

CAPÍTULO NOVENO

LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES Y SUS FORMAS DE PRESTACIÓN Y GESTIÓN

I. Introducción	431
II. Conceptos de servicio público, caracteres y la crisis producida	431
III. Competencia municipal en materia de servicios públicos .	437
IV. Normas constitucionales regulatorias de los servicios públicos en la Federación argentina	443
V. Formas de prestación y gestión de los servicios públicos en Argentina y España	449
VI. Las relaciones intermunicipales e interjurisdiccionales y los servicios locales	465
VII. Reflexiones finales	473

CAPÍTULO NOVENO

LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES Y SUS FORMAS DE PRESTACIÓN Y GESTIÓN

I. INTRODUCCIÓN

438. Destacamos en primer lugar que la notable extensión y complejidad del tema en análisis nos obliga a un estudio de algunos de sus aspectos, con referencia limitada principalmente al derecho argentino y español.

En consecuencia, expondremos los siguientes acápites: Conceptos de servicio público, sus caracteres y la crisis producida; competencia municipal en materia de servicios públicos; normas constitucionales regulatorias de servicios públicos en la Federación argentina; formas de prestación y gestión de los servicios en Argentina y España; las relaciones intermunicipales e interjurisdiccionales y los servicios locales y, por último, reflexiones finales.

II. CONCEPTOS DE SERVICIO PÚBLICO, CARACTERES Y LA CRISIS PRODUCIDA

439. En doctrina no es unánime el concepto de servicio público, ni la distinción entre éste y la función pública. Por ésta se ha entendido la referencia a la actividad en la que el Estado se manifiesta como autoridad y por lo tanto actúa dentro del ámbito de lo político, mientras que cuando su actividad se introduce en el ámbito de lo privado y asume actividades que le corresponden a este sector, sustituyéndolo o no, sus actos no de autoridad sino de servicio, que por afectar al público en general se estatiza, apareciendo la idea de servicio público.

Cuando el Estado efectúa tareas comerciales o industriales, que difieren de las tendientes a satisfacer necesidades generales y primordiales,

encontramos los conceptos de establecimientos públicos, empresas públicas y posteriormente servicios públicos industriales o comerciales, que algunos autores consideran inapropiados.¹

Por ello, Benjamín Villegas Basavilbaso ha resumido las diferentes concepciones sobre el tema en las siguientes opiniones: *a)* una primera teoría que considera como servicio público a toda la actividad que desarrolla el Estado, como lo expuso Duguit, para quien el Estado no era una potencia de mando sino una cooperación de servicios públicos; *b)* una segunda teoría que considera servicio público toda la actividad de la administración pública, identificada a ésta como sujeto, como lo defendió Jêze, quien estimó que cuando se habla de administración pública nos encontramos frente a una actividad regulada por normas específicas que son de derecho público, por lo que cuando actúa regido por dichas normas estamos en presencia de un servicio público. Esta concepción abarca entonces la actividad de fomento, de policía, industrial y comercial, quedando por lo tanto identificada la noción de función pública con la de servicio público; *c)* una tercera teoría que estima que cuando el Estado advierte de una necesidad social que debe satisfacerse para beneficiar a la colectividad y decide atenderla mediante una presencia activa y bajo un régimen jurídico especial, estamos en presencia de un servicio público.²

Quienes sostienen esta posición definen al servicio público según criterios subjetivo u objetivo. El primero, también denominado orgánico, tiene en cuenta al sujeto prestador estatal, por medio de un ente que puede ser centralizado, desconcentrado o descentralizado, que se sujeta a las normas jurídicas del servicio. El criterio objetivo se funda en el objeto de la prestación, o sea el tipo de necesidad que se pretende satisfacer, la que debe ser colectiva, general, prioritaria o indispensable para la población. No obstante estos criterios, la realidad demuestra que el elemento definitorio del servicio público es la declaración efectuada al respecto por el Estado, denominada *publicatio*.

1 Cfr. Ildarraz, Benigno; Zarza Mensaque, Alberto y Viale, Claudio, *Derecho constitucional y administrativo*, Córdoba, Ediciones Eudecor, 1999, p. 463. A su vez, Rafael Bielsa distinguía entre la función pública como lo “abstracto y general” y el servicio público como lo “concreto y particular” (“Los servicios públicos. Sistemas de prestación”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, enero-agosto de 1936, p. 22).

2 Cfr. Ildarraz, Benigno; Zarza Mensaque, Alberto y Viale, Claudio, *op. cit.*, p. 464.

Por ello, los profesores de la Universidad Nacional de Córdoba a los que seguimos, definen al servicio público como “toda actividad de prestación calificada por ley como tal, realizada por la administración pública directa o indirectamente a través de los particulares, en ejercicio de la función administrativa y que tiende a satisfacer necesidades colectivas, bajo un procedimiento de derecho público”.³

En consecuencia, según este concepto el servicio público se distingue de otras actividades tanto estatales como privadas, mencionándose entre las primeras la policía, el fomento y los servicios sociales y entre las segundas, las actividades de interés general y los llamados servicios públicos impropios.⁴

440. En cuanto a los *caracteres de los servicios públicos*, se señalan:

a) *Continuidad*: Que significa que los servicios deben prestarse siempre sin interrupciones, como criterio general, aunque de acuerdo a algunas modalidades de ellos, pueda relativizarse, con cierta intermitencia, y, *gr.* los servicios de abastecimiento de agua potable, electricidad y transporte público de pasajeros deben ser permanentes, lo que no impide que el último de ellos sea fraccionado en su prestación en horarios e itinerarios.

b) *Regularidad*: La prestación de los servicios públicos se ajuste a normas jurídicas, contables, administrativas, presupuestarias, etcétera. Consecuencia de este principio es que la administración pública debe ejercer el poder reglamentario de los servicios, como facultad indelegable para establecer las normas de funcionamiento, además del *ius mutandi*, que importa la modificación de esas condiciones generales en algunas circunstancias para poder satisfacer las necesidades colectivas. Cuando por el ejercicio de esas facultades exorbitantes de la administración, se alterase la ecuación económica financiera de los contratos, deberán producirse las compensaciones pertinentes. De todas maneras, la regla general es que los contratos son la ley entre las partes (administración y concesionario).

3 *Ibidem*, pp. 464 y 465.

4 *Cfr. ibidem*, pp. 465 y 466. No obstante ello, los autores aclaran que al no existir una ley general sobre servicios públicos y tratarse de una realidad amplia y difusa, existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales no coincidentes al respecto, además que en algunas oportunidades se confunden las distintas actividades estatales de servicio público, fomento y policía.

c) *Generalidad*: Consiste en que el servicio público debe estar a disposición de todos, según la naturaleza de la necesidad pública a satisfacer. En efecto, un servicio puede ser aprovechado por todos (*uti universi*) o por algunos (*uti singuli*), pero sobre la base de que todos tienen derecho al servicio con arreglo a sus normas. Como ejemplo debe citarse a las cooperativas de servicios públicos que no pueden imponer la condición de socios a los usuarios respectivos, lo que se advierte con mayor intensidad en los casos de monopolio o exclusividad. En definitiva, no se deben imponer cláusulas o condiciones que sean discriminatorias, pues como bien se ha señalado, este principio está relacionado con el de la igualdad.

d) *Igualdad o uniformidad*: Se traduce en el derecho de todos los habitantes a exigir y recibir el servicio público prestado en igualdad de condiciones, calidad, cantidad y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar, conforme las categorías admitidas en la organización de cada uno de dichos servicios instituidos. Se trata en consecuencia, de una derivación del principio constitucional de la igualdad, consagrado en el artículo 16 de nuestra ley suprema.

También se relaciona con este principio la potestad de la administración de fijar, aprobar u homologar las tarifas y precios públicos además de establecer un régimen de publicidad adecuado.

Más adelante nos detendremos en otros aspectos normativos, pero ahora adelantamos que el artículo 42 de la Constitución nacional, incorporado en la reforma de 1994, dispone la participación de los usuarios en el proceso de fijación de los cuadros partidarios.

e) *Obligatoriedad*: Implica un deber u obligación de prestación del servicio, ya sea en forma directa por el Estado o indirecta a través de concesionarios, que genera una relación jurídica de tipo administrativo para el usuario, que tiene un derecho subjetivo para acceder y reclamar el servicio en las condiciones reglamentarias establecidas.⁵

441. Con respecto a la *crisis del concepto tradicional de servicio público*, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su renombrado *Curso* señalan que el derecho administrativo, surgido en el contexto de la revolución liberal, ha ido construyendo sus técnicas con la atención puesta en la defensa de la libertad y de la propiedad del individuo frente a las eventuales injerencias no justificadas del poder

5 Cfr. *ibidem*, pp. 466-468.

público. Pero dicho esquema, comprensible en el contexto social en que surgió, dejó de serlo posteriormente, dada la notoria transformación de los supuestos sociales en que se apoyaba. En consecuencia, el Estado debió garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva para subsistir dignamente, lo que significó en el derecho público europeo continental (de notoria influencia entre nosotros, acotamos) la asunción de una doctrina del servicio público en que la administración asumía la responsabilidad de sectores enteros de actividad mediante un acto formal de *publicatio* de ésta, que desde ese momento quedaba bajo su control, tanto en la forma de prestación directa como indirecta, a través de las variantes del hoy llamado contrato de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, en los últimos años —señalan los juristas españoles— se ha producido una crisis de este respetable concepto del servicio público por estas dos razones: *a*) el ingreso en las comunidades europeas de otros Estados con distinta tradición en la materia y *b*) sobre todo, la progresiva implantación de un mercado único basado en la libre competencia, lo que unido a los espectaculares avances tecnológicos, contribuyeron a privar de justificación técnica y económica a las antiguas declaraciones de servicios públicos. En consecuencia, la nueva situación parece haberse estabilizado con el nuevo concepto funcional de “servicio universal”, como servicio de calidad a un precio asequible para todos, para cuya satisfacción bastará con que las leyes reguladoras de los servicios liberalizados impongan a todos los operadores, sin distinción unas concretas “obligaciones de servicio público”, que la administración, se encargará de hacer cumplir mediante sus facultades de control y sanción.⁶

No obstante ello, sostienen los autores citados, que lo que había de esencial en la anterior doctrina de los servicios públicos todavía se mantiene en el nuevo contexto de las actividades liberalizadas y entonces se conserva especialmente el *derecho de los administrados a los servicios públicos*. En la consideración de este aspecto, que aunque referido al caso español consideramos de evidente trascendencia, señalan:

a) La nota dominante del sistema en vigor, más allá de su pluralidad, es la discrecionalidad administrativa frente a la cual los ciudadanos no

6 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, t. I, pp. 69-71.

pueden esgrimir otras pretensiones que las que convienen en reconocerles las normas reguladoras de cada servicio o actividad.

b) En cuanto al derecho a la creación de un servicio público se ha entendido siempre como una facultad discrecional de la administración. Sin embargo, advierten que ello presentaba una situación más favorable en el ámbito local, pues la vieja legislación española distinguía entre los gastos obligatorios y voluntarios de los ayuntamientos, que imponían en el primer caso prestaciones mínimas exigidas por ley.

La nueva Ley Reguladora de Bases del Régimen Local español reforzó dicha idea, al reconocer expresamente a los vecinos en el artículo 18.1.g) el derecho a “exigir la prestación, y en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”.

c) Sobre el derecho al uso y disfrute de los servicios existentes, debe estarse a lo dispuesto por las normas respectivas de cada servicio público. La situación del usuario es objetiva, de acuerdo a las leyes y reglamentos y se concreta en un derecho al funcionamiento legal del servicio en los términos establecidos.

d) Respecto al recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la administración, creado por legislación de 1998, los autores lo califican como un paso decisivo. La Ley Judicial española admite la apertura del recurso contra la “inactividad de la administración” (artículo 25.2) y se concreta en que “el órgano jurisdiccional condene a la administración al cumplimiento de sus obligaciones” (artículo 32). A su vez, el artículo 29 delimita el supuesto a aquéllos casos en que la “administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o de varias personas determinadas”.

e) En relación a la participación de los usuarios en la orientación del desenvolvimiento de los servicios, resaltan que la Constitución ha impuesto de acuerdo al criterio general de participación del artículo 9.2 la actuación de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de los centros de enseñanza, la de los interesados en la seguridad social y en términos generales “en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general”.

f) Finalmente, los distinguidos juristas mencionan otras técnicas adicionales de garantía, entre las que destacan: 1) la posibilidad de recurrir

ante la corporación concedente y luego ante la justicia, por las resoluciones que adopten sobre los servicios los concesionarios o entes gestores que actúen en ejercicio de facultades delegadas por la administración; 2) una técnica general de cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes o derechos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; 3) la existencia de *standards* de actuación normalmente exigibles a los servicios público, como vivencia efectiva de la anterior garantía, y que se ha admitido en la jurisprudencia desde el filo de los setenta.⁷

Como observación final sobre el tema de la prestación de los servicios públicos, los autores indican que la Constitución española de 1978

...exige un nuevo modo de legislar diferente al que hasta ahora ha venido siendo habitual. Ya no basta, por lo tanto, que las leyes se limiten, como tradicionalmente lo han venido haciendo, en punto al establecimiento de los diferentes servicios públicos, a habilitar o autorizar a la administración para crearlos, sin obligarla a hacerlo casi nunca. Por el contrario, la ley debe ahora esforzarse en fijar estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un nivel mínimo de derechos exigibles, porque la Constitución reclama imperativamente —y no sólo recomienda: artículo 9.2— del legislador el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos económicos y sociales que proclama, un desarrollo completo de los mismos capaz de permitir su concreta exigencia por los ciudadanos ante la jurisdicción ordinaria.⁸

Se trata entonces de una “conversión” que debe producirse en la materia, a la luz del mandato constitucional, que debe ser receptado por la legislación y asegurado por la jurisprudencia.

III. COMPETENCIA MUNICIPAL EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

En este tema de fundamental importancia⁹ sólo destacaremos algunos aspectos que demuestran la indudable competencia municipal en materia de servicios públicos.

7 *Cfr. ibidem*, pp. 71-82.

8 *Cfr. ibidem*, p. 83.

9 Para el que nos remitimos al capítulo VII sobre “Competencia general de la mu-

442. En efecto, sobre las *competencias “propias”* de los gobiernos locales, el II Congreso Iberoamericano de Municipios, reunido en Lisboa en 1957, llegó a las siguientes conclusiones:

...6. La competencia legislativa municipal debe comprender como materias propias: *a)* las que en cada país se consideran tradicionalmente de ese carácter; *b)* las encaminadas a satisfacer las necesidades colectivas peculiares de la sociedad local; y *c)* las que imponen una buena descentralización de las funciones estatales de administración fundada en la conveniencia de que los asuntos locales sean resueltos por los inmediatamente interesados. Además debe comprender en forma exclusiva, o en concurrencia con el Estado, las actividades que resultan de las modernas concepciones sobre la acción del Estado, en los órdenes de la cultura y de la asistencia social para alcanzar el bien común. 7. La competencia legislativa municipal no debe quedar limitada a la actividad puramente administrativa, sino que debe comprender también las funciones inherentes al gobierno municipal. 8. La Constitución debe determinar con precisión las materias fundamentales de competencia de los municipios: organización político-administrativa, régimen financiero propio, prestación de servicios públicos locales, ejercicio del poder de policía, regulación y administración del dominio público municipal y aquellas otras que, aunque no están expresamente determinadas, se refieren a necesidades e intereses locales.¹⁰

Como sostenemos, los postulados de la escuela sociológica del municipio y en consecuencia lo pensamos como una institución de base sociológica que el derecho no puede desconocer, las competencias asignadas por el Estado deben partir del reconocimiento de dicha indestructible realidad.¹¹

En tal sentido, desde la sociología tenemos el aporte de Alfredo Poviña, que al escribir sobre el funcionalismo municipal distingue entre las funciones de “vecindad”, correspondientes a la comunidad local, y las de

nicipalidad” de esta obra. En nuestro derecho se clasifica dicha competencia en propia, concurrente y delegada y en el derecho español Entrena Cuesta clasifica en propia, impropia, indistinta y mixta.

¹⁰ *Cfr.* capítulo antes citado, pp. 358-360.

¹¹ Véanse las divergencias planteadas en la doctrina sobre la competencia propia de los entes locales, en el capítulo séptimo de esta obra, pp. 360-362, lo que está vinculado a la naturaleza de los entes locales, considerado en el capítulo IV.

“autoridad”, correspondientes al carácter de gobierno autónomo del municipio. Las primeras responden a la satisfacción de las necesidades de la localidad, como tipo de agrupación natural, mientras que las segundas se refieren a las funciones y atributos de la institución, de carácter político, referidas a la autonomía y a la autoridad a la que pertenece.¹²

No es posible efectuar generalizaciones sobre la competencia municipal por materia, pues varía con los distintos regímenes políticos, administrativos y legales de los países. Como dice Carlos M. Morán:¹³

La competencia municipal depende no sólo de lo que la Constitución de cada país establezca, sino también y fundamentalmente: *a)* de lo que las demás disposiciones legales regulen; *b)* de la racionalidad con que esté hecha la división político-territorial del país; *c)* del tipo de territorio urbano, rural, etcétera y de la población participante o desentendida sobre el que ejerza jurisdicción el municipio; *d)* del papel que juegue en la realidad el municipio, en el conjunto de la administración pública; *e)* de los recursos humanos y económicos con que estén dotados los gobiernos y administraciones municipales.

Sin embargo, bajo el punto de vista teórico concordamos con este autor en que se podría clasificar a la competencia material del municipio en los siguientes aspectos: político, económico, social, jurisdiccional, administrativo y del urbanismo y de lo rural.

En una palabra, la competencia del municipio deberá ser la que permita alcanzar su fin, que no es otro que el bien común de la sociedad local.¹⁴

12 Quien presidiera la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y fuera autor de la ponencia “El municipio, estructura y función”, publicada en la *Crónica del IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, Barcelona, 1967, t. 1, pp. 475 y ss. Para mayor abundamiento, véase capítulo séptimo, “Competencia general de la municipalidad”, de esta obra, pp. 361-362.

13 Véase su ponencia “La competencia municipal. Ámbitos más cualificados”, publicada en la *Crónica del IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, *cit.*, t. 1, p. 614.

14 Véase trabajo antes citado, p. 601, donde además efectúa una enumeración de los asuntos comprendidos en cada uno de los aspectos. También en dicha ponencia se mencionan otras declaraciones de diversos Congresos de la OICI (Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal), vinculadas a esta cuestión. En cuanto a la clasificación que nosotros proponemos siguiendo dicho trabajo y en relación al derecho argentino, obsérvese capítulo séptimo de esta obra, pp. 370 y 371. En cuanto a la competencia municipal en los Estados Unidos, la Comisión Asesora de Relaciones Intergu-

443. Para referirnos concretamente a la *legislación argentina en la materia*, debiéramos analizar las 23 Constituciones provinciales, pues allí se sientan las bases de cada régimen municipal, en cumplimiento de los principios de la autonomía municipal consagrada en el artículo 123 de la ley suprema de la nación, pero por razones de brevedad sólo nos detendremos en lo que consideramos un buen ejemplo, o sea, la *Constitución de la provincia de Córdoba*. En efecto, el artículo 186 sobre “Competencia material” dispone:

Son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal: 1. Gobernar y administrar los intereses públicos locales dirigidos al bien común. 2. Juzgar políticamente a las autoridades municipales. 3. Crear, determinar y percibir los recursos económicos financieros, confeccionar presupuestos, realizar la inversión de recursos y el control de los mismos. 4. Administrar y disponer de los bienes que integran el patrimonio municipal. 5. Nombrar y remover los agentes municipales, con garantía de la carrera administrativa y la estabilidad. 6. Realizar obras públicas y prestar servicios públicos por sí o por intermedio de particulares. 7. Atender las siguientes materias: salubridad; salud y centros asistenciales; higiene y moralidad pública; ancianidad, discapacidad y desamparo; cementerios y servicios fúnebres; planes edilicios, apertura y construcción de calles, plazas y paseos; diseño y estética; vialidad, tránsito y transporte urbano; uso de calles y subsuelo; control de la construcción; protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental; faenamiento de animales destinados al consumo; mercados; abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos; creación y fomento de instituciones de cultura intelectual y física y establecimientos de enseñanza regidos por ordenanzas concordantes con las leyes en la materia; turismo; servicios de previsión; asistencia social y bancarios. 8. Disponer y fomentar las políticas de apoyo y difusión de los valores culturales, regionales y nacionales, en general. Conservar y defender el

bernamentales de los Estados Unidos, en un informe aprobado en 1963, determinó como materias de jurisdicción local a las siguientes: 1) protección contra incendios, 2) educación pública, 3) recogida y eliminación de basuras, 4) bibliotecas, 5) policía, 6) sanidad, 7) urbanismo, 8) vivienda, 9) parques y jardines, 10) bienestar público, 11) hospitales y asistencia médica, 12) transportes, 13) planificación, 14) red de agua y alcantarillado, 15) control de contaminación atmosférica. Cfr. Martins, Daniel Hugo, *El municipio contemporáneo*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 65 y 66.

patrimonio histórico y artístico. 9. Regular el procedimiento administrativo y el régimen de faltas. 10. Establecer restricciones, servidumbres y calificar los casos de expropiación por utilidad pública con arreglo a las leyes que rigen la materia. 11. Regular y coordinar planes urbanísticos y edilicios. 12. Publicar periódicamente el estado de sus ingresos y gastos, y anualmente, una memoria sobre la labor desarrollada. 13. Ejercer las funciones delegadas por el gobierno federal o provincial. 14. Ejercer cualquier otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por esta Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado.

Mas allá de este amplio reconocimiento de competencias locales, hemos señalado el fenómeno ocurrido del vaciamiento de las competencias municipales, debido especialmente al proceso de desfederalización operado en nuestro país.¹⁵

444. Con respecto a España, la Constitución de 1978 consagró la autonomía municipal en los artículos 137 y 140 y posteriormente la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local No. 7 de 1985 estableció en el artículo 2o., sobre la competencia:

1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladoras de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas, su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. 2. Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deben corresponder a los entes locales en las materias que regulen.

445. En cuanto a la *competencia específica de los municipios*, el artículo 25 de la misma Ley, en el apartado 2 dispone que ejercerán:

15 Véase capítulo séptimo de esta obra, pp. 363 y ss.

...en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias: a) Seguridad en lugares públicos. b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. c) Protección civil, prevención y extinción de incendios. d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. e) Patrimonio histórico-artístico. f) Protección del medio ambiente. g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores. h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión primaria de la salud. j) Cementerios y servicios funerarios. k) Prestación de los servicios sociales y de promoción de reinserción social. l) Suministro de agua y de alumbrado público; servicio de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos; alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. ll) Transporte público de pasajeros. m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo. n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de centros docentes públicos; intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

A su vez, el apartado 1 había dispuesto una fórmula genérica que permite ejercer actividades y prestar servicios en materias no enumeradas en el apartado 2, con la condición de que “contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

Creemos necesario destacar las siguientes *conclusiones* que consideramos vigentes del ya mencionado IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios:

7) Para robustecer la competencia municipal debería acudirse a fórmulas que compatibilicen la potenciación del municipio como célula primaria de la sociedad, con las exigencias de la planificación y la producción en gran escala y con la superación de la clásica distinción entre el interés estatal, el provincial y el municipal. La cooperación intermunicipal, las mancomunidades, los consorcios y las empresas de economía mixta, son instrumentos valiosos que permiten afirmar o incrementar la competencia municipal.

8) El hecho de que una actividad haya de ser planificada a un nivel superior al municipal no implica necesariamente una asunción plena de un ente superior al municipio de toda competencia sobre dicha actividad,

sin merma de aquélla, estableciendo los oportunos medios de control que el municipio cumpla las previsiones del plan.

9) La existencia de un interés nacional en un determinado servicio no comporta ineludiblemente su centralización, pues resultará en ocasiones más aconsejable otorgar la competencia sobre aquél, de forma indistinta o compartida al estado y al municipio.¹⁶

Finalmente, creemos que habrá que partir de estos conceptos para afirmar la autonomía y las competencias locales, buscando las mejores soluciones políticas, jurídicas, técnicas y económicas en la satisfacción de los intereses ciudadanos y en el cumplimiento de los fines municipales.

IV. NORMAS CONSTITUCIONALES REGULATORIAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA FEDERACIÓN ARGENTINA

446. Limitándonos a las normas constitucionales en la materia, destacamos que recién en la reforma de 1994 se consagró en el artículo 42 de la ley suprema de la nación, la siguiente disposición:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen el derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos: a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Sostiene al respecto Alejandro Pérez Hualde:¹⁷

16 Véase las pp. 363 y 364 de esta misma obra.

17 Pérez Hualde, Alejandro, “Constitución nacional y control de los servicios públicos”, *La Ley*, año LXV, núm. 101, 29 de mayo de 2001, p. 1.

La Convención Constituyente de 1994 no adhiere a la corriente fuertemente liberalizadora del mercado instaurada por la “Reforma del Estado”, que había privatizado sin marcos regulatorios, que pretendía despublicizar los servicios públicos, como lo demuestra el marco regulatorio del servicio telefónico —que no habla ya de usuario sino de cliente—, que muestra un Estado en retirada desordenada, embarcado en un proceso desregulador sin precauciones mínimas, sino que, por el contrario, presenta una nueva impronta, propone un Estado protagonista y responsable de su rol en procura del bienestar general y que brinda los medios necesarios para desarrollar una verdadera política en materia de servicios públicos.

El autor también señala que la norma establece un *control “genérico”* de la “calidad y eficiencia de los servicios públicos” que encomienda a las “autoridades” y que no es otra cosa que la comprobación permanente de que el servicio se presta en cumplimiento estricto de sus caracteres de generalidad, igualdad, continuidad, regularidad y obligatoriedad, que son los prescriptos por la ley para someter dicha prestación al régimen de derecho público.

Asimismo, se instaura un *control “específico”* dirigido específicamente a los servicios públicos a través de la creación por la legislación de un “marco regulatorio” y de “órganos de control”.¹⁸

También la norma prescribe *garantías específicas para los usuarios*, a diferencia de las garantías que son comunes tanto para consumidores como usuarios. En efecto, sólo para estos últimos se les garantiza el control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la existencia de un marco regulatorio con organismos de control que prevean la participación de consumidores y usuarios y las provincias interesadas.

Esta mayor protección de los usuarios se fundamenta en las siguientes razones para Pérez Hualde: *a)* el usuario no elige a su prestador de servicios públicos; *b)* el prestador de servicios públicos goza de privilegios que deben ser correlativos con sus responsabilidades; *c)* el prestador escapa a los controles habituales del mercado; *d)* es el propio Estado el que contrata y dota de privilegios al prestador y en consecuencia debe estar en condiciones de controlarlo; *e)* los privilegios concedidos al pres-

18 Cfr. *ibidem*, p. 2.

tador pueden provocar deformaciones en los mercados mediante el uso abusivo de su situación dominante.¹⁹

Finalmente el autor destaca la *exigencia constitucional de participación de usuarios* tanto en los mecanismos de prevención y solución de conflictos como en los organismos de control. En tal sentido, menciona la realización de audiencias públicas, o la designación como se prevé en Reglamentos de los Estados Unidos, de defensores de los usuarios y especialmente, la participación en entes reguladores, que deben ser independientes, especializados y con representación provincial, para cumplir los objetivos de la ley suprema.²⁰

Queremos resaltar especialmente que la norma constitucional ha establecido un control genérico sobre los servicios públicos a cargo de las “autoridades” y en consecuencia, interpretamos que dicha obligación corresponde a todos los niveles gubernamentales de la federación argentina, o sea el federal, los provinciales, el de la Ciudad autónoma de Buenos Aires y los municipales. En cambio, otros aspectos de la norma sólo son aplicables a los servicios públicos del orden federal.

447. En cuanto al nivel provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, que comprende el análisis de 24 textos constitucionales, sólo nos detendremos en esta oportunidad, en el correspondiente a nuestra provincia de Córdoba.

Refiere el artículo 75, denominado “Servicios públicos”, en el título segundo sobre “Políticas especiales del Estado”: “Los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características a la provincia o a los municipios; pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares. En el control de su prestación participan los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas”.

Asimismo, el artículo 174 sobre “Principios”, en la sección cuarta “Administración pública provincial y municipal”, comienza indicando: “La administración pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia, economicidad y oportunidad...” y por último, en el artículo 175, titulado “Regionalización”, de la misma sección cuarta, prescribe: “Una ley especial establece la regionalización de la Provincia a los fines de facilitar la desconcentración admi-

19 *Cfr. idem.*

20 *Cfr. ibidem*, pp. 2 y 3. Más adelante volveremos sobre este tema.

nistrativa, la más eficiente prestación de los servicios públicos y unificar los diversos criterios de división territorial”.

De tal manera que la Constitución cordobesa, con la reforma producida en 1987, había ordenado criterios precisos en la materia estudiada, plenamente coincidentes con el desarrollo efectuado anteriormente y que se adecuan a las pautas posteriormente incorporadas en la ley suprema federal.

448. Con respecto al orden municipal, igualmente nos limitaremos a señalar como ejemplo lo dispuesto en la legislación local de la Ciudad de Córdoba, que sancionara su Carta Orgánica Municipal en 1995.²¹

En el artículo 9o. sobre “Derechos”, en el capítulo II “Derechos y deberes de los vecinos”, se menciona en el inciso 9: “A la protección como consumidores o usuarios”.

En el artículo 13, denominado “Cláusula municipal”, en el título segundo “Principios de gobierno y políticas especiales”, se observa en el inciso 3: “Celebrar convenios con otros municipios y constituir organismos intermunicipales bajo las formas de asociaciones, organismos descentralizados autárquicos, empresas o sociedades de economía mixta y otros regímenes especiales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica o financiera o actividades comunes de su competencia”.

En el artículo 27, titulado “Desarrollo urbano”, en el capítulo II de “Políticas especiales y sociales”, se indica como facultades del municipio en el inciso 5: “Promover, proyectar y ejecutar las obras de infraestructura, equipamiento y servicios públicos en concordancia con los planes de desarrollo urbano y social”.

En el artículo 35 de “Consumidores y usuarios”, correspondiente al mismo capítulo antes citado, se indica: “El municipio protege los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en relación a su salud, su seguridad y sus intereses económicos. Promueve una información adecuada y veraz, la educación para el consumo, la participación de asociaciones de consumidores y usuarios, la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno”.

También en el mismo capítulo se encuentra el artículo 38, destinado específicamente a “Servicios públicos”, que dice: “El municipio garanti-

21 Dicha verdadera Constitución local, fue obra de la Convención Municipal Constituyente, que tuviera el honor de presidir y que correspondiera a la primera carta en ser sancionada en una ciudad de Latinoamérica de más de 1,000,000 de habitantes.

za la prestación de servicios públicos necesarios y asegura las condiciones de regularidad, continuidad, generalidad, accesibilidad y mantenimiento para los usuarios. Los servicios públicos se brindan directamente por el municipio o por terceros según criterios de eficiencia y calidad, conforme lo reglamenten las ordenanzas”.

Posteriormente, entre las atribuciones del Concejo Deliberante, en el artículo 64, establece los siguientes incisos:

16. Sancionar las ordenanzas de contabilidad, contrataciones, obras y servicios públicos y que regulen el régimen jurídico de los organismos descentralizados autárquicos, empresas o sociedades de economía mixta y municipalizaciones.

17. Aprobar los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones para las concesiones de obras y servicios públicos.

18. Fijar las tarifas de los servicios públicos.

22. Solicitar al Tribunal de Cuentas la realización de auditorías de contenido económico financiero. Un tercio de los miembros del Cuerpo puede solicitar auditorías a las empresas concesionarias de servicios públicos. Esta última atribución sólo puede ser ejercida una vez por concesionaria durante el periodo del Cuerpo. El Tribunal de Cuentas establece la modalidad de la auditoría solicitada.

También se impone en el artículo 78, denominado “Doble lectura”, este procedimiento especial que importa que entre ambas lecturas o aprobaciones de los proyectos de ordenanzas, exista un plazo no menor a los 15 días y se realice una audiencia pública, para los siguiente casos:

Inciso 1: Privatizar obras, servicios y funciones del Municipio.

Inciso 2: Municipalizar servicios.

Inciso 4: Crear entidades descentralizadas autárquicas.

Inciso 5: Crear empresas municipales y de economía mixta.

Inciso 7: Aprobar los pliegos de bases y condiciones para la concesión de obras y servicios públicos.

Inciso 9: Otorgar la autorización para la concesión de servicios públicos por más de 10 años.

Asimismo, entre las atribuciones del intendente, en el artículo 86, inciso 22, se menciona: “Prestar servicios públicos por administración o a

través de terceros”; inciso 25: “Formular las bases y condiciones de las licitaciones; aprobar o desechar las propuestas”.

Más adelante, en la sección segunda sobre “Organismos de control”, en el título segundo se encuentra el capítulo III, que legisla los “Entes de control de los servicios públicos”, a través de los siguientes artículos:

Competencia

Artículo 109. El control de la prestación de los servicios públicos de competencia municipal, conforme a su marco regulatorio, está a cargo de entes que pueden crear las ordenanzas.

Designación:

Artículo 110. El intendente designa a los miembros de los entes de control de los servicios públicos, mediante procedimiento que asegure la idoneidad y la igualdad de oportunidades, con acuerdo del Concejo Deliberante.

Duración y remoción

Artículo 111. Duran hasta cuatro años en su funciones. No pueden exceder el mandato del intendente que los designa. Conservan su cargo mientras dure su buena conducta y pueden ser removidos por el intendente con acuerdo del Concejo Deliberante.

Funcionamiento y principios

Artículo 112. Las ordenanzas reglamentan la estructura de los entes y aseguran los principios de legalidad, eficiencia, imparcialidad, publicidad y la necesaria participación de los usuarios.

También pueden ser de aplicación en referencia a los servicios públicos, los institutos de democracia directa o semidirecta como la iniciativa popular y los *referendums* facultativos y obligatorios, regulados en los artículos 143, 144 y 145.

Finalmente, en la sección quinta sobre “Descentralización”, se prescribe entre las atribuciones de las juntas de participación vecinal, en el artículo 156, inciso 3: “Ser consultados para la realización de obras y servicios, realizadas por el sistema de contribución por mejoras”, inciso 4: “Ejecutar obras, servicios o programas con autorización del municipio y conforme a la legislación vigente”, e inciso 5: “Colaborar en el control de gestión de los servicios públicos que se prestan en el ámbito de su jurisdicción”.

Como se advertirá, la Carta ha legislado con especial detenimiento la materia, en completa correspondencia con los análisis antes efectuados.

Ello nos exime de mayores consideraciones, a lo que sumamos razones de brevedad. Sólo expresaremos de manera general sobre esta normativa constitucional de la Federación argentina, en sus distintos niveles, que ahora el desafío consiste en hacer realidad dichos principios, para cumplir las altas finalidades de las leyes supremas. Se trata en síntesis, de superar nuestros graves problemas de desarrollo político, jurídico, cultural y social que se expresan en el deprimente fenómeno de la anomia, para lo que se impone un profundo proceso de cambio que tiene como una de sus aspectos principales la lucha por el derecho.

V. FORMAS DE PRESTACIÓN Y GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA Y ESPAÑA

1. *Argentina*

449. En su clásica obra, Alcides Greca²² señalaba cinco formas de prestación de los servicios públicos municipales en Argentina, que al considerarlas “como sucesivas etapas en el perfeccionamiento y progreso técnico-administrativo del Estado”, colocaba en el siguiente orden:

I. Explotación privada (esta puede presentarse bajo dos aspectos: *a*) como una mera actividad industrial; *b*) bajo una reglamentación legal).

II. Arriendo.

III. Concesión (que también puede presentarse: *a*) en libre concurrencia con otras empresas; *b*) bajo un sistema de monopolio).

IV. Economía mixta.

V. Municipalización (también la municipalización, en sus diversos aspectos, puede actuar en libre concurrencia o con el privilegio del monopolio).

450. En la *explotación privada* se trata de la prestación de servicios por empresas privadas, sin que medie concesión del Estado. Corresponde a aquéllos servicios sobre los cuales no se ha hecho sentir la necesidad de una rigurosa fiscalización de los poderes públicos.

²² Alcides Greca, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, 2a. ed., Santa Fé, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1943, t. 3, p. 203.

El autor mencionaba dos etapas: una primera en que el servicio se prestaba como una mera actividad sin control especial del Estado, y otra segunda en que se reglamenta el servicio, se asegura su regularidad e imponen las tarifas o precios que se deben cobrar al público. El más típico de estos servicios es el transporte de pasajeros en automóviles y coches de alquiler.²³

451. El *arriendo* consiste en la entrega de un servicio a una empresa en virtud de un contrato entre el Estado o el municipio y el arrendatario. El servicio arrendado corresponde originariamente al Estado, que sigue cobrando tasas o contribuciones por el mismo con las que forma un fondo especial destinado a cubrir la cuota con la empresa arrendataria. La relación jurídica se presenta entre la administración y la empresa arrendataria, regida por el contrato. Los usuarios del servicio sólo tiene relaciones con la administración. La principal obligación del arrendatario es prestar el servicio de manera eficiente y regular, y la de la administración, pagar el precio convenido por dicha prestación. El autor ya indicaba que esta forma de prestación estaba prácticamente en desuso en su tiempo y además, mencionaba como ejemplo al servicio de luz en las calles de algunas ciudades.²⁴

452. En cuanto a la *concesión de servicios públicos*, como veremos uno de los medios más utilizados desde hace ya largo tiempo, fue definida por Rafael Bielsa, fundado a su vez en conceptos de Haoriou y de Mayer, como “un acto administrativo, por el cual se atribuye a una persona, con el fin de que ella gestione o realice el servicio público concedido, conexo a la construcción de una obra pública, un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública”.²⁵

No se trata de un contrato de derecho privado, sino de derecho público, aunque presente caracteres comunes a aquéllos, pues es también sinalagmático, conmutativo, oneroso y se celebra *intuiti personae*, pero la gran diferencia estriba, como lo señalaba Greca, en la situación de privilegio que tiene una de las partes: la administración pública, que puede modificar las condiciones y el funcionamiento del servicio objeto de la concesión. Además que al concesionario se le atribuyen facultades propias de la administración pública, que se derivan del servicio que debe prestar: *v. gr.* la facultad de expropiar por causa de utilidad pública, los

23 Cfr. *ibidem*, pp. 203-205.

24 Cfr. *ibidem*, pp. 205-207.

25 *Derecho administrativo*, 3a. ed., t. 1, p. 308.

privilegios reconocidos en créditos originados por la explotación de la obra o servicio, la ocupación de los bienes del dominio público, los derechos de servidumbre y la protección del poder público para asegurar el funcionamiento del servicio.²⁶

Resulta conveniente distinguir el contrato de concesión de obra pública del que estamos analizando. Al respecto, sostienen Ildarraz, Zarza Menzaque y Viale:

En el primero existe una delegación de atribuciones de la administración a favor del concesionario para que éste realice la obra, para lo cual se le concede la atribución de cobrar el precio de la misma a los terceros, mientras que en éste también hay transferencia de poderes, pero el objeto principal es la prestación del servicio público, que es una obligación inherente a la administración, de tal manera que si para su adecuado cumplimiento es menester la realización de algún tipo de obra, ésta será una parte accesoria del contrato de concesión.²⁷

Como en la concesión existe delegación de atribuciones estatales, es preciso que los contratos sean redactados con la mayor claridad y precisión posibles, pues la interpretación de dicha delegación es de carácter restrictivo, ya que está en juego el interés general en los servicios públicos.

En cuanto a los sujetos intervinientes en el contrato de concesión son dos: el concedente, o sea la administración en este caso local, y el concesionario, que puede ser una persona física o jurídica, estatal o no.

El concesionario tiene la facultad de cobrar el precio a los usuarios por la prestación del servicio público, pero es la administración quien fija la tarifa.

Los citados profesores de Córdoba, a los que seguimos en este tema, señalan que la extinción de este contrato presenta características especiales con relación a los otros contratos, pues puede producirse por vencimiento del plazo, anulación, revocación, falencia, muerte, caducidad o rescate.²⁸

Este es un sistema de muy extensa utilización en todos los niveles gubernamentales y en particular en el local, por lo que nos excusamos

26 Cfr. Alcides Greca, *op. cit.*, t. 3, pp. 209 y 210.

27 Ildarraz, Benigno; Zarza Mensaque, Alberto y Viale, Claudio, *op. cit.*, p. 426.

28 Cfr. *ibidem*, pp. 426 y 427.

del análisis de la legislación respectiva, pues excedería los límites de este trabajo. De todas maneras, se trata de la aplicación de similares conceptos acuñados por la doctrina y la jurisprudencia.

453. Respecto a las *empresas o sociedades de economía mixta*, constituyen un sistema intermedio entre la prestación de servicios por medio de particulares y la municipalización o estatización de los mismos y demás actividades que asuman los gobiernos locales. Las empresas de economía mixta tomaron su auge luego de la primera guerra mundial de 1914 y tuvieron su antecedente de las grandes compañías de navegación y colonización de la Edad Moderna, dice Alcides Greca.²⁹

Puede ser una forma de prestación que le permita al Estado local una administración más económica y técnica de los servicios públicos, mediante la participación de capitales privados y que posibilita un adecuado control de las finalidades públicas.

La participación del Estado puede tener los más variados fines para el distinguido municipalista, que menciona *v. gr.* la explotación de una industria o de una actividad comercial para favorecer el progreso económico, la prestación de un servicio público deficientemente prestado por el Estado o por el capital privado, el beneficio de la población en general o la obtención de recursos para el Estado.³⁰

Son aspectos controvertidos el alcance del aporte estatal como así también la participación en la administración de la empresa, que por lo común se efectiviza mediante la presencia en el directorio de manera proporcional a los aportes efectuados o mediante la posibilidad de vetar resoluciones contrarias a la sociedad o a los intereses estatales.

Para Greca la preeminencia del poder público en la orientación de la sociedad de economía mixta tiene las siguientes finalidades: velar por el interés general, obtener una mayor eficacia en el servicio, ejercer el poder de policía y evitar el excesivo afán de lucro que mueve al capital privado y que puede producir perjuicio a los usuarios.³¹

En nuestro país, existe una larga experiencia en la materia, con empresas o sociedades de economía mixta en todos los órdenes gubernamentales: federal, provinciales y municipales, que no analizaremos en particular por razones de brevedad.³² No obstante ello, nos remitimos al

29 *Cfr.* Alcides Greca, *op. cit.*, t. 3, p. 263.

30 *Cfr. ibidem*, t. 3, p. 266.

31 *Cfr. ibidem*, t. 3, p. 269.

32 Véase *ibidem*, t. 3, pp. 282 y ss.

punto anterior donde hicimos referencia a la Carta Orgánica Municipal de Córdoba, que menciona específicamente a este sistema de prestación de servicios públicos.

454. Por último, la *municipalización* es según la definición de Greca:

...la realización directa por el poder comunal de un servicio público o de una actividad industrial, que tiene por fin, en unos casos, obtener productos o realizar actividades destinadas a ser utilizados por la población a un precio de venta inferior al que se paga a la producción privada en libre concurrencia, y en otros, cuando su costo es superior, el allegar recursos al erario municipal para la realización de obras de interés general.³³

El autor distinguió no obstante la municipalización de la estatización, pues en ésta se persigue un interés general superior, que a veces no es el de los consumidores o usuarios, lo que en cambio es el interés principal en el caso de aquélla.

Asimismo, analizó las *ventajas y desventajas de este sistema*, mencionando entre las primeras:

a) Menor coste de los servicios. b) Mejor calidad de los productos. c) Regularidad y eficacia en los servicios públicos. d) Incapacidad de las empresas privadas para satisfacer fines sociales. e) Mejor trato y remuneración del Estado a los obreros y empleados que trabajan en sus empresas de servicios públicos. f) Las utilidades que producen los servicios municipalizados, vuelven a la colectividad en forma de mejoras del servicio, implantación de otros nuevos o realización de obras de interés general. g) La municipalización evita la emigración de la riqueza, en forma de intereses, en aquellos países donde las empresas concesionarias de servicios públicos se forman con capitales de procedencia extranjera.

Y entre las desventajas mencionó:

a) Falta de capacidad técnica de los individuos que actúan en el gobierno de los municipios. b) Predominio del factor político sobre el económico y administrativo, lo que se traduce en mayores gastos, excesiva burocracia y producción deficiente y costosa. c) Aumento de las cargas impositivas y de la deuda pública. Disminución del crédito del Estado y del Municipio.

33 *Ibidem*, t. 3, p. 237.

*d) Impide la libre concurrencia y por consiguiente, el progreso de las industrias y el comercio. e) Supedita a la influencia política de las autoridades verdaderos ejércitos de empleados y obreros, que aquéllas utilizan con fines electorales.*³⁴

Finalmente, el distinguido municipalista requiere como *factores de éxito de las municipalizaciones*: *a) posibilidad financiera, pues son necesarias inversiones importantes; b) capacidad técnica, porque la conducción debe ser independiente de los funcionarios políticos, con personal capacitado y sin excesos burocráticos; c) suficiente cantidad de consumidores, ya que hace falta concentración de los mismos para que servicios como el transporte, gas, cloacas, luz eléctrica o aguas corrientes sean prestados en las mejores condiciones financieras; d) verdadera exigencia de una explotación directa, porque cuando el capital privado satisface ampliamente un servicio, no es conveniente por lo general, llegar a su municipalización y e) incapacidad de las empresas privadas, ya que cuando las deficiencias de la explotación privada no pueden remediarse mediante el poder de contralor del gobierno local, recién corresponderá asumir la explotación directa del mismo.*³⁵

Pensamos que no obstante el tiempo transcurrido y pese a la magnitud de los cambios operados en la política y la economía, esta opinión merece ser consignada pues en no pocos aspectos mantiene su vigencia y contribuye al debate de una temática compleja, interdisciplinaria y notoriamente opinable.

En cuanto a la legislación y procedimiento aplicables para la municipalización, también por razones de brevedad no efectuaremos un análisis del tema, aunque debemos recordar lo mencionado en la Carta Orgánica Municipal de Córdoba, para tener una referencia sobre la normativa de nuestro país.

Podemos manifestar que en nuestro país *no se encuentra establecido en la legislación local un régimen general* de los múltiples servicios públicos que se prestan, más allá de los ejemplos observados. En consecuencia, en no pocas oportunidades hay que recurrir a los contratos respectivos, donde se prescriben normas al respecto. Tal vez sería conveniente la sanción de ordenanzas generales, por parte de los órganos

³⁴ *Ibidem*, t. 3, pp. 238-241.

³⁵ *Cfr. ibidem*, t. 3, pp. 247-251.

deliberativos, que fijen los principios generales ordenatorios de los servicios de acuerdo a las leyes supremas de los distintos órdenes gubernamentales, con la posibilidad de reglamentación de aspectos técnicos, organizativos y de detalle por parte de los departamentos ejecutivos.

Con respecto a las *obras y servicios públicos prestados por los gobiernos locales*, Agustín Gordillo³⁶ efectúa esta síntesis:

a) Pavimentos, alumbrado y limpieza: a los que se suman los cementerios, parques, plazas y paseos públicos, con su atención consiguiente.

b) Salud: mediante hospitales y dispensarios municipales, aunque hay concurrencia de atribuciones con los otros órdenes gubernamentales, que prestan los servicios más especializados.

c) Transporte: que es competencia municipal en su territorio, porque también hay concurrencia y cuando excede los límites la misma puede ser provincial y después, en su caso, federal. Comprende los ómnibus, taxis y remises.

d) Educación: a través de escuelas primarias municipales, aunque también hay concurrencia con los otros órdenes, que en general se ocupan de la secundaria, terciaria y universitaria. También realizan actividades de cultura.

e) Seguridad: no tienen a su cargo la policía de seguridad, que es provincial o federal, aunque nosotros agregamos que avanza la participación local en las tareas de prevención del delito.

f) Otros servicios públicos: en general tampoco los gobiernos locales prestan los grandes servicios públicos como telefonía y demás comunicaciones, transporte ferroviario, gas, energía (eléctrica, hidráulica, térmica, atómica, etcétera), que son federales y en algunos casos provinciales, como agua y cloacas.

Con respecto a esta cuestión, hemos manifestado anteriormente nuestra preocupación ante el vaciamiento de las competencias municipales, pues resulta evidente que existe una considerable distancia entre la realidad y el ordenamiento normativo constitucional que como hemos visto, reconoce amplias competencias a los gobiernos locales. Se trata de otra

36 Cfr. Gordillo, Agustín, “La administración local argentina”, *Derecho municipal iberoamericano*, Madrid, IEAL, pp. 65 y 66. En cuanto a los servicios de transporte urbano de pasajeros y de taxi, véase el específico estudio efectuado por Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires y Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, t. II, capítulos XI y XII, respectivamente.

de las consecuencias del patológico proceso de centralización que afecta a nuestro país.³⁷

No obstante ello, creemos que esta situación cambiará en el futuro en razón de la importancia creciente del municipio en el mundo globalizado, que lo llevará a ejercitar mayores funciones y competencias en virtud de los procesos de integración, descentralización y de promoción del desarrollo económico y social.³⁸

2. España

455. Consideramos que lo primero que debe destacarse en este caso es la *categorización* efectuada por la legislación en cuanto a la *prestación de los servicios municipales*.

En efecto, el artículo 26 de la ya citada Ley Reguladora de Bases del Régimen Local prescribe la obligatoriedad para los municipios de prestar por sí o asociados, los servicios mínimos, que así enumera en su apartado 1:

a) *En todos los municipios*: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) *En los municipios con población superior a 5,000 habitantes*, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) *En los municipios con población superior a 20,000*, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas de uso público y matadero.

d) *En los municipios con población superior a 50,000 habitantes*, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

37 Cfr. capítulo sexto de esta misma obra, pp. 323 y ss.

38 Cfr. *ibidem*, pp. 459 y ss., donde postulamos las bases para el establecimiento de la competencia municipal y nuestra obra *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000, donde propugnamos cambios en nuestro derecho público en razón del mundo globalizado en que estamos insertos y en particular, destacamos los nuevos roles a cumplir por los gobiernos locales en el proceso de integración tanto nacional como supranacional.

A su vez, en el apartado 2 del artículo, se posibilita solicitar a las Comunidades Autónomas la dispensa en la prestación de los servicios mínimos cuando ello fuere de imposible o muy difícil cumplimiento por parte de los ayuntamientos. Asimismo, en el apartado 3 se prescribe la obligatoriedad para las diputaciones provinciales de dirigir la asistencia que deben prestar a los municipios en la prestación de los servicios mínimos.

Ya en cuanto a las *formas de prestación y gestión de los servicios*, la Ley de Bases del Régimen Local establece la clasificación entre las formas *directas* y las *indirectas*.

Dice el artículo 85:

1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas: *a)* Gestión por la propia entidad local. *b)* Organismo autónomo local. *c)* Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local.

4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas: *a)* Concesión. *b)* Gestión interesada. *c)* Arrendamiento. *d)* Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social, sólo parcialmente, pertenezca a la entidad local.³⁹

Autores como Garrido Falla, Rivero Isern y Lliset Borrell sostienen que el criterio para la división se encuentra en la participación más o menos directa de la administración en la gestión del servicio como así también en la asunción de los riesgos económicos por la prestación.⁴⁰

Consideramos de especial importancia la prohibición de otorgarle al concesionario, como figura típica de la gestión indirecta, funciones que

39 Aclaremos que también existen disposiciones legales importantes en relación a los servicios locales en el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, de 1955 y en el Texto Refundido de Régimen Local de 1986, que no transcribiremos por razones de extensión del trabajo.

40 *Cfr.* Sánchez Martín, Ángel y Sánchez García, Rosendo, "Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales", *Temas de administración local*, Granada, España, 46, 1992, pp. 91 y 92.

impliquen el ejercicio de autoridad. Y al interpretar dicho concepto, Mestre Delgado citando a Albi, expresa que dichas funciones de autoridad consisten en “actividades jurídicas”, que persiguen finalidades no económicas y que significan manifestaciones de soberanía, entre las que destaca: 1. La potestad de emanar normas jurídicas generales; 2. La potestad coactiva, enderezada a sancionar la infracción de las mismas o a imponerlas por la fuerza física, y 3. La función de policía, en cuanto a tiende a asegurar el bienestar físico o moral de la colectividad. En definitiva, con ello se pretende evitar que personas ajenas a la actividad administrativa en sentido estricto, puedan ejercer funciones de tal trascendencia jurídico-pública, que sólo al poder público competen.⁴¹

Insistimos en reiterar la importancia de esta prohibición, pues frente a los procesos de privatización en marcha, es necesario evitar la retirada del Estado, pues debe seguir cumpliendo importantes roles en defensa del interés general y de los usuarios.

456. La *gestión directa por la propia entidad local*, llamada por algunos autores gestión indiferenciada, implica que los servicios sean prestados directamente por personal dependiente de la corporación local. Estos servicios son los que implican ejercicio de autoridad y los servicios administrativos, como policía local, protección y extinción de incendios, disciplina urbanística, expedición de licencias, etcétera.

457. La *gestión directa con órgano especial de administración* consiste en una desconcentración de funciones en el órgano gestor (Rivero Isern), que puede tratarse de un órgano simple (gerencia urbanística, gerencia turística, etcétera) o de un órgano complejo que admita no sólo un órgano ejecutivo sino también deliberativo que incorpore técnicos en la materia y representaciones de la entidad y externos a ella (Lliset Borrrell). Esta forma de gestión se regula en los artículos 101 y 102 del Texto Refundido del Régimen Local. Todos los servicios, salvo que implique ejercicio de autoridad pueden prestarse mediante esta forma de gestión. El Consejo de Administración del órgano será designado por el Pleno del Ayuntamiento y presidido por un miembro de la corporación y el gerente será designado por el alcalde a propuesta del Consejo. En cuanto a su presupuesto habrá sección presupuestaria propia dentro del presupuesto único de la corporación local.⁴²

41 Cfr. *ibidem*, pp. 94 y 95.

42 Cfr. *ibidem*, pp. 97-112.

458. La gestión directa por *organismo autónomo local* implica la creación de un organismo con personalidad jurídica propia, regido por sus Estatutos, con su composición y facultades. Sus órganos de gobierno son normalmente una junta o consejo rectora, que puede designar un Director u otro personal directivo, además de formular el presupuesto —que luego deberá ser aprobado por el Pleno del Ayuntamiento—, así como proponer ordenanzas fiscales que les afecten, o normas reguladoras de los servicios públicos o las contrataciones de mayor cuantía. De conformidad con el artículo 145.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales estos organismos se clasifican en dos tipos: de carácter administrativo y de carácter mercantil, industrial o financiero. Estos organismos tienen personalidad jurídica pública y están regidos por el derecho administrativo. Suele utilizarse esta forma de gestión para servicios de carácter asistencial, turístico, recreativo esencialmente cultural y a veces, en la promoción de la construcción de viviendas. Sus recursos pueden ser: *a)* tasas, *b)* precios públicos, *c)* contribuciones especiales, *d)* aportaciones de la entidad local de que dependan, *e)* subvenciones, *f)* por enajenación de bienes y *g)* por operaciones de crédito.⁴³

459. La última de las formas de gestión directa es por medio de *sociedad mercantil*, también denominada sociedad privada, correspondiente al caso en que la corporación local es dueña de todo su capital, aunque también es un medio de gestión indirecta, cuando el capital sea parcialmente público, con la denominación de sociedades o empresas mixtas.

La administración comienza a utilizar esta técnica de manera ocasional o esporádica —sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández— bien con fines de auxiliar la financiación de alguna obra o servicio público o de participar en los beneficios extraordinarios derivados de la asignación a una sociedad concesionaria de una situación de privilegio, bien para evitar la quiebra de sociedades titulares de empresas de un interés básico para la economía del país. Esas intervenciones iniciales van a poner de manifiesto la utilidad de la forma mercantil, que libera a la gestión de las limitaciones del derecho público y supone acogerse a las técnicas contables, de administración, de personal y de mercado, que probaron su eficacia en la economía capitalista.⁴⁴

43 Cfr. *ibidem*, pp. 113-131.

44 Cfr. *ibidem*, p. 135.

Albi define a estas sociedades privadas municipales como “empresas públicas, con financiación y predominio exclusivo de la administración pública, pero dotadas formalmente de autonomía patrimonial y funcional y sujetas al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital”.⁴⁵

Como expone Lliset la sociedad privada municipal junto con la empresa mixta y los organismos autónomos comerciales, industriales y financieros, constituyan el sector económico municipal.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 1986, en el artículo 132 establece los criterios que hacen aconsejable estas sociedades como entes descentralizados con personalidad jurídica propia y que son: *a)* mayor eficacia en la gestión, *b)* por la complejidad de la misma, *c)* para la agilización de los procedimientos y *d)* para mejorar la financiación. En cuanto al régimen jurídico de estas entidades, es de derecho privado tanto en su organización como en su actividad. En cuanto a los tipos de sociedades, podrán ser anónimas o de responsabilidad limitada, según lo prescripto por el artículo 103 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local y el artículo 89.1 del Reglamento de Servicios de las entidades locales.

En cuanto a las sociedades o *empresas mixtas*, son medios de gestión indirecta en que el capital social, como lo vimos anteriormente, pertenece sólo parcialmente a la entidad local.

Hay casos en que el municipio participa de una sociedad que no tenga por objeto la prestación de un servicio público local y en consecuencia, no estamos ante la forma de gestión de servicios sino ante objetos patrimoniales. Según Lliset Borrel sólo nos encontramos con una empresa mixta de gestión de servicios públicos en dos supuestos: *a)* cuando el ente local tenga una participación mayoritaria en el capital social y *b)* cuando aún no siendo la participación mayoritaria, el ente local tenga el control interno de la empresa y de la gestión. La empresa mixta tiene personalidad jurídica propia y puede ser de dos tipos: societaria mercantil de responsabilidad limitada (anónima, limitada o comanditaria) o mediante la forma de cooperativa. Las sociedades de empresas mixtas pueden crearse por: *a)* fundación directa por la administración, por suscripción pública de acciones o por concurso de iniciativas; *b)* participación en una sociedad privada ya constituida, por las siguientes modalidades:

45 Cfr. *ibidem*, p. 142.

1. Compra de acciones en Bolsa; 2. Expropiación de acciones; 3. Convenio entre la administración y la empresa privada. La responsabilidad municipal se limitará a su aportación a la empresa. En cuanto a los órganos de gobierno de la empresa, serán los que exija la legislación según el tipo de empresa que se constituya. Para las anónimas y limitadas, la Junta General y el Consejo de Administración y para las cooperativas, la Asamblea General, el Consejo Rector, los interventores y con carácter potestativo, si lo prevén los Estatutos, el Comité de Recursos. El municipio ejerce no sólo el control interno sino también externo de la sociedad, y además, como lo expresara la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de junio de 1986, la creación de la empresa mixta no confiere a ésta la titularidad del servicio público, que conserva la administración municipal. Asimismo, la potestad de imponer sanciones corresponde al alcalde y no a los órganos de la empresa mixta. En el régimen de estas empresas, existe una previsión que consiste en que si los servicios son gestionados en régimen de monopolio, no pueden ser transformados en régimen de libre concurrencia, sin el consentimiento del capital privado de la empresa, según lo prescribe el artículo 112 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales.⁴⁶

La otra forma de gestión indirecta de gran importancia en el derecho español es la *concesión*.

López Pellice la *define* como “una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos de competencia municipal o provincial, mediante la cual la entidad local transfiere u otorga a un particular, por razón de interés público y bajo ciertas condiciones, las facultades necesarias para la explotación y gestión del servicio público de que se trate, así como en su caso, le ejecución de las obras e instalaciones necesarias para ello, percibiendo el concesionario la correspondiente remuneración y asumiendo el riesgo económico de la empresa, bajo el control de la administración concedente, y cuyo otorgamiento se realiza durante cierto tiempo, a cuyo tiempo revierte a ésta el servicio con los bienes o elementos materiales afectados al mismo”.⁴⁷

46 Cfr. *ibidem*, pp. 146-170. Para un análisis más detenido de las empresas municipales, véase el resto del libro citado. Asimismo, Mateo, Ramón Martín, “Los servicios locales, especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias”, *XXI Congreso Iberoamericano de Municipios*, Valladolid, OICI, 1992, pp. 81-89.

47 López Pellicer, J. A., *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, España, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976, p. 39.

La concesión que se aplica fundamentalmente para obras y servicios público por una parte y para dominio público, por la otra, ha sido objeto de debates teóricos sobre su naturaleza contractual o de acto administrativo, así como de la prelación normativa aplicable (estatal, autonómica, propia de cada entidad local, etcétera).⁴⁸

Las *condiciones* para que un servicio pueda ser objeto de una concesión son: 1. La naturaleza de servicio público económico, esto es, que sea susceptible de explotación industrial o mercantil; 2. La titularidad legal de la corporación local sobre el servicio en cuestión.

En cuanto a la utilización de este instrumento para la gestión de los servicios, Sánchez Isac señala distintas ventajas, además del “glamour” de la privatización (Badía), pero concluye en que en cada caso será necesario un estudio desapasionado y técnico para concluir en ello.⁴⁹

El artículo 128.2 de la Constitución de 1978 es claro en reconocer la iniciativa pública en la actividad económica y en consecuencia, la actividad mercantil e industrial de los entes locales está autorizada y ello puede ocurrir en un sistema de *libre competencia o de monopolio*. Con respecto a éste último, el artículo 86.3 de la Ley de Bases del Régimen Local establece la siguiente reserva en favor de las actividades que califica de esenciales como abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de pasajeros; servicios mortuorios. Dicho monopolio debe ser declarado y autorizado por una resolución del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, según lo dispuesto por el artículo 86.2 de la Ley de Bases citada. En cambio, la iniciativa de las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre competencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes, atento lo dispuesto por el artículo 96 del Texto Refundido del Régimen Local.

48 Como no nos podemos detener en estas cuestiones, por razones de brevedad, véase el libro de Sánchez Isac, Jaime, *Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales*, Barcelona, Baer Hnos., 1992, pp. 31-41.

49 *Ibidem*, pp. 51-53. En cuanto a la cita de Enrique Badía, dicho autor sostuvo: “La indignación generalizada por el deterioro y mal funcionamiento de los servicios públicos otorga un cierto ‘glamour’ a cualquier posible privatización...”, *La Vanguardia*, 7 de julio de 1991.

Para el *ejercicio de cualquier actividad económica o industrial por parte de los entes locales* es necesario: *a)* un acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico; *b)* redacción por dicha Comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad de que se trate; *c)* exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación por un plazo no inferior a los 30 días naturales durante los que se pueden formular observaciones por particulares y entidades; *d)* aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad local, que deberá ser por mayoría simple, ya que se requiere mayoría cualificada para el caso de las actividades económicas con monopolio (artículo 47.2.f de la Ley de Bases del Régimen Local).⁵⁰

Nos resulta sumamente interesante la experiencia española en relación a la *aplicación del derecho comunitario por parte de los gobiernos locales*, en cuanto a la *iniciativa pública y la libertad de empresa* en el derecho local, según se observa con los problemas prácticos mencionados en el Informe al Parlamento de Cataluña de 1990 del síndico de Greuges. En dicho documento se expresó:

La competencia municipal en materia de mercados tiene por finalidad poner a disposición de los posibles vendedores un equipamiento comercial en vista a garantizar el abastecimiento en unas ciertas condiciones. La actividad de los vendedores en relación a la competencia está regulada por el Tratado de Roma en los artículos 85 y siguientes. De acuerdo con la adhesión de las Comunidades, la legislación española se ha adaptado a los postulados del derecho comunitario, donde el valor mercado y la competencia ocupan un lugar preponderante. Los municipios han de tener presente estos principios en su actuación, así como en el hecho de que en el momento histórico en que caen las barreras comerciales interestatales en el seno de la Comunidad Europea, no pueden levantar fronteras comerciales intercomarcales o municipales.⁵¹

50 Cfr. Sánchez Isac, Jaime, *op. cit.*, pp. 57-62.

51 Véase *ibidem*, pp. 62-66, donde se observan los casos concretos señalados por el síndico a través de un informe y de quejas vinculadas especialmente a la defensa de la competencia.

Sin detenernos en la cuestión, diremos que en cuanto a la *prestación de servicios públicos municipales por concesión en España*, aunque algunos de ellos pueden corresponder también a otros órdenes como el agua, podemos mencionar a los servicios funerarios, gas, transporte colectivo urbano de pasajeros, de la ejecución de los planes de ordenamiento urbanístico, etcétera. También debe tenerse presente que utilizan la concesión para la prestación de servicios las sociedades privadas municipales.⁵²

Finalmente, en cuanto a los *entes locales que pueden utilizar la concesión*, el artículo 3o. de la Ley de Bases del Régimen Local autoriza a prestar servicios locales, y por tanto a concesionar como forma indirecta de gestión, a los siguientes entes: *a)* el municipio; *b)* la provincia; *c)* la isla de los archipiélagos Balear y Canario; *d)* las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de la Ley de Bases de Régimen Local; *e)* las comarcas; *f)* las áreas metropolitanas; *g)* las mancomunidades de municipios.⁵³

Otra forma de gestión indirecta prescripta por la ley es la *gestión interesada*, que es una institución francesa que se ubica entre la gestión directa y la concesión, escasamente utilizada y consiste en que la administración otorga a un particular la prestación de un servicio público, con entrega de las instalaciones y corriendo con los gastos y riesgos, recibiendo el gestor una retribución fija o proporcional a las ganancias.

Por último, el *arrendamiento* es una forma de gestión prevista por el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local que indica que “sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación o sea propiedad de ésta”. Es un sistema que sólo se distingue de la concesión en que en ésta se perciben tarifas por el concesionario a los usuarios, mientras que aquí se trata de precios. La principal obligación del arrendatario es la prestación del servicio. Además, pagará el precio convenido, conservará

52 *Cfr. ibidem*, pp. 81-121, más allá que en ciertos casos las sociedades privadas pueden utilizar la dicotomía derecho público-derecho privado para liberarse de las trabas del sistema administrativo, como lo señala el autor en pp. 120 y 121.

53 Para un análisis de otros aspectos de la concesión en sus aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos, remitimos a la obra ya citada de Jaime Sánchez Isac.

las instalaciones en buen uso y deberá devolver éstas a la finalización del contrato.

En una comparación entre las formas de prestación y gestión de servicios públicos municipales en estos dos países, concluimos en la notable similitud entre las mismas, más allá de la diferencias existentes entre dichos regímenes municipales.

VI. LAS RELACIONES INTERMUNICIPALES E INTERJURISDICCIONALES Y LOS SERVICIOS LOCALES

460. A los fines de ir completando nuestro estudio sobre las formas de gestión de los servicios públicos locales en el *derecho argentino*, consideramos pertinente el análisis de las relaciones intermunicipales e interjurisdiccionales, que como veremos, resultan un instrumento fundamental para el mejor cumplimiento de los fines de los gobiernos locales y para la instauración de un federalismo moderno y de concertación.

Veamos entonces lo que disponen al respecto las Constituciones provinciales.

La de *Buenos Aires*, en su artículo 192: “Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: ...8) constituir consorcios de municipalidades”.

Catamarca, artículo 245: “Son atribuciones y deberes del gobierno municipal: ...4) realizar convenios y contratos con la nación, la provincia y otros municipios para la construcción de obras y prestación de servicios públicos”.

Córdoba, artículo 190:

Las municipalidades pueden celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia. Pueden celebrar acuerdos con la provincia, el gobierno federal u organismos descentralizados, para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes;...

Y artículo 191:

Las municipalidades convienen con la provincia su participación en la administración, gestión y ejecución de obras y servicios que preste o eje-

cute en su radio, con la asignación de recursos en su caso, para lograr mayor eficiencia y descentralización operativo. Participan en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo regional, y acuerdan su participación en la realización de obras y prestaciones de servicios que les afecten en razón de la zona. Es obligación del gobierno provincial brindar asistencia técnica.

Corrientes, artículo 163:

El municipio debe desarrollar su actividad preferentemente conforme a criterios técnicos. Son atribuciones y deberes del municipio, sin perjuicio de las demás facultades o gestiones que pueda atribuirle la ley: ...12) conviene con la provincia o con otros municipios, la formación de organismos de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes.

Chaco, artículo 193: “Los municipios podrán convenir entre sí la realización de obras destinadas a satisfacer necesidades de interés común. La ley establecerá el régimen y demás normas de la acción intercomunal. Tendrán participación en las iniciativas de regionalización que los comprendan”.

Chubut, artículo 235:

La regionalización para el desarrollo integral debe realizarse sobre la base de la participación de los municipios en la elaboración de las políticas provinciales en materia de ordenamiento territorial de los espacios interjurisdiccionales, cuando los ejidos municipales se encuentran comprendidos o vinculados a planes y procesos de desarrollo económico social a escala regional o subregional;...

Y artículo 237:

Los municipios pueden crear subregiones para el desarrollo económico y social y establecer organismos con facultades para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, pueden celebrar convenios intermunicipales para la prestación mancomunada de servicios, ejecución de obras públicas, cooperación técnica y financiera y actividades de interés común de su competencia. Los municipios pueden firmar convenios con el Estado provincial o federal, para el ejercicio coordinado de actividades concurrentes,

como así también con organismos nacionales o internacionales y municipios de otras provincias.

Entre Ríos, artículo 195: “Los municipios de primera categoría serán gobernados por municipalidades, las que funcionarán con arreglo a las siguientes bases: ...4) corresponde a las municipalidades: ...k) todas las demás atribuciones y facultades que se derivan de las enumeradas, o que sean indispensables para hacer efectivos los fines de las instituciones municipales”.

Formosa, artículo 179: “Son atribuciones del gobierno municipal entender y resolver en todos los asuntos de interés comunal que no hayan sido expresamente delegados en la Constitución nacional o en la presente, y de conformidad con la carta orgánica del municipio”.

Jujuy, artículo 190: “Atribuciones y deberes de las municipalidades: ...12) celebrar convenios con entes públicos o privados”.

La Pampa, artículo 123:

Son atribuciones y deberes comunes a todos los municipios, con arreglo a las prescripciones de la ley: ...4) dictar ordenanzas y reglamentos sobre... y toda otra actividad propia del municipio; ...9) realizar cualquier otra gestión de interés general no prohibida por la ley orgánica y compatible con las disposiciones de esta Constitución.

Misiones, artículo 171: “Son atribuciones y deberes de los municipios: ...9) realizar convenios de mutuo interés con otros entes de derecho público o privado”.

Neuquén, artículo 204: “Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a sus cartas y leyes orgánicas: ...m) suscribir convenios con otros municipios, con las reparticiones autárquicas, con la provincia o con la nación, con fines de beneficio recíproco”.

Río Negro, artículo 229: “El municipio tiene las siguientes facultades y deberes: ...f) forma los organismos intermunicipales de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes”.

Salta, artículo 170:

Competencias municipales. Compete a los municipios, sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las cartas orgánicas y leyes

de municipalidades: ...13) la cooperación con la provincia o la nación en asistencia social, salud pública, preservación del medio ambiente y recursos naturales. ...19) celebrar convenios con otros municipios, con la provincia o la nación, con empresas públicas o entidades autárquicas en la esfera de su competencia.

San Juan, artículo 251:

Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a los principios de sus cartas y ley orgánica, los siguientes: ...18) convenir con la provincia o con otros municipios la formación de organismos de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes; 19) participar, por medio de un representante designado al efecto en los organismos provinciales de planificación o desarrollo, cuyas disposiciones afecten intereses municipales.

San Luis, artículo 261:

Son atribuciones y deberes del Departamento Ejecutivo Municipal: ...13) participación por medio de representantes, en los organismos provinciales de planificación y/o desarrollo, cuyas disposiciones afecten directamente los intereses municipales; 19) realizar cualquier otra función de interés local que no esté prohibida a las municipalidades por sus disposiciones orgánicas respectivas y, no sean incompatibles con los demás poderes del Estado.

Santa Cruz, artículo 150:

En el ámbito territorial que la legislatura le fije y conforme a criterios técnicos, el municipio desarrollará su actividad y tendrá competencia en las siguientes materias, sin perjuicio de otras que las leyes le fijen: ...12) convenir con la provincia su participación en la administración, gestión y ejecución de obras y servicios que preste o ejecute en su radio, con la asignación de recursos en su caso, para lograr mayor eficiencia y descentralización operativo; 13) participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo regional y acordar su participación en la realización de obras y la prestación de servicios que le afecten en razón de la zona.

Santiago del Estero, artículo 220: “La organización del gobierno comunal se sujetará a las siguientes bases: ...16) los municipios podrán celebrar tratados con la nación, con la provincia y con otros municipios de esta o de otras provincias, con fines de interés común que retuerquen el sistema federal de colaboración intercomunal, reconocidos por esta Constitución y la Constitución nacional”.

Tierra del Fuego, artículo 173:

La provincia reconoce a los municipios y a las comunas, las siguientes competencias: ...12) concertar con otros municipios, con las provincias o con la Nación, todo tipo de convenios interjurisdiccionales que tengan por fin desarrollar actividades de interés para la comunidad local; 17) mantener relaciones intermunicipales para satisfacción de intereses mutuos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, y convenir con el gobierno provincial la delegación de funciones provinciales fuera de sus jurisdicciones.

Tucumán, artículo 113: “La ley, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la Provincia, determinará las funciones a cumplir por las municipalidades, conforme a sus respectivas categorías, y referente a las siguientes áreas: ...9) cualquier otra función relacionada con los intereses locales, dentro del marco de la ley de organización de municipalidades”.

Observamos que la mayoría de las leyes supremas provinciales permiten expresamente las relaciones intermunicipales y con otros organismos estadales, y que lo hacen en forma implícita las de Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Jujuy y Tucumán. Nada dicen, en cambio, las Constituciones de La Rioja, Mendoza y Santa Fe. Sin embargo, aun así no creemos en la imposibilidad que se las lleve a cabo en estas provincias, por cuanto en nuestro concepto son de la esencia del municipio, y además no han sido prohibidas en forma expresa.

De *lege ferenda*, propiciamos la inclusión en las Constituciones que se reformen, de normas similares a las de Córdoba y Chubut, y en las leyes y cartas orgánicas municipales, de prescripciones parecidas a la Ley 8102 —orgánica municipal— de la provincia de Córdoba, a fin de estimular vigorosamente las relaciones intermunicipales. Así contaremos con poderosos instrumentos para la zonificación, regionalización e integración, que fortalecerán la vida local.

461. Muy variados pueden ser los objetivos de las relaciones intermunicipales e interjurisdiccionales, pues a las funciones y competencias tradicionales de los gobiernos locales, se suman nuevos roles de promoción del desarrollo integral humano. Además se está profundizando una tendencia mundial hacia la descentralización, como creadora de espacios de participación, eficacia, control y libertad. Esto importa la asunción de *nuevas responsabilidades* por los municipios en materias de salud, educación, seguridad, asistencia social, ecología, promoción económica y desarrollo sustentable.

Existen *ejemplos* en nuestro país de diversos entes intermunicipales o interjurisdiccionales constituidos, como *v. gr.*: Eincor (Ente Intercomunal del norte de Córdoba), que nuclea a más de 100 municipios y comunas del norte de la provincia de Córdoba y Adesur (Asociación interinstitucional para el Desarrollo del Sur), que reúne a aproximadamente 50 gobiernos locales del Sur de dicha provincia y a la Universidad Nacional de Río Cuarto, o los Corredores Productivos de la provincia de Buenos Aires, entre otras experiencias de esta naturaleza.⁵⁴

En cuanto a España, el eje fundamental de cooperación y asistencia a los municipios es la provincia, que a su vez canaliza dicha cooperación proveniente del Estado, de las Comunidades Autónomas e incluso de la Unión Europea. La provincia tiene como fines propios garantizar los

54 Véanse la presente obra, capítulo quinto, pp. 247-250 e *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, en su capítulo II y el artículo “El rol del municipio en el desarrollo económico”, *Revista Civilidad*, núm. 21, pp. 60-66, donde analizamos algunas experiencias en dicho sentido como Bancos Municipales, la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, El Cinturón Ecológico Área Metropolitana de Buenos Aires, etcétera. Asimismo, se están constituyendo Microregiones en distintos lugares del país como “Comarca de los Alerces”, en la provincia de Chubut, integrada por los municipios de Esquel, Trevelín, Corcovado, Tecka, Cholila y Parque Nacional los Alerces; “Foro de los Ríos”, en Córdoba, integrada por los municipios de Villa General Belgrano, Los Reartes, La Cumbrecita, Villa Berna, Athos Pampa y Villa Alpina; “Interprovincial de Mar Chiquita”, en Córdoba, Santa Fé y Santiago del Estero, integrada por los municipios de Arrufó, Ambrosetti, San Guillermo, Selva, Morteros, Colonia Rosa, Hersilia, Suardí, La Rubia, Monte Oscuridad, Villa Trinidad y Ceres; en la provincia de Corrientes, entre los municipios de Curuzú Cuatía, Mercedes, Mocoretá y Monte Caseros; “Consejo para el Desarrollo de la Comarca Andina del Paralelo 42 (Codecap), en Río Negro y Chubut, integrada por los municipios de El Bolsón, Cholila, Maitén, El Manso, Epuyén y Lago Puelo y “Área Metropolitana Norte”, en Buenos Aires, con la intervención de los Partidos de Vicente López, San Isidro, San Fernando y Tigre. Estas microregiones apuntan esencialmente a promover el desarrollo económico y social de las respectivas zonas y a mejorar la calidad de vida de los habitantes.

principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, asegurando particularmente la prestación integral de los servicios de competencia municipal.⁵⁵

462. Las *principales actividades desarrolladas por las provincias* a través de sus órganos de gobierno, o sea las *diputaciones*, son: a) asesoramiento técnico y fortalecimiento de la construcción interna de la administración local; b) prestación de servicios a los municipios; c) creación de servicios supramunicipales a nivel comarcal; d) colaboración con los municipios para gestión, inspección, revisión y recaudación de tributos y e) planificación de inversiones públicas.

A ello hay que sumar la importante tarea de coordinación de gobiernos locales por las diputaciones a los fines de conseguir los fondos estructurales de la Comunidad Europea para obras como carreteras, aprovisionamiento de agua, medio ambiente y desarrollo económico.⁵⁶

463. En cuanto a la *cooperación intermunicipal*, debe resaltarse que el derecho de cooperar y asociarse de las entidades municipales entre sí emerge de la propia autonomía local y ha sido reconocido por el artículo 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que dispone lo siguiente:

1. Las entidades locales tienen el derecho, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la ley, asociarse con otras entidades locales para la realización de tareas de interés común. 2. El derecho de las entidades locales de integrarse en una asociación para la protección y promoción de sus intereses comunes y el de integrarse en una asociación internacional de entidades locales deben ser reconocidos por cada Estado. 3. Las entidades locales pueden, en las condiciones eventualmente previstas por la ley, cooperar con las entidades de otros Estados.

Sostiene Francisco López Merino al respecto⁵⁷ que las dos vertientes de las relaciones intermunicipales, o sea la asociativa para la protección

55 Cfr. Pino Menchen, Miguel Ángel, "Asistencia y cooperación de otras entidades públicas a servicios municipales", *XX Congreso Interamericano de Municipios*, Madrid, OICI, 1991, p. 283 y 284.

56 Cfr. *ibidem*, pp. 285-289, adonde nos remitimos por razones de brevedad. Véase también Tomey Gómez, Francisco, "Asistencia y cooperación de otras entidades públicas a servicios municipales: reflexiones", *XX Congreso Interamericano de Municipios*, *cit.*, pp. 291-296.

57 López Merino, Francisco, "Marco legal de las relaciones intermunicipales en España", *XXI Congreso Iberoamericano de Municipios*, Valladolid, OICI, 1992 p. 271.

y promoción de intereses municipales y la de cooperación para el ejercicio de competencias, están admitidas en el derecho español, si bien limitadas al ámbito estatal.

En relación a la primera vertiente, la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local en la Disposición adicional quinta, apartado 1, posibilita que las entidades locales puedan constituir *asociaciones de ámbito estatal o autonómico para la prestación o promoción de sus intereses* a las que se aplicará, en defecto de normativa específica, la del Estado en materia de asociaciones. Y en el apartado 2, prescribe que las asociaciones de entidades locales se regirán por sus Estatutos, aprobados por los representantes de las entidades asociadas, los cuales deberán garantizar la participación de sus miembros en las tareas asociativas y la representatividad de sus órganos de gobierno.

464. En cuanto a la otra vertiente, que tiene que ver con las actividades de competencia municipal, y en particular con la gestión de obras y servicios, en el derecho español se permite otra forma de asociacionismo intermunicipal de carácter voluntario, que son las *mancomunidades*, según lo expuesto en el artículo 44.1 de la Ley de Bases del Régimen Local. Esta nueva forma asociativa no es de carácter territorial, como si se tratara de una comarca, sino para el sólo objeto de la ejecución de obras y servicios. Sus órganos de gobierno son representativos de los municipios mancomunados y tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos.⁵⁸

465. Finalmente debe hacerse referencia a los *consorcios*, que son formas asociativas también de carácter voluntario, que permite a las entidades locales unirse a otras administraciones públicas para fines de interés común o a entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de aquéllas, conforme lo indicado por el artículo 87 de la Ley de Bases del Régimen Local. Se trata de personas jurídicas, regidas por normas de derecho público, pero que no constituyen una entidad local.⁵⁹

En cuanto al análisis de las relaciones transnacionales de los municipios, por razones de brevedad, nos remitimos a los aportes del distinguido jurista español Luciano Parejo Alfonso.⁶⁰

58 Cfr. *ibidem*, pp. 271 y 272.

59 Cfr. *ibidem*, p. 272.

60 Parejo Alfonso, Luciano, "Las relaciones transnacionales de los Municipios", *XXI Congreso Iberoamericano de Municipios*, cit., pp. 823-826.

VII. REFLEXIONES FINALES

466. El importante tema de la prestación y gestión de los servicios públicos locales está enmarcado en el de las relaciones del sector público y el sector privado, y por tanto, no es ajeno a debates de naturaleza política e ideológica que se han dado a lo largo del tiempo sobre *el rol del Estado*.

En consecuencia, hubo épocas tanto en Europa como en América, en que se impuso la idea de las *nacionalizaciones y de la regulación e intervención del Estado en la economía*, acorde con los conceptos de constitucionalismo social y Estado de bienestar; mientras que en tiempos más recientes se extendió el concepto opuesto a través de las *privatizaciones y la desregulación*.

Este último proceso que avanzó a fines de la década de los setenta hizo pensar en la huída del Estado ante el mercado, para posteriormente tratar de encontrarse un equilibrio con nuevos roles de aquél, que garanticen principalmente los derechos de los usuarios y de los ciudadanos en sociedades abiertas y democráticas, que no pueden quedar inermes ante el poder de los grupos económicos.

Estas cuestiones también se vieron reflejadas en los órdenes de gobierno locales, ya que por definición el municipio siempre se encuentra inserto en una unidad política superior y en consecuencia, los problemas sociales, económicos y políticos son similares.

La privatización fue utilizada mediante tres tipos de fenómenos: la introducción en el sector público de técnicas procedentes del ámbito privado, la venta de empresas públicas y la desregulación de determinados sectores económicos.

La *desregulación*, según Ramón Martín Mateo, consiste básicamente en la eliminación por las instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales, con ánimo de dinamizar la vida económica.⁶¹

En relación al proceso de privatización y de desregulación operado en nuestro país, nosotros advertimos serias falencias en comparación a otros procesos producidos como en Estados Unidos, Francia, Inglaterra,

⁶¹ Cfr. Martín Mateo, Ramón, *Liberalización de la economía-más Estado menos administración*, Madrid, 1988, p. 47.

Alemania y España.⁶² En efecto, aquí se produjo una verdadera huída del Estado, a medida que se realizaba un proceso acelerado, efectuado sin los estudios interdisciplinarios, los marcos jurídicos y la prudencia requeridas, que ha dejado a los usuarios y consumidores a merced de las empresas privatizadas. A los ya conocidos casos del orden federal de Aerolíneas Argentinas, Correo, Aeropuertos, Entel, etcétera que confirman estas impresiones, se suman los producidos en los niveles provinciales y municipales. Este proceso abarcó la década de los noventa y no ha concluido. Sin embargo, debemos señalar que en la legislación se introdujeron importantes principios tendientes a establecer un trascendente rol del Estado, en la reforma Constitucional de 1994, que además influyó el resto del ordenamiento jurídico provincial y municipal, como hemos visto, pero que urge hacer cumplir en la realidad. En este sentido, debe mencionarse especialmente la necesidad de que el Estado en sus diversos niveles ejercite su *poder de policía*, además de que se pongan en funcionamiento los *entes reguladores*, con la *participación obligatoria de usuarios*.

Estas políticas en marcha, sumadas a las tendencias a la internacionalización de la economía y a las nuevas funciones de los gobiernos locales en el mundo de la globalización —que para nosotros obliga a desarrollar los instrumentos de la integración y la descentralización para evitar sus efectos negativos—⁶³ exige *profundos cambios en la administración local*.

En este aspecto compartimos el concepto acerca del cambio de *modelo de la gestión local* desde la tradicional administrativa, burocrática y

62 Véase el Cuaderno 18, de julio de 1994, *Gestión pública y privatización*, de la Colección Cuadernos de Documentación e Información Municipal, de la Unión Iberoamericana de Municipalistas y el Cemci (Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional), y en particular los artículos de Serna, María Nieves de la, *Privatización y desregulación: consideraciones sobre algunos aspectos de los procesos de privatización y desregulación de Gran Bretaña, España y Argentina*; Dunsire, Andrew, *El debate público-privado: manifestaciones en el Reino Unido*; Durupty, Michel, *Las privatizaciones en Francia*; Schmid, Hansdieter, *Privatizaciones de los servicios públicos municipales en la República Federal de Alemania*; König, Klaus, *Desarrollo de la privatización en la República Federal de Alemania: problemas, situación actual, perspectivas*; Martín-Retortillo, Sebastián, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, y Seidman, Harold, *Empresa pública frente a privatización en Estados Unidos*.

63 Véase nuestra obra citada *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, donde desarrollamos estas ideas.

clientelar a la nueva gestión política gubernativa, que promueve el desarrollo local y la gerencia social.⁶⁴

Asimismo, hemos sostenido que el municipio tendrá una *importancia creciente en el siglo XXI* por tres órdenes de razones: la integración regional y supranacional, la descentralización y sus nuevos roles de promoción del desarrollo económico y social y humano.

Las nuevas responsabilidades de los gobiernos locales importarán un *fortalecimiento* de los mismos como entes autonómicos, participativos, bases de la descentralización política y verdaderas escuelas sociales de la democracia. Esta modernización de las políticas públicas locales importará modificación de las estructuras organizativas y administrativas. Esta reforma del Estado municipal constituye un nuevo desafío exigido por la actualidad acuciante, al que hay que responder con soluciones imaginativas, eficientes y profundamente participativas y democráticas. En esos cambios están comprendidos los servicios públicos, cuya prestación adecuada y acorde a los tiempos, es uno de los principales objetivos del gobierno local, para así cumplir sus finalidades de bien común.⁶⁵

64 Véase García Delgado, Daniel, “Introducción, nuevos escenarios locales. El cambio del modelo de gestión”, en el libro *Hacia un nuevo modelo de gestión local-municipio y sociedad civil en Argentina*, Buenos Aires, publicado por Flacso, la Oficina de Publicaciones del CBC de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Católica de Córdoba, 1997, pp. 13 y ss.

65 Véase capítulo quinto de esta obra, e *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, capítulos II y III.