deure de resposta, llevat dels casos en què es detecti una deliberada petició col·lectiva orientada a col·lapsar el sistema de resposta de l'empresa.

## 2. Bones pràctiques sobre els continguts de les respostes

- Les respostes expresses de l'empresa han de ser raonades, intel·ligibles i congruents amb les peticions o les al·legacions formulades per no causar indefensió ni inseguretat jurídica als ciutadans/clients que s'hi adrecen.

- L'empresa ha d'evitar que les respostes siguin estandarditzades, ja que això pot vulnerar el dret a una resposta congruent. Així mateix, les respostes han de tractar sobre l'aspecte concret que preocupa a la persona interessada.

## 3. Bones pràctiques sobre les respostes per mitjans electrònics

- Les peticions dels ciutadans/clients que s'adrecin per la via del correu electrònic s'han de respondre per aquesta via amb les mateixes garanties i tractament que si fossin per via escrita ordinària.

## VII. DRETS LINGÜÍSTICS

### 1. Bones pràctiques per garantir el dret d'ús de les llengües oficials

- Les empreses han de garantir l'ús de qualsevol de les llengües oficials en les seves relacions amb els ciutadans.
- La llengua de relació, la determina l'àmbit territorial on es presta el servei i no l'àmbit territorial on l'empresa té la seu.

### 2. Bones pràctiques en relació amb l'ús de les llengües no oficials

- Cal que les empreses facin un esforç en l'àmbit de comunicació lingüística per facilitar una bona prestació de serveis a les persones que no tinguin un domini suficient de les dues llengües oficials.

### 3. Bones pràctiques sobre la disponibilitat de mitjans per garantir els drets lingüístics

- Les empreses han d'evitar que es produeixin situacions que, per manca de previsió (impresos, formularis, programes informàtics, etc.), impedeixin a les persones adreçar-s'hi i ser ateses oralment i per escrit en la llengua oficial que triïn.

- Les empreses han d'exigir al seu personal la capacitat lingüística (oral i escrita) suficient en les llengües oficials que el faci apte per al compliment de les funcions pròpies del seu lloc de treball.

## VIII. ACUSAMENT DE RECEPCIÓ

### 1. Bones pràctiques a l'hora d'acusar recepció d'una sol·licitud

- L'empresa ha d'indicar, en l'acusament de recepció, el responsable d'oferir resposta.

- En el cas que el ciutadà/client adreci una sol·licitud a una unitat o òrgan no competent de l'empresa, aquesta l'ha d'adreçar automàticament a l'òrgan responsable i comunicar-ho a la persona interessada, en cas d'una possible demora en el temps de resposta.

## IX. DRET A SER CONSULTAT I INFORMAT

### 1. Bones pràctiques sobre el dret a ser prèviament consultat i informat en cas que l'empresa faci un canvi important en la prestació del servei

- Amb independència que li ho permeti la norma, l'empresa no pot dur a terme cap actuació de cancel·lació del servei o de modificació de les condicions contractuals, sense prèviament haver-ne informat el ciutadà/client, ni sense haver-se informat de la situació particular del ciutadà/client.

## X. TERMINI RAONABLE

### 1. Bones pràctiques per evitar demores procedimentals

- L'empresa ha d'esmerçar tots els mitjans per solucionar les incidències (suspensions en la prestació del servei, etc.) de la manera més ràpida possible que li permeti la tecnologia i més enllà dels terminis legals que tingui atribuïts.

- El sistema de cita prèvia perquè les persones s'adrecin als serveis d'atenció presencials de l'empresa ha de servir per millorar l'atenció, no per ajornar la presentació de sol·licituds per manca de mitjans i de personal.

- Cal aplicar el concepte de temps raonable en l'atenció telefònica dels ciutadans/clients. L'empresa ha d'implantar les mesures tecnològiques per detectar quan un ciutadà/client s'està un temps excessiu al telèfon o es posa en contacte successivament per via telefònica.

- L'empresa ha de resoldre en un termini raonable totes les sol·licituds d'acord amb l'ordre de recepció i ha de prioritzar determinades sol·licituds per motius justificats.

## XI. DEURE DE MOTIVACIÓ

### 1. Bones pràctiques sobre la suficiència de la motivació

- Les decisions i les resolucions de l'empresa s'han de motivar de manera clara i entenedora. Els arguments tècnics s'han d'explicar i redactar en un llenguatge planer i comprensible.

### 2. Bones pràctiques de motivació en l'exercici de la discrecionalitat de l'empresa

- L'empresa, en el cas que hagi d'escollir entre diverses opcions correctes i possibles, ha d'optar per la que consideri més beneficiosa per al ciutadà/client, llevat dels casos en què es lesionin els interessos d'altres ciutadans o en què es lesioni l'interès general.

- El criteri establert per la bona pràctica anterior s'ha d'incorporar al protocol d'actuació de l'empresa i s'ha d'aplicar el mateix criteri a futures o noves situacions iguals, amb independència que hi hagi una sol·licitud/queixa o no.

## XII. NOTIFICACIÓ DE LES DECISIONS I INDICACIÓ DE LA POSSIBILITAT DE RECÓRRER

### 1. Bones pràctiques sobre el contingut i la pràctica de les notificacions

- Quan l'empresa practiqui les notificacions ha d'emprar els mecanismes adequats que permetin que la persona destinatària conegui l'acte i estigui informada de com exercir el dret de defensa.

- Amb independència que li ho permeti la norma, l'empresa no pot dur a terme cap actuació de cancel·lació del servei o modificació de les condicions contractuals, sense prèviament haver-ne informat el ciutadà/client, ni sense haver-se informat de la seva situació particular.

- Un cop l'empresa ha intentat diferents mecanismes de contacte amb el ciutadà/client (telèfon, correu electrònic o visita al domicili) per expressar la decisió de cancel·lar un servei, s'ha d'optar per la utilització del correu postal (enviament de certificat amb justificant de recepció) i deixar un temps prudencial abans d'aplicar la mesura.

- En les notificacions l'empresa ha d'especificar la possibilitat que té la persona interessada d'impugnar la decisió o de revertir-la.

## XIII. PROTECCIÓ DE DADES PERSONALS

### 1. Bones pràctiques sobre la informació i el tractament de dades personals

- Totes les dades facilitades pels ciutadans/clients a l'empresa són confidencials i està totalment prohibit fer-ne un ús aliè al servei concret sol·licitat i acceptat per l'usuari.

- Les dades personals dels ciutadans/clients en poder de l'empresa s'haurien d'utilitzar d'una manera proactiva en la millora del servei.

- Les empreses haurien de preguntar als seus ciutadans/clients si volen que les seves dades siguin utilitzades per l'empresa per informar de nous serveis, ofertes i altres activitats de promoció comercial i de màrqueting.

- Quan siguin terceres empreses les que tractin dades personals incorporades als fitxers de les empreses principals, cal que el contracte estipuli expressament les mesures de seguretat i que assegurin que no s'utilitzin amb una finalitat diferent de la prevista en el contracte, ni que es comuniquin a altres empreses o persones.

- Les empreses no poden contactar de manera reiterativa amb els ciutadans en general, com a possibles clients, sigui per telèfon, correu postal o electrònic personalitzat o visita al domicili. Encara que les dades dels ciutadans/clients siguin públiques, s'ha de respectar la no-intromissió.

## XIV. ACCÉS A LA INFORMACIÓ

### 1. Bones pràctiques en la prestació del servei d'informació

- L'empresa ha d'informar suficientment els ciutadans/clients sobre els seus drets i deures en relació amb el servei prestat.
- L'empresa ha de ser proactiva en la difusió de la informació per evitar la demanda d'informacions, aclariments o reclamacions.
- Les empreses han de proporcionar informació amb caràcter previ (cartes de serveis), definir els objectius del servei i fixar un compromís amb els seus clients/ciutadans. Aquesta és una de les principals eines que permetran garantir la transparència en la prestació del servei.
- Les empreses han de garantir una informació i uns mecanismes de comunicació adequats a les necessitats dels ciutadans/clients en funció de les seves circumstàncies particulars.
- Les empreses han d'implantar fórmules per millorar la coordinació entre els seus departaments o empreses auxiliars que intervenen en un mateix servei o família de serveis amb l'objectiu que els ciutadans/clients no hagin de reiterar el lliurament de les seves dades personals.

## XV. DRET A LA REPARACIÓ

### 1. Bones pràctiques sobre els mecanismes de reparació

- Les empreses han de reparar de manera proactiva els danys ocasionats als ciutadans/clients en el mateix moment que detectin una mala prestació del servei, que ha de ser compensada.
- L'empresa no pot exigir un esforç probatori que no sigui raonable i vagi més enllà del que es pot considerar com a suficient i imprescindible.

## XVI. DRET A LA PARTICIPACIÓ

### 1. Bones pràctiques per fomentar la participació

- L'empresa ha de fomentar la participació dels ciutadans/clients en els processos de presa de decisions en matèries que els puguin afectar, per reforçar la legitimació de les actuacions empresarials i com a eina de prevenció i de resolució de conflictes.

## CODI DE BONES PRÀCTIQUES: CRITERIS

### I. CRITERIS EN LA PROMOCIÓ I LA COMERCIALIZACIÓ DEL SERVEI

- La comercialització i el màrqueting han d'estar regulats per uns estrictes codis deontològics que evitin manifestacions que puguin resultar ofensives per a una part dels ciutadans.
- La informació comercial de l'empresa s'ha de focalitzar en les especificitats, els avantatges i la qualitat dels seus serveis, i no ha ponderar elements que són accessoris encara que puguin ser impactants.
- Les empreses, quan fan publicitat dels seus serveis, han de reflectir de manera clara, visible i molt senzilla el preu, i evitar al màxim l'establiment de condicions i excepcions.

### II. CRITERIS EN LA CONTRACTACIÓ DEL SERVEI

- L'empresa ha de donar totes les facilitats perquè els ciutadans puguin contractar els seus serveis, amb un ampli ventall de sistemes de contractació, especialment en els casos de prestació de serveis que no operen en un sistema de competència.
- La rapidesa en els tràmits de contractació, juntament amb la garantia dels drets, és un criteri que s'ha de considerar essencial.
- La informació en el procés de contractació ha de ser clara, sintètica i molt senzilla, igual que el document que se signa com a contracte.
- Els contractes han d'establir regles molt clares en termes de condicions, qualitat i preus que evitin les excepcions o els aclariments.
- Els contractes han d'utilitzar un lèxic entenedor. Si s'utilitzen tecnicismes, se n'ha de posar el significat entre parèntesi i, en cap cas, poden induir a confusió.

- Quan els contractants fan de manera reiterada una pregunta, l'empresa, per iniciativa pròpia, ha d'introduir les millores necessàries perquè no calguin aquesta mena d'aclariments.

### III. CRITERIS EN LA PRESTACIÓ DEL SERVEI: PRODUCCIÓ

- Les empreses han de validar periòdicament el servei per mitjà de controls de qualitat i de satisfacció duts a terme per mitjà de comunicacions escrites i telefòniques als ciutadans/clients.
- Les empreses han de retornar les trucades fetes pels ciutadans/clients i que no han pogut ser ateses degudament per qüestions tècniques o perquè ha calgut una informació complementària que no ha fet possible la resolució de la petició del ciutadà/client, i evitar al màxim els temps d'espera innecessaris del ciutadà/client al telèfon.
- Quan el servei contractat no pugui satisfer el ciutadà/client en les condicions acordades, l'empresa ha de posar-se en contacte de manera directa i personalitzada amb el ciutadà/client per proposar-li les alternatives de les condicions del servei.
- Les empreses han d'informar puntualment els ciutadans/clients ja fidelitzats de les possibles promocions que l'empresa dugui a terme i que millorin la qualitat i el preu del servei contractat.
- Les empreses han de procurar una atenció personalitzada al ciutadà/client des d'una òptica de l'empresa amb la qual el ciutadà/client ha contractat el servei, evitant explicacions de caràcter organitzatiu i estructural de l'organització de l'empresa o de les seves formes de proveir el servei per justificar la manca de resolució del problema.
- Les empreses han de disposar de punts d'atenció personalitzada als ciutadans/clients, degudament distribuïts pel territori, amb independència de l'existència dels serveis d'atenció telemàtica. La informació sobre aquests punts de servei ha de ser visible en els seus mitjans de comunicació.
- Les empreses han de fer ben visible el número telefònic gratuït d'atenció i d'informació al ciutadà/client en els seus mitjans de comunicació amb els ciutadans/clients (factures, webs, etc.) per facilitar les reclamacions.
- La derivació de les trucades d'atenció al ciutadà/client ha de ser àgil i ràpida. En tot cas s'ha d'establir un sistema que permeti l'atenció personalitzada.

- Quan es produeixi una deficiència en el subministrament del servei, l'empresa ha de notificar al ciutadà/client que aquesta deficiència s'ha produït i informar-lo de seguida que aquesta es compensarà i en quines condicions.

### IV. CRITERIS EN LA PRESTACIÓ DEL SERVEI: FACTURACIÓ

- Les factures han de tenir una presentació molt senzilla, amb la informació bàsica que sigui de l'interès del ciutadà/client de forma clara i amb un telèfon de contacte per si requereix qualsevol aclariment.
- En cap cas no es poden facturar elements que no hagin estat objecte de contracte si no hi ha una informació prèvia al ciutadà/client i l'acceptació explícita d'aquest.
- Les queixes en matèria de facturació han de ser ateses de manera immediata. En cas que no es resolgui en un primer contacte s'ha d'identificar un responsable amb vista a posteriors contactes. Aquest responsable és qui s'ha de posar en contacte amb el ciutadà/client.
- Davant un error en la facturació del servei, les empreses, de manera proactiva, s'han de posar en contacte amb el client per informar-lo d'aquesta qüestió i explicar-li clarament la forma en què es modificarà el cobrament erroni.

### V. CRITERIS EN LA FINALITZACIÓ O SUSPENSÍO DEL SERVEI

- Els tràmits i les gestions per donar-se de baixa d'un servei han de ser tan ràpids i àgils com ho són per donar-se d'alta, i s'han de prioritzar els mitjans virtuals per sobre dels presencials.
- Els serveis només es poden donar de baixa un cop s'hagi informat el ciutadà/client i se'n tingui la conformitat. L'empresa ha d'esmerçar tots els esforços per contactar amb el client i informar-lo, i només de manera excepcional i extrema pot donar de baixa un servei sense informació prèvia i sempre que pugui demostrar que ha fet tots els intents possibles per contactar amb el ciutadà/client.



# LA DEFENSA DELS DRETS DELS CIUTADANS I DE LA BONA ADMINISTRACIÓ EN L'EXERCICI PRIVAT DE FUNCIONS PÚBLIQUES: EL PAPER DELS OMBUDSMEN EN EL MARC D'UNA SOCIETAT DECENT

## 1. Consideracions generals

### a. L'exercici per privats de funcions públiques i les privatitzacions i liberalitzacions

El fenomen de l'exercici per privats de funcions públiques, és a dir, en una primera aproximació, els supòsits en què “es reconeix a una persona privada la realització d'activitats administratives o la prestació de serveis públics per a tercers, en substitució o en comptes de l'Administració” (Sánchez Moron, 2011, p. 432), no és nou. Són ben coneguts els casos dels notaris i registradors, capitans de vaixell, concessionaris i contractistes, de les corporacions de dret públic, federacions esportives, i també de les empreses privades que actuen en el marc de serveis d'interès general o de les entitats col·laboradores dedicades a tasques d'inspecció i de control en àmbits industrials, mediambientals i d'altres, per posar-ne alguns exemples.

Els processos de privatitzacions i liberalitzacions desenvolupats a Espanya i en altres països, seguint els postulats impulsats per la Nova Gestió Pública, han fet que, a supòsits clàssics, se n'hi hagin afegits d'altres més recentment (el cas de les empreses que presten serveis liberalitzats). Així mateix, la crisi econòmica juntament amb l'aplicació de la Directiva 2006/123/CE i la legislació nacional que la transposa auguren un creixement dels supòsits d'externalització de funcions públiques en establir la substitució, com a regla general, dels règims de control administratiu previs mitjançant autoritzacions per actuacions d'inspecció i control posteriors a les comunicacions prèvies o declaracions responsables efectuades.

En aquest context, en aquest estudi es plantejarà el paper del dret públic modern davant d'aquesta evolució, i també la funció específica que, dins dels mecanismes de control de l'activitat administrativa, puguin desenvolupar els ombudsmen en general i,

utilitzant el cas específic català, el Síndic de Greuges, en particular.

Si bé la doctrina i la jurisprudència han prestat fins avui atenció als límits de la decisió de transferir funcions públiques a privats, han tingut menys desenvolupament les aproximacions a la qüestió sobre la classe de garanties dels drets dels ciutadans que es relacionen amb aquests privats, un cop produïda aquesta transferència, de manera que el nostre ordenament jurídic hauria d'establir, per satisfer, així mateix, el servei als interessos generals d'aquesta activitat.

Pel que fa a la decisió de transferir funcions públiques a privats, encara que aquest no sigui l'objecte del nostre estudi, cal destacar que si bé és problemàtic trobar una reserva constitucional d'activitats per a les administracions públiques (Canals, 307, 309), sí que és possible extreure de l'ordenament jurídic espanyol, segons la nostra opinió, “un principi general de rang legal: el dret administratiu és el dret comú de les administracions públiques i s'ha d'aplicar sempre que hi hagi un exercici de potestats administratives, fins i tot per part de privats, supòsit en el qual el dret privat ha de quedar desplaçat”, ja que “[...] d'acord amb la legislació vigent, sembla que hi ha un principi general segons el qual les decisions unilaterals que suposen l'exercici d'autoritat o de potestats administratives corresponen, en exclusiva, a les administracions públiques que les adoptaran d'acord amb regles i principis propis del dret administratiu. Només excepcionalment es permet que privats exerceixin funcions públiques d'aquest tipus i quan ho fan “se'ls haurà d'aplicar igualment el dret administratiu quan desenvolupin potestats” (Ponce, 1999, p. 1.255 i 1.259).

Deixant de banda l'afirmació final, que constituirà el nucli d'aquest estudi, ara només cal posar en relleu que la regla general legal es podria formular de la manera següent: allà on hi ha exercici de potestat, hi ha d'haver

administració pública i un dret administratiu que guïi i limiti aquest exercici, en garantia dels drets dels ciutadans i de l'interès general. Però noteu que diem que és una regla que es pot induir en el nivell legal, no constitucional, i que és general o de principi, ja que coneix excepcions, en la mesura que hi ha funcions públiques amb exercici d'autoritat que són exercides, fora de l'organització administrativa, per privats mitjançant una atribució normativa, la qual cosa Canals (2003, p. 309 i seg.) creu hauria de ser de rang de llei, amb arguments molt raonables, encara que a la pràctica això no sigui sempre així.

Doncs bé, davant d'aquesta situació, si bé tradicionalment la garantia dels drets dels ciutadans i de l'interès general ha estat exigida a les administracions pel dret públic, quan el sector públic delega la prestació de serveis públics o funcions públiques a privats, les persones afectades per decisions privades podrien al·legar drets propis del dret públic i reaccionar de la mateixa manera que ho haurien fet davant una actuació de l'Administració? (Hoehn, 2011). Quina és la situació en el cas espanyol i quines propostes de millora es podrien formular, si escau?

Per referir-me a aquestes i altres qüestions vinculades, organitzaré el meu estudi de la manera següent. Primer exposaré com els privats que exerceixen funcions públiques evidentment poden prendre decisions que afectin adversament els ciutadans. Després abordaré si el dret privat pot, per compte seu i en solitari, oferir una protecció adequada dels interessos públics, dels drets constitucionals, estatutaris i legals (entre els quals hi ha el de bona administració) i dels principis generals del dret implicats en l'exercici per privats de funcions públiques. Avançant la meva conclusió negativa ara, més endavant entraré a considerar quines garanties de la bona administració i d'altres drets, i també dels interessos generals, hauria d'establir el marc legal espanyol i que no estableix actualment.

Entre aquestes garanties, a la segona part de l'estudi, analitzaré específicament el paper dels ombudsmen i analitzaré la tasca conferida pel legislador al defensor català per a la supervisió de privats que exerceixen funcions públiques. Finalment, com a conseqüència de les reflexions prèvies, reuniré un conjunt d'idees finals, entre les quals inclouré l'aparent acostament progressiu de les maneres de control dels sectors públic i privat, i l'intercanvi, amb adaptacions de mecanismes similars de rendició

de comptes, la qual cosa sembla clara quan el sector privat exerceix funcions públiques. En definitiva, les privatitzacions i liberalitzacions no suposen una reducció del paper del dret administratiu, sinó una redefinició d'aquest perquè la seva *vis expansiva* (Cueto, 2008, p. 214) hagi de penetrar (moduladament, i aquí hi ha el repte) en les relacions entre privats en garantia dels drets dels ciutadans i de l'interès general.

## **b. Drets humans i absència de dominació en les societats decents**

Decisions adoptades per empreses privades (en qualitat de contractistes, prestadores d'un servei d'interès general, col·laboradores en tasques d'inspecció, control i certificació, per exemple) sobre l'accés i ús d'un servei públic (prestacions sanitàries, adjudicació d'habitatges socials, accés al transport públic, etc.), decisions sobre l'accés, la suspensió i la cessació del subministrament de serveis d'interès general bàsics per a la vida (energia elèctrica, telecomunicacions, etc.), decisions sobre la capacitat de certs béns i activitats de desenvolupar la seva funció sense riscos per a l'interès general (inspecció tècnica de vehicles, certificacions ambientals, etc.) poden tenir una incidència en els drets dels ciutadans (no-discriminació, llibertat d'empresa, continuïtat del servei, bona administració, etc.) i vulnerar principis generals del dret que regulen l'exercici del poder (decisiones irracionals i no justificades que vulneren el principi d'interdicció de l'arbitrarietat, mesures desproporcionades que vulneren drets havent-hi alternatives menys restrictives, etc.).

No sembla necessari insistir en una cosa evident: els drets i els interessos dels ciutadans es poden veure afectats no només per decisions i actuacions d'administracions públiques, sinó també per les de privats, els quals "a causa dels seus músculs econòmics, poden estar en una posició de prendre decisions que en el moment actual no estan subjectes a escrutini i que podrien ser injustes o afectar adversament l'interès públic" (Woolf, 1986).

El Consell d'Europa ha estat sensible a aquesta situació. En la resolució 1757 de 2010, sobre drets humans i empreses, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, citant una recomanació anterior a la 1858 (2009), relativa a les empreses militars, de seguretat i ordre públic i l'erosió del monopoli de l'Estat en l'ús de la força, ha destacat que "mentre la responsabilitat de protegir éssers humans és principalment dels mateixos estats, les empreses també tenen responsabilitats en aquest àmbit, especialment allà on els estats

hagin privatitzat funcions públiques clàssiques com ara alguns àmbits com les agències de l'ordre públic o militars. L'Assemblea Parlamentària insta a omplir aquest buit legal [...]."<sup>1</sup>

En l'informe del senyor Haibach del Comitè d'Afers Legals i Drets Humans que va precedir l'aprovació de la recomanació de 2010 es destaca que en les darreres dècades els governs han privatitzat de manera creixent funcions que tradicionalment pertanyien a l'Estat com ara el compliment de la llei, la sanitat, l'educació i les telecomunicacions. En alguns casos això ha conduït al que el professor Clapham, citat en l'informe, descriu com "l'evaporació de controls que estaven establerts en els sectors per assegurar el respecte dels drets civils i polítics."<sup>2</sup>

S'han de recuperar aquests controls? Com fer-ho? Quant a la primera qüestió, no hi ha dubte que és peremptori dissenyar controls eficaços dels privats que exerceixen funcions públiques. Ens hi juguem els drets dels ciutadans i la seva dignitat com a integrants d'unes societats decents que, per ser-ho, tenen com a condició necessària aquest respecte (Margalit, 1997), tal com assenyalava la Constitució espanyola (en endavant CE) en l'article 10.1, quan indica que "la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la Llei i als drets dels altres són el fonament de l'ordre polític i de la pau social". No es pot parlar seriosament de llibertat dels ciutadans si aquests estan dominats, és a dir, sotmesos a una possible interferència arbitrària, com ara no tenir en compte els interessos i les idees de la persona que pateix aquesta interferència, portada a terme sigui per una instància pública, sigui per una instància privada (Petit, 1997).

Però, com recuperar o, si s'escau, enfortir aquests controls en sectors transferits al sector privat i en altres casos en què privats exerceixen funcions públiques?

### **c. Dret públic i dret privat en la protecció dels interessos generals, dels drets constitucionals i de la bona administració quan hi ha un exercici privat de funcions públiques**

En l'establiment de controls jurídics que garanteixin els drets i els interessos dels ciutadans, i la seva

dignitat i llibertat, i el servei als interessos generals, quin paper correspon al dret privat i al dret públic?

Abans que res, correspon assenyalar la difuminació progressiva de les rígides fronteres entre l'un i l'altre, en el sentit que el primer s'aplica al sector públic sovint, mentre que el segon, com raonarem, s'hauria d'aplicar de manera creixent a un sector privat que cada vegada més exerceix funcions públiques. Dit això, creiem que la mera aplicació del dret privat és insuficient per garantir els drets constitucionals, estatutaris i legals implicats en la transferència de l'exercici de funcions públiques al sector privat.

En primer lloc, cal destacar que encara que sigui una empresa privada la que presti serveis públics o serveis qualificats d'interès general o acompleixi tasques de control, inspecció o certificació, continuen presents i vigents els drets constitucionals, estatutaris i legals atorgats per l'ordenament als ciutadans. Recordem que l'article 9.1 també vincula els privats en el respecte de la constitució i que, per exemple, l'article 37.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya assenyalava que els drets que reconeix "vinculen, a més dels poders públics [...] i, d'acord amb la naturalesa de cada dret, els particulars". Ens movem, doncs, en l'àmbit de l'eficàcia dels drets reconeguts pel dret públic entre particulars. Els consumidors no deixen de ser ciutadans quan qui exerceix el poder és una entitat privada, de manera que aquesta no pot discriminar-los.

L'aplicació del contracte entre les parts privades, quan n'hi hagi, no pot desconèixer aquests drets constitucionals i estatutaris. És cert que part dels drets dels ciutadans/consumidors poden ser protegits per la regulació dels drets dels consumidors i usuaris (Reial decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, vegeu-ne l'article 8, o Llei catalana 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya). Però només una part: quan el ciutadà/consumidor/usuari s'enfronta a la presa de decisions per l'altra part contractant en exercici de poder públic delegat d'una manera o una altra per l'Administració, la regulació de consum (malgrat que pot ser reforçada en aquest punt<sup>3</sup>) i el mateix contracte apareixen, en opinió nostra, com a insuficients, perquè són inadequats per protegir drets i principis de l'exercici del poder. Aquesta és la raó de ser del dret

<sup>1</sup> <http://assembly.coe.int/Main.asp?enllaç=/Documents/AdoptedText/ta10/ETS1757.htm>.

<sup>2</sup> La traducció de l'anglès és meua. Aquest informe es pot consultar a: <http://assembly.coe.int/Main.asp?enllaç=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12361.htm>.

<sup>3</sup> Cal tenir en compte el Projecte de llei pel qual es regulen els serveis d'atenció al client destinats als consumidors i usuaris (BOCG, 10 de juny de 2011, núm. 131-1), que parteix de la constatació expressada en l'exposició de motius que "amb tot, la normativa vigent no sembla que hagi aconseguit el resultat perseguit. La pràctica administrativa en la gestió de les queixes o reclamacions dels consumidors i usuaris revela que hi ha un element comú en la major part d'aquestes queixes, manifestat a través d'un creixent descontentament quant a l'atenció al client". Amb aquest projecte es pretén, segons l'article 1, "establir els paràmetres mínims obligatoris de qualitat dels serveis d'atenció al client" en determinats sectors inclosos en l'article 2 ("sectors de serveis de subministraments d'aigua, gas i electricitat, serveis de transport de viatgers, serveis postals, mitjans audiovisuals d'accés condicional i serveis de comunicacions electròniques") i establir diverses obligacions jurídiques de les empreses privades referides, per exemple, al termini de resolució de queixes (art. 16).

administratiu, el qual, al llarg de segles, ha dissenyat mecanismes per limitar i guiar l'exercici correcte del poder públic. Ni la legislació de consum ni els contractes s'ocupen de limitar l'exercici arbitrari o desproporcionat, sense procediment ni motivació deguts, dels poders del privat per decidir sobre l'accés, la suspensió o el cessament del subministrament, entre d'altres.

Doncs bé, quan aquest exercici és desenvolupat per privats, no hi ha cap raó per no aplicar els mecanismes treballats dissenyats pel dret públic al llarg de centenars d'anys, encara que s'hagi d'evitar tota translació automàtica que no tingui en compte el context de l'àmbit privat, on són presents l'autonomia de la voluntat i la possibilitat que té el ciutadà/consumidor/usuari d'escollir entre diverses empreses en competència. Ben al contrari, hi ha poderoses raons derivades de l'Estat de dret perquè el dret administratiu (adaptat en el que sigui necessari) continuï com una ombra en l'exercici de potestats públiques.

Aquestes raons poderoses comencen en la mateixa Constitució, en la qual, si bé no es pot identificar una reserva constitucional de certes tasques per a l'Administració, sí que es pot trobar una reserva constitucional de procediment, fonamentació i justificació per al supòsit d'exercici de potestats públiques, sigui quin en sigui l'exercent, d'acord amb principis constitucionals de bona administració com ara la manca d'arbitrarietat, la proporcionalitat, la imparcialitat o l'objectivitat (art. 1.1, clàusula d'estat de dret d'on la jurisprudència deriva el principi de proporcionalitat; 9.3, interdicció de l'arbitrarietat; 103, imparcialitat i objectivitat, i 105 CE, Ponce, 2001; Cueto, 2008, p. 36 en el mateix sentit).

Desgraciadament, fins ara, el legislador general i sectorial no ha estat gaire atent a acompanyar la transferència de funcions públiques amb un disseny de control i orientació del poder derivat del dret administratiu. Cueto ha estudiat amb atenció les diferents expressions actuals de l'exercici per privats de funcions públiques i la seva regulació sectorial, i arriba a la conclusió següent: "L'aplicació del procediment administratiu per subjectes privats quan exerceixen funcions públiques o quan porten a terme activitats d'interès general pràcticament ni s'ha plantejat, encara que en alguns casos s'estableixen algunes garanties mínimes en la normativa quan ens trobem amb l'exercici d'aquestes funcions públiques

o davant la prestació de serveis essencials", tot i que "[...] no hi ha cap justificació perquè l'exercici d'aquestes funcions públiques no vagi acompanyat de les mateixes garanties que quan les exerceixen les administracions de manera directa, perquè no oblidem que totes podrien ser assumides per la mateixa Administració". Malgrat això, el legislador només ha establert, i no sempre, uns "pseudoprocédiments" que intenten salvaguardar mínimament la posició del particular, però el cert és que les regulacions són disperses, en intensitat i en formes, i el tractament jurisprudencial, escàs i oscil·lant" (Cueto, 2008, p. 38,39 i 41).

La legislació més recent ha fet passos en la direcció correcta, com posen en relleu, per exemple, la regulació de les entitats col·laboradores en la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (Títol VIII, "Potestats d'inspecció i de control", capítol II, articles 91-101), i també la possibilitat de control per part del Síndic de Greuges de Catalunya, a la qual dedicarem la segona part d'aquest estudi. En termes generals, però, i en la llei catalana al·ludida, continua sent insuficient el tractament normatiu d'aquesta qüestió. En el cas de la Llei catalana 26/2010 (en endavant LRJPAC), en opinió nostra, la regulació no s'hauria de cenyir tan sols a les tasques de control i inspecció de les denominades entitats col·laboradores, sinó que, amb caràcter general, hauria d'incloure un estatut de tot privat que exerceixi qualsevol funció pública. La mateixa absència de tractament transversal i global es pot trobar en altres normes autonòmiques recents.

Més encara, atès el paper de l'article 149.1.18 de la CE en la distribució de competències en aquesta matèria, aquesta regulació hauria de ser no només general, sinó també comuna estatal (Ponce, 2001). Per a això, es podria plantejar de *lege ferenda* diverses opcions legislatives per omplir la llacuna jurídica existent actualment. Una podria ser incloure els privats que exerceixen funcions públiques en l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LRJPAC (art. 2), aplicant directament (i modulant, quan sigui necessari en cada capítol) les exigències ja previstes per a l'exercici de funcions públiques per les administracions. Una altra opció seria emprar la mateixa fórmula utilitzada en la disposició addicional segona per a les corporacions de dret públic, és a dir, l'aplicació subsidiària de la LRJPAC a falta de legislació sectorial específica. Una tercera possibilitat

seria generar un títol específic de la llei (com ha fet la llei catalana) que aplegui (a diferència d'aquesta) tots els supòsits d'exercici privat de funcions públiques i que els reguli de manera general i transversal.

Ara bé, sigui quina sigui la fórmula utilitzada, en aquests casos, la normativa hauria de fer valer els requisits vinculats als principis constitucionals de bona administració, d'imparcialitat i objectivitat (abstenció, recusació, incompatibilitats, conflictes d'interessos, mandat de ponderació diligent del dret, els interessos i fets tinguts en compte en la presa de la decisió, contradicció, etc.) i interdicció de l'arbitrarietat (fonamentació i motivació suficient i racional de les decisions); principi de proporcionalitat (vegeu l'article 39.1 bis de la LRJPAC); i fixació dels drets dels ciutadans en el cas d'exercici de funcions públiques (estenen, si s'escau, moduladament, les obligacions de l'article 35 la LRJPAC als privats), com a mínim (per al cas dels EUA vegeu Aman, 1999, 13 i 14, que propugna l'extensió, modulada, de l'Administrative Procedure Act de 1946 als supòsits de privats que exerceixen funcions públiques; per a Espanya, vegeu la proposta de Cueto, 2008, p. 40 i 41).

En tot cas, cal, i així es fa de manera freqüent sectorialment i també en la Llei catalana 26/2010, tot i que només per al cas de les entitats col·laboradores, reconduir les discrepàncies entre el ciutadà/consumidor/usuari i el prestador dels serveis/funcions públiques a una decisió final de l'Administració mitjançant el recurs oportú. Però aquesta previsió és insuficient si no s'estableixen els paràmetres, els estàndards jurídics mínims de fonamentació i justificació d'acord amb els quals l'Administració resoldrà la reclamació (bé per falta de contradicció en la presa de la decisió, per absència de motivació, per incompliment d'obligacions de permetre accés a l'expedient, etc.) i d'acord amb els quals ha resoldre, si s'escau, el conflicte judicial que es pugui suscitar (article 2.d de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa<sup>4</sup>) i el possible recurs d'empara per vulneració de drets fonamentals, si n'hi ha (pensem, per exemple, en una justificació de l'actuació de l'operador privat que sigui discriminatòria, amb vulneració de l'article 14 de la CE). Com és

sabut, el Tribunal Constitucional salva processalment la impossibilitat d'acceptar recursos d'empara davant de violacions de drets constitucionals per privats mitjançant l'expedient d'atribuir aquesta violació als òrgans judicials que no l'han remeiat (STC 18/1984, FJ 6, STC 51/1988, FJ 1, o STC 129/1989, FJ 2).

Això, a més, esdevé crucial en el cas de les entitats col·laboradores que ofereixen el seu *know how* tècnic a l'Administració, ja que si assumim, com diu Canals, que en la resolució d'aquests recursos d'alçada impropis l'Administració no podrà entrar a controlar el fons de l'assumpte, sinó únicament qüestions vinculades a la presa de la decisió (ens resistim a dir-ne *formals*, ja que tenen a veure amb la fonamentació i justificació i, per tant, en definitiva, indirectament però indissolublement, amb el fons de l'assumpte), i només establint clarament aquests estàndards procedimentals i de motivació la defensa del ciutadà davant de l'arbitrarietat privada podrà tenir alguna garantia d'èxit.

En conclusió, l'exercici per privats de funcions públiques demana una regulació específica del procediment de presa de decisions, de la motivació d'aquestes i dels principis de control de l'exercici privat de poder. No hi ha una regulació d'aquest tipus de manera completa ni tan sols de caràcter bàsic estatal.

Aquesta deficiència normativa actual, posada en relleu, i esperem que solucionable en el futur, condiona els possibles controls que es puguin efectuar avui dia a Espanya i en altres països, incloent-hi el que puguin dur a terme els ombudsmen, com s'argumentarà a continuació. Però, alhora, atorga a aquests últims la possibilitat d'estendre el regne del control de l'arbitrarietat i de la bona administració a espais ocupats per privats que exerceixen poders públics, com s'exposarà com a continuació.

## 2. Possibilitats i límits del control per part dels defensors: l'exemple del Síndic de Greuges

La preocupació per la protecció dels drets dels ciutadans quan aquests es relacionen amb privats que exerceixen poder públic s'estén internacionalment. En relació amb el paper

<sup>4</sup> La jurisdicció contenciosa coneix "els actes administratius de control o fiscalització dictats per l'Administració concedent, respecte dels dictats pels concessionaris dels serveis públics que impliquin l'exercici de potestats administratives que els hagin estat conferides, i també els actes dels mateixos concessionaris quan s'hi pugui recórrer en contra directament davant aquest ordre jurisdiccional d'acord amb la legislació sectorial corresponent."

del dret administratiu i dels ombudsmen, aquesta asseveració és confirmada, per exemple, amb la celebració de la Conferència Mundial de l'Institut Internacional de l'Ombudsman (IOI) el juny de 2009, que va aplegar 340 delegats i observadors de més de 90 països, amb intervencions del que havia estat secretari general de les Nacions Unides, Kofi A. Annan, i el Comissionat de Nacions Unides per als Drets Humans<sup>5</sup>. Durant la conferència esmentada, es va desenvolupar un grup de treball específic sobre el paper dels defensors fora del sector públic. En aquest treball, es va assenyalar que l'habilitat del dret administratiu per respondre a l'exercici del poder públic per part d'ens no integrats al sector públic dependrà en gran mesura que pugui superar les limitacions imposades per la dicotomia públic-privat (Malik, 2009).

Doncs bé, un exemple d'aquesta extensió del dret públic –que no hem de circumscriure només a la regulació del control judicial de la jurisdicció contenciosa administrativa, com és evident– es produeix en l'ordenament jurídic espanyol, concretament en la regulació del paper del defensor del poble català.

#### a. L'article 78 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i l'article 26 de la Llei 24/2009, del Síndic de Greuges

Com ja avançàvem, en el lent i laboriós avenç de limitar l'arbitrarietat privada en l'exercici de poders públics i guiar-ne la bona administració, cal destacar la novetat que suposen a Catalunya l'article 78.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) i la Llei del Síndic que el desplega.

L'article 78.1 de l'EAC assenyala el següent:

“El Síndic de Greuges té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats reconeguts per la Constitució i aquest Estatut. Amb aquesta finalitat supervisa, amb caràcter exclusiu, l'activitat de l'Administració de la Generalitat, la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen, la de les empreses privades que gestionen serveis públics o acompleixen activitats d'interès general o universal o activitats equivalents de manera concertada o indirecta i la de les altres persones amb vincle contractual amb l'Administració de la

Generalitat i amb les entitats públiques que en depenen. També supervisa l'activitat de l'Administració local de Catalunya i la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen.”

Per la seva banda, l'article 26 de la Llei del Síndic estableix que:

“Article 26. Subjectes sotmesos a supervisió

El Síndic de Greuges supervisa, en exercici de les seves competències, l'activitat dels subjectes següents:

d. Les empreses privades que gestionin serveis públics o portin a terme, per mitjà de concert o concessió, activitats d'interès general o universal o activitats equivalents, i les altres persones vinculades contractualment amb l'Administració de la Generalitat o amb les entitats públiques que en depenen, en els termes que estableix l'article 78.1 de l'Estatut.”

Una lectura dels últims informes presentats pel Síndic al Parlament de Catalunya des de l'aprovació de l'EAC mostra que, en l'àmbit del consum, les actuacions referides a serveis públics privatitzats o serveis d'interès general (únic cas d'exercici per privats de funcions públiques que es fa constar explícitament) demostren que som lluny de tractar una qüestió merament teòrica: el 2007 es van registrar 237 actuacions (sobre un global de 461); el 2008, 202 actuacions (sobre un global de 471); el 2009, 199 (sobre 381); el 2010, 157 (sobre 419) , i el 2011, 157 (sobre 391).

La lectura dels dos preceptes transcrits ens descobreix lleugeres variacions en la Llei respecte de l'EAC, i també un ús profús de terminologia jurídica (serveis públics, concert, concessió, activitats d'interès general o universal) i una clàusula final que supera formalismes i rigideses i es refereix a “activitats equivalents”. Convé prestar atenció a algunes d'aquestes qüestions.

1. En l'àmbit prestacional, l'EAC i la Llei es refereixen a “empreses privades que gestionin serveis públics”. Sembla clara la referència als ben coneguts supòsits de gestió indirecta de serveis públics mitjançant contracte, previstos actualment en l'article 277 de la Llei de contractes del sector públic.

<sup>5</sup> Els documents a què fa referència aquesta conferència estan disponibles a: <http://www.theioi.org/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>

2. Així mateix, també es refereixen a empreses privades que portin a terme activitats d'interès general o universal i que ho facin per mitjà de concert o concessió.

a. Quant a les activitats d'interès general, de la literalitat del precepte sembla que se'n desprèn que qualsevol empresa privada que acompleixi una activitat amb algun grau d'interès general podria entrar dins de la supervisió del Síndic (la qual cosa suposaria supervisar des d'una petita empresa que rep una subvenció fins als denominats *serveis públics impropis*, és a dir, l'activitat merament privada però que, atesa la seva rellevància per a l'interès general, es troba sotmesa a un règim jurídic singular, en el sentit d'estar intensament sotmesa a la intervenció pública, com històricament han estat considerats els serveis de taxi i farmàcia, per exemple).

Ara bé, des d'una interpretació sistemàtica i teleològica del precepte (art. 3.1 Codi civil), l'adjectiu que acompanya el tipus d'activitat ("o universal") i el fet que la supervisió té sentit per "protegir i defensar els drets i les llibertats reconeguts per la Constitució i aquest Estatut", ens fan pensar que potser el legislador pensava en els denominats *serveis d'interès (econòmic) general* i, dins d'aquests, en els denominats *serveis universals*, la qual cosa sembla que té més sentit.

Com és sabut, en el marc de la Unió Europea el procés de liberalització dels serveis públics ha donat lloc a un debat, encara inconclús, sobre les exigències d'interès general dels ciutadans en relació amb els serveis liberalitzats. Al fil d'aquest debat, s'ha elaborat una doctrina sobre els serveis d'interès general, els fonaments de la qual es poden trobar en diversos documents de la Comissió sobre els serveis d'interès general a Europa.<sup>6</sup> En aquests documents es parteix de la idea que els serveis d'interès general són un element essencial del model europeu de societat; idea que s'ha traslladat a diverses normes jurídiques, com ara l'article 14 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant TFUE) o l'article 36 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea.

La comprensió adequada del concepte de *serveis d'interès general* i de *serveis d'interès econòmic general*, atès que les dues expressions són utilitzades amb significats, com veurem, no exactament idèntics, suposa partir de la

regulació comunitària de la lliure competència econòmica i de les seves excepcions. La Unió Europea admet tant la titularitat pública com privada de les empreses (article 345 del TFUE). Tot i així, alhora, l'ordenament comunitari imposa, com a regla general, la impossibilitat que els estats membres puguin dispensar a les empreses públiques un tracte de favor que distorsioni la lliure competència, per la qual cosa no poden atribuir-los drets, poders o prerrogatives exorbitants, encara que tinguin com a finalitat el benefici dels ciutadans o usuaris. A això es refereix l'article 106.1 del TFUE.

El TFUE admet excepcions, privilegis o prerrogatives, fins i tot amb afectació de la lliure competència amb les empreses privades, quan sigui necessari per garantir la prestació d'aquests serveis d'interès econòmic general, possibilitat confirmada per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (en endavant TJCE) quan ha estat cridat a pronunciar-se sobre la qüestió.

D'aquí ve la importància de precisar quins són aquests serveis. Tot i que es tracta d'una qüestió en evolució constant, l'annex I del *Llibre blanc sobre els serveis d'interès general de 2004* conté una sèrie de definicions de termes amb l'ànim de contribuir a desfer malentesos en el debat europeu provocats per "les divergències terminològiques, la confusió semàntica i les diverses tradicions existents en els estats membres".

En conseqüència, d'acord amb aquesta guia terminològica i la jurisprudència existent del TJCE, els serveis d'interès general són els serveis i les activitats que les autoritats públiques consideren d'interès general per la seva rellevància (recordem, entre altres aspectes, el respecte a la cohesió territorial i social, i la garantia de drets bàsics), que, subjectes o no a una disciplina de mercat, estan sotmesos a obligacions específiques de servei públic i de servei universal, ja que, en tot cas, hi ha una responsabilitat pública en garantia de l'interès general.

Aquestes obligacions poden ser molt diverses i fer referència a diversos aspectes com, per exemple, estàndards de qualitat del servei, creació i manteniment de certes infraestructures, límits tarifaris, garanties d'accés al servei a

<sup>6</sup> 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.

persones amb discapacitats, garanties per a consumidors i usuaris, etc. Aquestes obligacions poden venir imposades per la normativa europea o nacional, amb una clara inspiració en el model nord-americà de les *public utilities*.

Per la seva banda, els serveis d'interès econòmic general són aquells serveis d'interès general que consisteixen en una dació de béns o serveis al mercat (entre els quals hi ha els grans serveis econòmics de xarxes, com ara el transport, els serveis postals, l'energia o les telecomunicacions i tots els altres amb exigències d'interès públic semblants, deduïdes de la normativa europea o nacional, sota control, és clar, del TJCE). En canvi, els serveis d'interès general no econòmics són aquells en què predomina una finalitat de naturalesa cívica o social, per damunt de la lucrativa, íntimament vinculada a la solidaritat i a la ciutadania, i que es relacionen amb el que en diversos estats membres, entre els quals Espanya, s'ha considerat històricament com a serveis públics. De la jurisprudència del TJCE i dels pronunciaments de la Comissió (entre els quals hi ha la comunicació esmentada de 2006, si bé no de manera conclouent i en un procés d'evolució i redefinició contínues), se'n desprèn que podrien formar part d'aquesta categoria els serveis educatius, sanitaris, de seguretat social o d'habitatge social, si bé encara hi ha una certa confusió entre diversos pronunciaments de la mateixa Comissió Europea, respecte a la possible consideració de l'habitatge social com un servei d'interès general econòmic.

Una expressió de tots aquests fenòmens en la legislació espanyola es troba en diverses declaracions legals de determinats serveis, anteriorment sotmesos a monopoli públic, i en el marc de les liberalitzacions sectorials, freqüentment, com a serveis d'interès general. És el cas, per exemple, de diverses lleis estatals, com ara la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del servei postal universal, dels drets dels usuaris i del mercat postal, l'article 2 de la qual estableix que "els serveis postals són serveis d'interès econòmic general que es presten en règim de lliure competència".

També és el cas, en l'àmbit autonòmic, de diverses lleis, com ara la Llei catalana 2/1997, de 3 d'abril, que declara els serveis funeraris com a "servei essencial d'interès general" prestat "en règim de concurrència" (article 1.1). De la mateixa manera, la Llei catalana 4/2006, de 31 de març, ferroviària, assenyala que el transport ferroviari és "un servei d'interès general que es

presta, en principi, en règim de lliure concurrència" (article 31.1 i 2).

La fortuna d'aquesta terminologia en l'ordenament jurídic espanyol, de clara arrel comunitària, també es pot trobar en lleis aplicables a sectors al marge d'aquests fenòmens de liberalització, com ara la Llei 40/2003, de 18 de novembre, de protecció de les famílies nombroses, l'article 13 de la qual es titula "serveis d'interès general" i al·ludeix a l'activitat de l'Administració general de l'Estat, a fi que els prestadors de serveis o activitats d'interès general "subjectes a obligacions pròpies del servei públic" concedeixin un tracte més favorable als membres de famílies nombroses o la Llei catalana 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, l'article 4.1 de la qual assenyala que "el conjunt d'activitats vinculades amb la provisió d'habitatges destinades a polítiques socials es configura com un servei d'interès general per assegurar un habitatge digne i adequat per a tots els ciutadans".

Pel que fa a les conseqüències de considerar una activitat com a servei d'interès (econòmic) general, aquestes estan vinculades a la possibilitat de exceptuar les regles de la lliure competència (article 106.2 TFUE) i d'establir regulacions en garantia de l'interès general, les ja al·ludides obligacions de servei públic i servei universal. Ara, a més, aquestes activitats quedarien sota la supervisió del defensor a Catalunya, d'acord amb la interpretació proposada.

b) Ara bé, el fet que el Síndic supervisi l'activitat d'empreses privades quan tal activitat estigui qualificada com a servei d'interès (econòmic) general no significa que el Síndic hagi de supervisar tota l'activitat de l'empresa privada i totes les relacions d'aquesta amb els seus clients. La raó de ser del dret públic i del control dels ombudsmen (és a dir, com diu l'article 78 de l'EAC, "protegir i defensar els drets i les llibertats reconeguts per la Constitució i aquest Estatut") suposa que el Síndic s'hagi de limitar a supervisar les decisions i actuacions privades que suposin exercici de poder i perjudiquin els drets ciutadans.

Decisions com ara l'admissió en l'ús del servei, la suspensió o el tall del subministrament, la denegació de la prestació d'obligacions de servei públic i/o universals són àmbits en què hi ha exercici per privats de funcions públiques i en què la supervisió adquireix el seu sentit en garantia de l'usuari/ciutadà i del respecte dels principis generals que regulen la prestació dels



serveis públics i els serveis d'interès general (continuitat, mutabilitat, igualtat, qualitat, assequibilitat).

El Síndic pot tenir un paper interessant a l'hora de vetllar per la continuïtat del servei, la vulneració de la qual pot suposar una afectació de drets constitucionals i estatutaris de les persones; per la mutabilitat i el compliment de les obligacions de qualitat i seguretat i de servei públic en sectors com l'elèctric (articles 10 i 48.3 de la Llei 54/1997, de 27 novembre, del sector elèctric), el postal o el de telecomunicacions (article 22.5 Llei 43/2010, de 30 de desembre, del servei postal universal, dels drets dels usuaris i del mercat postal, i article 25 de la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions); per la inexistència de discriminacions; i també a l'hora de supervisar que es compleix la clàusula de progrés que garanteix als ciutadans la prestació en condicions adequades (article 48.1 Llei del sector elèctric); i a l'hora de controlar els supòsits d'assequibilitat previstos en la normativa, com ara tarifes o preus màxims (articles 10 i 11 de la Llei del sector elèctric) tarifes d'últim recurs (article 34 Llei dels serveis postal universal), o fins i tot prestacions gratuïtes com les previstes en l'article 25.4 de la Llei general de telecomunicacions ("En qualsevol cas, l'obligació d'encaminar les trucades als serveis d'emergència sense dret a contraprestació econòmica de cap tipus ha de ser assumida tant pels operadors que prestin serveis de comunicacions electròniques al públic, com pels que explotin xarxes públiques de comunicacions electròniques. Aquesta obligació s'imposa als operadors esmentats respecte de les trucades dirigides al número telefònic 112 d'atenció a emergències i a altres que es determinin mitjançant reial decret, incloses les que s'efectuïn des de telèfons públics de pagament, sense que calgui utilitzar cap forma de pagament en aquests casos").

No obstant això, no correspon la supervisió del Síndic en relació amb els conflictes que puguin sorgir entre el client/consumidor i l'empresa, en què la legislació de consum i el contracte entre parts atorguen prou protecció i no hi ha exercici de poder.

c) No s'ha de descartar, a més, que la supervisió s'estengui no només als serveis d'interès (econòmic) general formalment declarats com a tals, sinó també a altres "activitats d'interès general", en la dicció literal de l'EAC i de la Llei. Per descomptat, els serveis generals, en el sentit tècnic jurídic vist, són "activitats d'interès general. Però aquestes activitats no s'esgoten en aquells serveis, ja que hi ha activitats privades d'interès general que tècnicament no es configuren com un servei d'interès general, però que podrien encaixar en aquesta clàusula normativa. Pensem en els ja al·ludits serveis públics impropis, com els denomina la doctrina jurídica espanyola. En aquesta línia, caldria començar a reflexionar sobre activitats amb un impacte extraordinari en l'interès general i amb una àmplia regulació administrativa que, sens dubte, són activitats privades d'interès general, com podria ser el cas de les entitats bancàries.<sup>7</sup>

3. La referència final de l'EAC i la Llei a "activitats equivalents" ens fa pensar en l'autèntica raó de ser teleològica d'aquests preceptes: que la supervisió del Síndic per garantir els drets dels ciutadans es faci sempre que hi hagi una transferència de funcions públiques perquè siguin exercides per privats, sigui quin sigui la denominació d'aquest fet o el títol de la transferència. Aquesta clàusula final, doncs, permetria al Síndic vetllar pels drets dels ciutadans davant de les entitats col·laboradores a què es refereix la Llei 26/2010, ja al·ludides, i que no encaixaven en cap de les expressions anteriors.

4. Finalment, l'especificació de la Llei que la prestació d'aquests serveis es porti a terme mitjançant "concert o concessió" no sembla gaire afortunada i no es troba originàriament en l'EAC, que només al·ludeix a la realització d'activitats equivalents "de manera concertada o indirecta", la qual cosa és molt diferent del text legal. Com és sabut, l'activitat pública de regulació de les empreses privades que operen en sectors declarats serveis d'interès econòmic general es porta a terme, entre altres tècniques reguladores, mitjançant autoritzacions (com és el cas, per exemple, de les telecomunicacions, Muñoz Machado, 2004, p. 1.210 i seg.), a les quals, per cert, no al·ludeix la Llei. Per això,

<sup>7</sup> Sobre l'alt grau de regulació administrativa en funció de l'impacte d'aquestes activitats en l'interès general, vegeu, recentment, el Reial decret llei 24/2012, de 31 d'agost, de reestructuració i resolució d'entitats de crèdit. La Unió Europea reconeix la possibilitat que les entitats bancàries desenvolupin activitats que siguin serveis d'interès econòmic general: vegeu el *Report of the European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in the banking sector*, adoptat per la Comissió el 17 de juny de 1998 i presentat al Consell de l'ECOFIN el 23 de novembre de 1998).

l'article 26 de la Llei del Síndic ha de ser interpretat d'acord amb l'article 78.1 de l'EAC per evitar qualsevol interpretació restrictiva que el contradigui.

## b. Les obligacions jurídiques del prestador del servei i el paper del Síndic

### i. Dret a una bona administració i exercici per privats de funcions públiques: les insuficiències normatives actuals i les possibilitats en la tasca de supervisió

Com ja es va posar en relleu, la legislació sectorial i transversal de procediment (estatal i autonòmica, amb l'excepció, en aquest últim cas, d'algunes comunitats autònomes que, no obstant això, no han desplegat una regulació completa del fenomen) fins ara no ha establert un marc genèric de submissió a mecanismes de dret administratiu dels privats que exerceixen funcions públiques. Per això, la supervisió per part del síndic parteix d'aquest *handicap*, superable mitjançant les reformes normatives oportunes pot ser una palanca per superar-lo.

L'absència de regulació completa no significa que el Síndic estigui orfe de referències constitucionals, estatutàries i legals per a la supervisió de les empreses privades que exerceixen funcions públiques en defensa dels drets dels ciutadans/usuaris.

Efectivament, la CE estableix uns principis constitucionals de bona administració, també aplicables als privats que exerceixen poder públic delegat. A més, com a mínim, caldrà seguir un procediment formalitzat, amb més o menys intensitat, de presa de decisió que la fonament. I s'haurà de justificar motivadament per què l'empresa privada adopta la decisió adversa per al ciutadà.

Tots aquests requeriments (entre d'altres) han cristal·litzat en les tradicions constitucionals dels estats membres de la Unió Europea, en la jurisprudència del TJUE i del Tribunal General i, finalment, en la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea, en l'article 41. La jurisprudència del Tribunal Suprem i dels tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes ha aplicat reiteradament aquest dret a una bona administració i alguns estatuts i part de la legislació autonòmica l'han reconegut i regulat.

Entre aquestes regulacions, hi ha l'EAC i la Llei catalana 26/2010.

L'article 30 de l'EAC assenyala que:

“Drets d'accés als serveis públics i a una bona administració

1. Totes les persones tenen dret a accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i als serveis econòmics d'interès general. Les administracions públiques han de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat d'aquests serveis, amb independència del règim de llur prestació.

2. Totes les persones tenen dret que els poders públics de Catalunya les tractin, en els assumptes que les afecten, d'una manera imparcial i objectiva, i que l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen.

3. Les lleis han de regular les condicions d'exercici i les garanties dels drets a què fan referència els apartats 1 i 2 i han de determinar els casos en què les administracions públiques de Catalunya i els serveis públics que en depenen han d'adoptar una carta de drets dels usuaris i d'obligacions dels prestadors.”

Per la seva banda, l'article 22 de la llei esmentada estableix que:

“Article 22. Dret a una bona administració

1. El dret dels ciutadans a una bona administració inclou:

a. El dret que l'actuació administrativa sigui proporcional a la finalitat perseguida.

b. El dret a participar en la presa de decisions i, especialment, el dret d'audiència i el dret a presentar al·legacions en qualsevol fase del procediment administratiu, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable.

c. El dret que les decisions de les administracions públiques estiguin motivades, en els supòsits establerts legalment, amb una referència succinta als fets i als fonaments jurídics, amb la identificació de les normes aplicables i amb la indicació del règim de recursos que escaigui.

d. El dret a obtenir una resolució expressa i que se'ls notifiqui dins el termini legalment establert.

e. El dret a no aportar les dades o els documents que ja estiguin en poder de les administracions públiques o dels quals aquestes puguin disposar.

f. El dret a conèixer en qualsevol moment l'estat de tramitació dels procediments en què són persones interessades.

2. Les administracions públiques de Catalunya han de fomentar la participació ciutadana en les actuacions administratives de llur competència, a fi de recollir les propostes, els suggeriments i les iniciatives de la ciutadania, mitjançant un procés previ d'informació i debat.”

Tot i que situat en un precepte separat, cal tenir en compte, a més, el contingut de l'article 23 d'aquesta llei:

“Article 23. Dret a serveis públics de qualitat

1. Tots els ciutadans tenen dret a:

a) Accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i que aquests siguin de qualitat.

b) Plantejar els suggeriments i les queixes relatives al funcionament de l'activitat administrativa.

2. En l'àmbit de l'Administració de la Generalitat, el Govern ha d'establir per decret el procediment específic per a l'atenció i la resposta als suggeriments, reclamacions i queixes amb relació a la prestació dels serveis públics de la seva titularitat.

3. Les administracions públiques de Catalunya han d'impulsar l'aplicació de cartes de serveis i altres instruments de qualitat, en els termes que estableixi la normativa corresponent.”

Com s'ha argumentat (Ponce, 2011), l'existència d'aquest dret a una bona administració, sigui desenvolupada per ens públics o per empreses privades quan exerceixen funcions públiques, exigeix la garantia d'un procediment degut de presa de decisions amb impacte en els ciutadans i una fonamentació i justificació (motivació) degudes d'aquestes decisions. El degut procediment i la deguda motivació són garanties típiques del dret administratiu, que també s'haurien d'aplicar als privats que exerceixen funcions públiques per garantir el dret a una bona administració i la resta de drets implicats.

Aquí, el Síndic, fonamentant-se en la doctrina jurídica i en la jurisprudència europea i espanyola recaiguda sobre el dret a una bona administració (en un esperançador diàleg mutu futur), té un camp d'actuació interessant per protegir els drets ciutadans, a favor de l'interès general i evitant males administracions d'empreses privades en l'exercici de funcions públiques, atès que, tal com assenyala l'article 4.c de la seva llei reguladora de 2009, una de les seves competències és precisament “vetllar perquè les administracions garanteixin el dret a una bona administració i el dret a accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i als serveis econòmics d'interès general”. Així, en aquesta línia, ja és destacable l'afirmació que conté l'*Informe al Parlament 2008*:

“Quan es parla de bona administració o de bones pràctiques administratives, un dels elements que cal tenir en compte és el deure d'explicar a la persona afectada, en termes entenedors, els motius en què es basa una decisió que no li és favorable. Si això és així per a les administracions públiques, també ha de ser-ho per a les empreses que gestionen serveis essencials, almenys quant a les incidències en la prestació o la facturació d'aquests serveis”.<sup>8</sup>

## ii. Els actors en la supervisió del sector privat: la singular posició del Síndic

D'altra banda, s'ha de tenir en compte que la supervisió del sector privat no només és desenvolupada pels ombudsmen “clàssics” (en el cas català, la institució del Síndic de Greuges), sinó que coexisteixen altres figures. Es pot tractar d'ombudsmen sectorials (inexistents a Espanya, però creats en altres països, com és el cas australià del Telecommunications Industry Ombudsman, estudiat per Stuhmcke, 1998, o del supòsit britànic de l'*Ombudsman services*),<sup>9</sup> d'òrgans i ens públics pertanyents a l'Administració (òrgans de protecció del consumidor, com les oficines municipals i comarcals d'informació al consumidor o l'Agència de Consum, a Catalunya), d'autoritats independents reguladores del sector declarat servei d'interès general (com ara la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions) i de defensors privats que, enquadrats en les empreses privades, defensen els drets dels clients.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> P. 107, consultable a: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2420/INFORME%202008%20CASTELLA.pdf>

<sup>9</sup> <http://www.ombudsman-services.org/>, que opera en els àmbits de les telecomunicacions i energia, entre d'altres.

<sup>10</sup> Vegeu, per exemple, en l'àmbit de les telecomunicacions, el servei de defensa del client de Telefónica: [http://info.telefonica.es/es/servei\\_defensa\\_client/html/](http://info.telefonica.es/es/servei_defensa_client/html/).

A més, l'activitat de l'ombudsman clàssic de supervisió de l'activitat privada es pot desenvolupar de manera indirecta (és a dir, a través del control de l'administració que té atorgada la potestat de protecció dels drets dels consumidors i usuaris i de regulació del servei d'interès general<sup>11</sup>) i, directament (és a dir, supervisant l'exercici de funcions públiques per l'empresa privada en defensa dels drets dels ciutadans/consumidors/usuaris).

Davant aquesta coexistència i encreuament de supervisions, convé, d'una banda, precisar el tipus d'activitat que ha d'acomplir el Síndic respecte a les empreses privades (a) i, d'altra banda, el seu paper en relació amb la resta d'actors, públics i privats, que actuen en un sector en què es produeix l'exercici privat de funcions públiques (b).

a) Pel que fa a l'activitat del Síndic, el seu mandat estatutari i legal no consisteix a repetir controls ja existents referits a la relació contractual entre privats emmarcada per la legislació de consum. La seva supervisió s'hauria de referir a l'exercici privat de funcions públiques per part de privats, en els supòsits ja esmentats, entre d'altres, de la gestió indirecta de serveis públics, de la prestació de serveis d'interès general (accés, suspensió i tall de subministrament<sup>12</sup>, compliment d'obligacions de servei públic i universal vinculats als principis de continuïtat, mutabilitat, igualtat, qualitat i assequibilitat, protecció de drets constitucionals, estatutaris i legals<sup>13</sup>, garantia de la bona administració<sup>14</sup>, supervisió del respecte dels principis constitucionals d'interdicció de l'arbitrarietat i proporcionalitat). Així, d'altra banda, és com sembla que concep la seva funció aquesta institució.<sup>15</sup>

b) Quant a la seva interacció amb la resta d'actors públics i privats implicats, és clara la seva funció de supervisió per garantir la bona administració de les estructures

administratives (de consum, autoritats independents) que limiten i regulen l'activitat de les empreses privades. Pel que fa als defensors privats de les companyies, tot i que es poden considerar positius per als clients, el cert és que és la institució del Síndic de Greuges la que, a diferència d'aquests primers, gaudeix d'aquells elements que en garanteixen la legitimitat, la imparcialitat i l'objectivitat (elecció i rendició de comptes parlamentàries, incompatibilitats, declaració d'interessos, durada del mandat i inamovilitat, finançament, autonomia, com garanteix la Llei 24/2009). Per tant, la seva legitimitat està reforçada per garantir la bona administració privada en l'exercici de funcions públiques i dels drets dels ciutadans/consumidors/usuaris. En conseqüència, no s'ha de confondre el que pot ser un servei comercial valuós amb un mecanisme estatutari de control de la bona administració (una anàlisi en aquest sentit del Telecomunications Industry Ombudsman australià fet per Stumhmcke, 1998, p. 832, planteja dubtes sobre la posició com a simple consumidor dels ciutadans i el disseny del TIO, que "seems ideally suited to industry").

Aquesta posició peculiar del Síndic de Greuges i els dubtes suscitats en altres països per ombudsmen sectorials que poden obtenir els seus ingressos del mateix sector supervisat (cas del TIO australià) han de vacunar-nos d'experiments futurs que puguin comprometre la imparcialitat i la independència de la supervisió de la bona administració, i també afectar una visió transversal sobre l'activitat pública i privada d'exercici de funcions públiques, que permet atorgar coherència i estabilitat a la supervisió efectuada.

En aquest sentit, sembla més raonable, i millor institucionalment, l'enfortiment futur dels mitjans d'una oficina transversal, com la ja existent a Catalunya amb el Síndic de Greuges (encara que internament, com és lògic, experimenti especialitzacions organitzatives,

<sup>11</sup> Vegeu l'*Informe al Parlament* 2008, p. 97 i següents de la versió catalana, en relació amb actuacions relatives a les oficines municipals i comarcals d'informació al consumidor i a les de l'Agència Catalana de Consum, consultable a: <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?aneu=20>

<sup>12</sup> *Informe al Parlament* 2010, p. 58 de la versió catalana: "En l'àmbit dels serveis bàsics o essencials, una de les qüestions que freqüentment motiven la queixa dels usuaris és el tall del subministrament per impagament". *Informe* 2011, p. 60 de la versió catalana, necessitat de notificar adequadament el futur tall de subministrament i de motivar el perquè no es pot disposar del servei sol·licitat de manera immediata.

<sup>13</sup> *Informe al Parlament* 2011, p. 62 de la versió catalana, que recorda el dret dels usuaris del transport públic a ser tractats amb correcció per part del personal que el gestiona.

<sup>14</sup> Vegeu l'*Informe al Parlament* 2007, p. 83 de la versió catalana, consultable a <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?aneu=20>, que subratlla el dret del ciutadà a rebre resposta a les seves sol·licituds a operadors de telecomunicacions i que les decisions d'aquests siguin motivades. *Informe al Parlament* 2008, p. 86 de la versió catalana, dret dels ciutadans a obtenir resposta.

<sup>15</sup> Vegeu l'*Informe al Parlament* 2007, p. 82 de la versió catalana.

probablement progressives, en funció dels sectors que s'han de supervisar) que una explosió d'ombudsman sectorials (que puguin, a més, tenir una qüestionable objectivitat en funció del disseny organitzatiu i del seu finançament).

### iii. Poders i límits de l'actuació de supervisió per part del Síndic

Finalment, convé fer alguna reflexió sobre quines potestats té el Síndic per fer efectiva aquesta supervisió directa de la bona administració de les empreses privades que exerceixen funcions públiques, i també dels límits que aquesta institució té quan desenvolupa aquesta activitat.

Pel que fa als poders, la Llei 24/2009, de 23 de desembre, preveu les possibilitats d'actuació del Síndic de manera indistinta, tant quan supervisa el sector públic com el privat. Així mateix, l'article 55 i següents preveuen les obligacions de col·laboració dels subjectes supervisats, públics o privats, en termes idèntics.

No obstant això, quan la supervisió és de privats que exerceixen funcions públiques, alguns aspectes poden exigir alguna reflexió complementària i presenten dificultats específiques, com posa en relleu Ribó (Ribó, 2009, p. 8)

Així, per exemple, què succeeix si el privat es nega a col·laborar? L'article 61 de la Llei de 2009 distingeix entre la falta de col·laboració i l'obstaculització, que queda reduïda a dos supòsits: impedir l'accés als expedients, informacions, dades i la documentació necessària en el curs d'una investigació o impedir l'accés a espais a què s'hagi d'accedir per obtenir la informació necessària en el curs d'una investigació, és a dir, a les obligacions jurídiques del supervisat establertes pels articles 55 i 56 de la Llei, respectivament.

En el supòsit esmentat de l'accés, cal tenir en compte, en aquest cas, que evidentment regeix el dret a la inviolabilitat del domicili de l'article 18 de la CE, per la qual cosa serà necessària l'autorització judicial per accedir al domicili de les empreses privades que exerceixen funcions públiques.

Ara bé, el que s'hagi de considerar com a domicili de les persones jurídiques privades ha estat definit per la jurisprudència del Tribunal Constitucional (per exemple, STC 137/1985, 69/1999), en funció de la qual tenen la consideració de domicili, a efectes de la protecció

atorgada per l'article 18.2 de la CE, els espais que requereixen de reserva i no-intromissió de tercers per raó de l'activitat que s'hi porta a terme, és a dir, els llocs utilitzats per representants de la persona jurídica per desenvolupar les seves activitats internes, bé perquè s'hi exerceix l'habitual direcció i administració de la societat, bé perquè serveixen de custòdia de documents o altres suports de la vida diària de la societat o del seu establiment, i tot això amb independència que sigui el domicili fiscal, la seu principal o la seu secundària, de manera que, en aquests casos, s'exigeix l'autorització judicial o el consentiment de la persona interessada.

En canvi, no són objecte de protecció els establiments oberts al públic o en què es porti a terme una activitat laboral o comercial per compte de la societat mercantil que no està vinculada amb la direcció de la societat ni serveix per a la custòdia de la seva documentació. Tampoc, les oficines on únicament s'exhibeixen productes comercials o els magatzems, botigues, dipòsits o similars.

En tots aquests supòsits d'obstaculització, la mateixa llei preveu el tipus de reacció per part de l'ombudsman (art. 61.3), sens perjudici de recordar en l'article 63 la possibilitat de "les autoritats i els funcionaris que obstaculitzin" la seva actuació d'incórrer en responsabilitat penal, de la qual cosa la institució ha d'informar el Ministeri Fiscal perquè exerceixi les accions pertinents.

En aquest punt, cal plantejar-se si alguna persona enquadrada en una empresa privada que exerceix funcions públiques (una concessionària de serveis públics, una entitat col·laboradora, una empresa que opera en l'àmbit d'un servei d'interès econòmic general i que presta obligacions de serveis públics, per exemple) obstaculitza la investigació del Síndic: incorreria en la responsabilitat penal derivada de l'article 502 del Codi penal? La resposta, en vista de l'amplitud que l'article 24 del mateix Codi preveu del concepte penal de *funcionari públic* ("tothom qui per disposició immediata de la llei o per elecció o per nomenament d'autoritat competent participi en l'exercici de funcions públiques") ha de ser positiva: a efectes penals, els subjectes privats que exerceixen funcions públiques poden ser considerats funcionaris públics.

En qualsevol cas, la Llei de 2009 aposta perquè la supervisió prevista en l'article 78 de l'EAC es desenvolupi en el marc de l'acord de voluntats, en la mesura que sigui possible, com a expressió legal

del principi de proporcionalitat, entre la institució i les empreses privades. Per això l'article 58 fa referència que s'ha d'impulsar "la subscripció de convenis o acords amb les administracions, organismes, empreses i persones a què es refereix l'article 26, a fi de crear un marc de col·laboració i facilitar la comunicació mútua", la qual cosa s'ha anat concretant els últims anys a la pràctica (Vegeu Ribó, 2009 i els informes anuals al parlament del defensor, en què s'informa d'aquests convenis).

Finalment, i pel que fa als límits de l'actuació del Síndic en relació amb les empreses privades, és clar que, a banda de respectar els drets constitucionals i estatutaris dels privats (com el ja al·ludit dret a la inviolabilitat del domicili) i el que estableix la Llei de 2009, l'actuació d'aquesta institució pública està limitada i guiada, en tot cas, pels principis constitucionals de no-discriminació (art. 14 CE), interdicció de l'arbitrarietat (la qual cosa implica que les seves actuacions i decisions han de ser racionals i justificades) i de proporcionalitat (la qual cosa implica que la seva supervisió de les empreses privades ha de perseguir la finalitat prevista per la Llei, i ha d'elegir el mitjà menys restrictiu per als drets dels privats, sempre que garanteixi l'eficàcia de les seves actuacions, i ponderar els costos i els beneficis generats per la seva possible actuació, d'acord amb els tres filtres clàssics presents en la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea, del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem).

### 3. Algunes reflexions finals

#### a. Les similituds progressives entre el control del sector públic i el control del sector privat com a conseqüència de la Nova Gestió Pública

El que s'exposa en pàgines precedents, més enllà del control específic pels ombudsmen, i reprement una reflexió més general, sembla que ens aboqui a la conclusió que la transferència progressiva de funcions i serveis públics al sector privat, d'una banda, i la incidència dels postulats de la Nova Gestió Pública al sector públic, de l'altra, estan produint un acostament dels règims respectius de rendició de comptes (*accountability*) dels dos sectors i dels mecanismes jurídics per articular-los (Mulgan, 2000).

Així, si ho volem expressar de manera gràfica en un quadre, podríem apuntar el següent:

Administracions públiques	Empreses privades que exerceixen funcions públiques
Servei a l'interès general (article 103 de la CE)	Responsabilitat social corporativa
Bon govern i obligacions vinculades al dret a una bona administració: degut procediment administratiu i deguda motivació	Bona governança/ governabilitat corporativa ( <i>corporate governance</i> ) i obligacions derivades del dret a una bona administració: degut procediment de presa de decisions i deguda justificació d'aquestes
Codis de bon govern, codis de conducta, codis ètics	Codis de conducta
Nova Gestió Pública (eficàcia, eficiència, economia) i obligacions de protecció del consumidor	Ànim de lucre i obligacions de protecció del consumidor
Vinculació als drets constitucionals	Vinculació als drets constitucionals
Control per l'ombudsman	Control per ombudsmen quan exerceixen funcions públiques i presten obligacions de servei públic o universal
Control judicial: jurisdicció contenciosa administrativa en el cas d'exercici de potestats administratives	Control judicial: article 2d Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa

A continuació, breument, farem referència a alguns d'aquests aspectes.

#### b. La necessària aproximació funcional al paper del dret públic: ombra de l'exercici de poder públic

Aquesta aproximació entre sectors públics i privats té el seu reflex en el paper i la raó de ser del dret administratiu: les successives onades de "fugida" del dret administratiu, de privatitzacions i liberalitzacions, podrien fer la impressió que parcel·les senceres d'incidència del dret administratiu li són "arrencades" i queda més i més escanyolit davant de la incidència del dret privat. No obstant això, si es considera, com s'ha indicat, que el dret administratiu és aquell que acompanya l'exercici del poder, sigui desenvolupat per administracions o exercit per privats per delegació, d'una manera o una altra, el dret administratiu no s'estaria morint d'inanició sinó transformant-se i "saltant" tanques de distinció entre públic i privat.

En aquest sentit, fa anys ens preguntàvem si estàvem “[...] assistint a la formació a Espanya d’un dret administratiu mixt, que hauria de ser impulsat per la jurisprudència, format en part per regles de dret públic i per regles de dret privat? S’està produint una convergència gradual entre el model de *droit administratif*, tradicionalment vigent a Espanya, i el model de *common law*, propi de l’àmbit anglosaxó?” (Ponce, 1999, p. 1.270). Sembla que el fenomen de l’atribució de funcions públiques a privats ajudaria a respondre afirmativament a aquesta qüestió.

### c. Regulació millorable de l’exercici per privats de funcions públiques

Ara bé, la generació d’una combinació raonable i eficaç de dret públic (incloent-hi principis i regles) que acompanyi l’exercici privat de poder d’origen públic, amb dret privat, derivat de la legislació aplicable, inclosa la de protecció de consumidors i usuaris, i del contracte entre parts, exigiria una clarificació normativa de l’abast de les obligacions procedimentals que haurien de ser aplicables als subjectes privats, com ja hem exposat. Aquesta necessària normativa hauria de tenir cura amb l’autonomia de la voluntat del prestador i la capacitat del consumidor d’elegir lliurement en un context de competència, per la qual cosa s’hauria de tractar d’un dret administratiu modulats en garantia de la bona administració (privada) de funcions públiques i dels drets constitucionals, estatutaris i legals dels ciutadans/consumidors/usuaris que complementés (no substituís ni duplicqués) la garantia ja oferta pel dret privat.

### d. Responsabilitat social corporativa, codis de conducta, *corporate compliance* i responsabilitat penal: la contribució de la supervisió del Síndic a la bona gestió

Finalment, una última breu reflexió sobre un tema que exigiria més desenvolupament del que ara podem fer aquí. Es tracta d’entendre com la tasca dels ombudsmen, com ara el Síndic, pot ajudar a l’impuls d’una (real) responsabilitat social corporativa. En la supervisió de l’activitat dels privats que

exerceixen funcions públiques i en les recomanacions i els suggeriments que se’ls pot plantejar, el Síndic pot contribuir que aquestes empreses tinguin efectivament presents consideracions relatives a la cohesió social i a la sostenibilitat ambiental i les incorporin als seus codis de conducta (als quals fa referència el Codi de consum de Catalunya de 2010, aprovat per la Llei 22/2010, en diversos preceptes), i millorin, d’aquesta manera, la seva autoregulació.

En aquesta direcció, i en la línia del Codi de bones pràctiques administratives de 2009, la institució té un camp interessant per recórrer amb l’experiència atresorada en el control de les empreses privades, i pot impulsar les bones pràctiques també en el supòsit d’exercici per privats de funcions públiques. Així mateix, seria molt positiu que les bones pràctiques detectades pel Síndic nodrissin els codis de conducta privats en allò que calgui, en un diàleg mutu enriquidor i favorable, en definitiva per a l’interès general.

D’altra banda, la relació entre empreses privades i ombudsman pot contribuir a millorar la seva *corporate compliance* (és a dir, els sistemes interns de supervisió i control de compliment normatiu per part de les empreses privades) i, en conseqüència, a dissenyar millors procediments interns en garantia de la bona administració i els drets dels ciutadans/consumidors/usuaris, la qual cosa, en definitiva, pot servir a la pràctica per evitar futures responsabilitats penals de les empreses privades per no haver tingut “el control degut” en l’exercici de les funcions públiques encomanades, d’acord amb la regulació que estableix l’article 31 bis del Codi penal. Pensem, per exemple, en la prestació d’un servei públic o d’interès general que condueix a la discriminació d’un/a ciutadà/ana usuari/ària, que vulnera l’article 14 de la CE (el principi d’igualtat en els serveis públics), i comet un delictes tipificat en l’article 511 del Codi penal, per exemple, per manca de protocols interns clars de gestió de la diversitat en l’empresa. Una fructífera col·laboració entre els ombudsmen i les empreses privades pot prevenir aquests i altres supòsits de mala administració (que, si s’escauen, poden comportar responsabilitat penal de la persona jurídica privada).





## BIBLIOGRAFIA

- Aman, Alfred C. (1999). "Proposals for reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and Furtherance of a Global Public Interest". A: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, primavera, p. 397 i següents.
- 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". A: *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, maig-juny, p. 99.
- Díez-Picazo, Luis (2003). "La idea de servicios de interés económico general". A: Cosculluella Muntaner, Luis (coord.) (2003). *Estudios de derecho público económico (Libro homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer)*. Madrid: Civitas, p. 77 i següents.
- Entrena Cuesta, Rafael (1958). "El servicio de taxi". A: RAP, núm. 27, p. 29 i següents.
- 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". A: *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". A: *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, gener, p. 145 i següents.
- Malik, Javed Saliq (2009). Ponència en el marc del taller "The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector", corresponent a la Conferència Mundial de l'Institut Internacional de l'Ombudsman a Estocolm, consultable a <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". A: REDA, núm. 92, p.567 i següents.
- Muñoz Machado, Santiago (2004). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, tom I. Madrid: Thomson Civitas.
- Mulgan, Richard (2000). "Comparing Accountability in the Public and Private Sectors". A: *Australian Journal of Public Administration*, 59 (1), març, 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". A: *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, p. 1.277 i següents.
- Ponce Solé, Juli (2000). "Public Law, Private Law and the Legal Control of Administrative Activities in Spain". A: *European Review of Public Law*, vol. 12, núm. 2, p. 721 i següents.
- 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". A: Ponce Solé, Juli (coord.) (2010). *Derecho administrativo global*. Madrid: Marcial Pons.
- Ponce Solé, Juli (2011). "Buena administración". A: Universidad de Alcalá; AECID (2011). *Diccionario Iberoamericano de derechos humanos y fundamentales*.

Universidad de Alcalá; AECID. Consultable a [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/view/79](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”, corresponent a la Conferència Mundial de l’Institut Internacional de l’Ombudsman a Estocolm. <http://www.theioi.org/publications/stockholm-2009-conference-papers>
- Sainz Moreno, Fernando. (1983). “Ejercicio privado de funciones públicas”. A: RAP, núm. 100-102, p. 1.699 i següents.
- Sánchez Morón, Miguel. (2011). *Derecho administrativo*. 7a edició. Madrid: Tecnos.
- Scott, Colin (2002). “Accountability in the Regulatory State”. A: Cane, Peter (2002). *Administrative Law*. Oxford University Press.
- Stuhmcke, Anita (1998). “The Corporatisation and Privatisation of the Australian Telecommunications Industry: The Role of the Telecommunications Industry Ombudsman”. A: *UNSW Law Journal*, vol. 21 (3), p. 807 i següents.
- Woolf, H. (1986). “Public Law-Private Law: Why the divide?- A personal view”. A: *Public Law*, estiu, p. 220 i següents.



**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

