

MUNICIPIO Y SERVICIOS PÚBLICOS. ARGENTINA CENTRALIZADA.

NÉSTOR OSVALDO LOSA 1*

INTRODUCCIÓN

El tema que abordaremos en la ponencia a desarrollar, es de una interesante vigencia y también hacia atrás en lo temporal, ha sido un tópico estudiado en diferentes disciplinas del Derecho Público pues, se trata de la figura del Municipio y su rol trascendente en materia de servicios públicos.

La prestación de dichos servicios a la comunidad, la regulación legal de ellos, las diversas formas de materializar la actividad, el control de calidad, los derechos de los consumidores, entre otros aspectos que hacen a los servicios públicos, es una asignatura política y económica con encuadre jurídico que varía en el derecho comparado y que por tal motivo mantiene una relevancia compleja y digna de investigación permanente.

1 * Abogado (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional de grado y pos grado en distintas Universidades y también de Derecho Público Provincial y Municipal. Profesor del ECAE - Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación-. Ex magistrado de la Ciudad de Buenos Aires. Publicista. Socio Fundador de la Asociación Argentina de Estudios Municipales y ex director de la Revista de Estudios Municipales. Experto de CONEAU y profesor invitado autorizado de INAP. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Sociedad Científica Argentina.

Nuestro trabajo partirá de la estructura municipal y su valoración institucional dentro del marco constitucional argentino y luego esbozará algunos servicios públicos en especial, el modo mancomunado de prestarlos, a cuyo fin abordaremos lo intermunicipal y algunas experiencias del derecho de otros países. Va de suyo que, cronológicamente, es necesario plantear cómo está regulado el Municipio argentino que otrora fuera un espacio institucional acotado a ser un mero prestador de servicios, para luego evolucionar significativamente como nivel de gobierno, luego comentaremos sobre cuáles son sus incumbencias que lo tornan indispensable en la forma organizativa de gobierno federal que posee nuestro país.

La raigambre constitucional del municipio en la Argentina, lo diferencia de otros que existen en el universo pero que tienen un tratamiento jurídico-político diferente aunque ello no les resta importancia como símbolo de la racional descentralización propia de nuestro tiempo y de la democracia participativa que opera más eficazmente en los gobiernos locales.

El Municipio argentino

Nuestra Constitución Nacional de 1853/60, concibió al régimen municipal como una condición consistente en asegurarlo al conceder a las provincias la atribución de dictarse su propia constitución local (art. 5º CN) junto con el aseguramiento de contar con enseñanza primaria y su propia administración de justicia. Sin estos elementos imperativos a incluir, las constituciones carecerían de validez legal pues eran revisables ante el Congreso Nacional para entrar en vigencia;

este recaudo se eliminó, me refiero a la revisión política, en la reforma de 1860.

Los términos “régimen municipal” sin mayores datos esclarecedores en el debate de la Convención Constituyente para la redacción del mencionado precepto, dieron lugar posteriormente a fuertes polémicas doctrinarias y jurisprudenciales durante muchos años pues, una parte mayoritaria de la doctrina básicamente integrada por administrativistas, consideró que el municipio era un ente autárquico y por ende, una oficina de entidad puramente administrativa, subordinada a los gobiernos provinciales sin proyección política ni capacidad de crear tributos locales; la jurisprudencia propiciaba esta posición sin excepciones. Otra corriente de opinión, opuesta a la expuesta, sostenía que los municipios constituían verdaderos gobiernos de carácter político. Reproducción en pequeño de los gobiernos federal y provincial y por ello, eran innegablemente autónomos con base sociológica, con raíz constitucional y potestades gubernativas que constituían una verdadera patria en pequeño. Esta tesis, a la que adherimos, fue defendida por constitucionalistas y municipalistas de nota, en especial la Escuela de La Plata cuyo líder fue el profesor Korn Villafañe. La jurisprudencia sin embargo y como ya señalé, propiciaba la primera posición-autárquica- que se mantuvo hasta un histórico pronunciamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, dictado el 21 de marzo de 1989 en autos “Rivademar, Ángela D.B. Martínez Galván c. Municipalidad de Rosario” (ED 133-540). En este decisorio nuestro Máximo Tribunal Federal, admitió expresamente el cambio de doctrina y dejó de lado la autarquía para calificar definitivamente como autónomos a

los municipios y reafirmar su raíz constitucional, su origen sociológico, la soberanía popular que representan las autoridades de la municipalidad, la caracterización de normas jurídicas que emanan del cuerpo deliberativo y sus alcances de obligatoriedad y generalidad y la posibilidad de que un ente autónomo-municipio- pueda crear entes autárquicos, pero no a la inversa. Desechó así de manera explícita y terminantemente el estatus de autárquico que detentaba el municipio. Tal vez esta puja dogmática y judicial no se haya producido en otros países donde la “autarquía” no ha sido protagonista del Derecho Municipal y del Constitucional. Muchos años han transcurrido desde que un excelente constitucionalista argentino, el profesor Carlos Sánchez Viamonte afirmara comentando la norma que referimos (art.5): “El régimen municipal es, pues, una forma de gobierno característica de la ciudad, comuna o municipio. Su autonomía política consiste en que nace directamente de la voluntad popular”.² Otros tratadistas se enrolaron en esa línea que compartimos y el constitucionalismo provincial de la Argentina ha sido conteste en la defensa de los municipios autónomos y su rol funcional amplio. “La primera clave para leer existencialmente este libro (se refiere a la obra de Hernández) es el municipio autónomo, señalaba Pedro J. Frías, o si se prefiere la entrañable fórmula de las constituciones provinciales, independientes de todo otro poder”³

² Sánchez Viamonte, Carlos (1958) “Manual de Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Editorial Kapelusz. 3ra. Edición. Pág. 335.

³ Frías, Pedro J. en el Prólogo del libro de Antonio María Hernández (h) “Derecho Municipal”. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1997. Vol. I, 2da. Edición, pág. XI. Para Frías es esa la primera clave de la autonomía.

Nuestro país adoptó la filosofía del municipio románico como surge de los antecedentes históricos argentinos y del propio Código Civil que tipificándolo como “persona jurídica de carácter público y de existencia necesaria”, en la extensa nota a los artículos 33 y 34 del mismo, el codificador Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, así lo señala. La base han sido los cabildos hispánicos y así se ha aceptado en nuestra doctrina nacional.

El derecho público se ha convertido por múltiples razones que hacen a la compleja convivencia, al deseo de un poder más fuerte y duradero por parte de quienes lo ostentan, a la globalización y a la gradual crisis de representatividad que se advierte en todas las latitudes del planeta, entre otras, en un plexo jurídico-institucional dinámico y hasta sorprendente. No puede soslayarse que en este escenario, el papel de los gobiernos locales adquiere importancia y más aún en los sistemas federativos de gobierno. Afirma el artículo primero de nuestra Constitución: “La Nación adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal”. Y en este sistema, confluyen después de la reforma constitucional de 1994, cuatro niveles de gobierno que son: 1) Estado Nacional; 2) Provincias; 3) Municipios y 4) Ciudad Autónoma de Buenos Aires que además es la Capital Federal desde 1880. Hasta dicha reforma, la integración federal recaía solo en el Estado Nacional y las provincias. Esta división se ha ampliado como antes afirmé.

Reforma de 1994

Si bien la casi totalidad de las provincias de la Argentina con el advenimiento de la democracia en Diciembre de 1983 procedieron a reformar o

crear nuevas constituciones estatales y en ellas fortalecieron la figura de sus municipios dotándolos de autonomía o aumentando la existente y en muchos casos estableciendo de forma expresa las incumbencias de los mismos, la constitución de la Nación continuaba con una mínima referencia al municipio como expliqué anteriormente. Su naturaleza no estaba expresada y ello aparejaba complejos problemas interpretativos en el ámbito judicial, zanjado recién en 1989 (caso Rivademar).

Se produce un hecho político e históricamente trascendente al efectuarse una amplia reforma de la Constitución Argentina que se promulga en agosto de 1994 y que materializaron los Convencionales Constituyentes reunidos en las ciudades de Paraná y Santa Fe, que hoy nos rige.

La amplia modificación a nuestra Ley Suprema con el fin de fortalecer el federalismo en crisis, llevó a preceptuar en su artículo 123 con relación a los municipios, lo siguiente: "Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

Como se advierte, dicha norma brinda toda la estructura propia para la consideración de los municipios como gobiernos dentro de la esfera territorial que posean y en atención a las competencias propias que esos gobiernos locales tienen conforme a las costumbres y al derecho positivo que, el avance de la modernidad amplía de manera acelerada sobre todo en las grandes ciudades. Luego, el artículo 129 de la Constitución, le reconoce un estatus especial a la ciudad de Buenos Aires-ex municipio porteño- que es, además como expresé anteriormente, la Capital

Federal de la República Argentina a la que le otorga una autonomía mayor que la de los municipios. Queda claro en el texto de nuestra carta magna que no la considera provincia, pero tampoco la encasilla como municipio autorizándola a dictar su propio Estatuto organizativo que materializó la ciudad en 1996.

También se incorporó dentro de las atribuciones del Poder Legislativo un reconocimiento expreso a provincias y municipios de ejercer poder de policía en establecimientos nacionales ubicados en sus jurisdicciones geográficas, que la Nación formula al expresar en el art. 75 inciso 30: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.”

Como se puede apreciar, estos preceptos ampliaron a cuatro los niveles gubernativos del país, y todos cuentan con su propio “poder de policía” como herramienta legislativa apta para limitar derechos individuales para beneficio de la comunidad de que se trate con la limitación de no desconocerlos, solo acotarlos racionalmente.

En consecuencia, podemos afirmar que para nuestros gobiernos locales, se ha privilegiado el principio de subsidiariedad basado en que, todo lo que puede hacerse y resolverse en la proximidad, debe ser atribución de cada gobierno de distrito de cercanía y no del poder central. Es por esa razón y filosofía jurídico-política que nuestro federalismo debe conceptualizarse como cooperativo y de consenso atendiendo al origen de su denominación

que proviene del término latino “foedus”, que significa acuerdo, pacto... y de la doctrina diseñada en foros profesionales, la historia patria y los precedentes jurisprudenciales más recientes. Es entonces en la armonización coordinada entre los diferentes niveles operativos del concierto federal donde debe recaer la mejor forma de gestionar con la menor cantidad de conflictos, lo cual, no es nada sencillo y genera no pocos litigios con relación a competencias en razón de la materia. Estos aspectos que mencionamos, han sido materia de desarrollo conceptual indicativos del obrar que enunciara la doctrina constitucionalista y un número interesante de pronunciamiento de nuestros tribunales incluyendo a la Corte Suprema de la Nación en particular, en el caso “Ponce, Carlos Alberto c. Gobierno de la provincia de San Luis” de fecha 24 de febrero de 2005 -Fallos 328:175- donde puede rescatarse la siguiente expresión: “Que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo. Esta orientación fue promovida por el art. 3º, de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de ‘fortalecer el federalismo’ y se plasmó en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional...” 4

En este nuevo contexto político que hemos resumido, se han dictado numerosas “Cartas

4 Losa, Néstor Osvaldo. “La Corte Suprema, la seguridad jurídica y la autonomía municipal” en JURISPRUDENCIA ARGENTINA 2005-II, Buenos Aires, Lexis Nexis, Fascículo 6, 11 de mayo de 2005, pág.49 y ss. También hemos resaltado la autonomía municipal como valor irrenunciable en nuestro libro “El Derecho Municipal en la Constitución vigente” prologado por Germán Bidart Campos, Buenos Aires, Editorial ABACO de Rodolfo Depalma, 1995.

Orgánicas Municipales”, que constituyen verdaderas constituciones en tercer grado que operan en los municipios y, en particular en municipios con generosa cantidad de habitantes o estratégicamente calificados en términos económicos o entidad política destacable. La Argentina posee más de 2.000 municipios en toda su extensión geográfica.

Es innegable que estamos presenciando una mutación y evolución permanente en el ámbito político y en las instituciones que acompañan a veces bien y otras de manera notoriamente negativa. Y en esta realidad la participación de las municipalidades es de relevancia para el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida del colectivo con mayor espacio de responsabilidad en la gestión. Estamos convencidos que esa visión ha tenido nuestro Máximo Tribunal en sus decisiones contestes con otras de tribunales Superiores de Provincias que aprecian la entidad soberana de base y la autogestión que requieren los gobiernos locales y de allí el reconocimiento.

Los localismos no están ajenos a los avatares supremos en lo interno, ni a las medidas que se deciden en foros internacionales. La economía de un país es parte de la vivencia como lo es en los municipios todo lo vinculado a la seguridad, la salud, el cuidado del medio ambiente, el turismo, la prestación de determinados servicios públicos, la justicia como administración de un servicio más a la comunidad dentro de las competencias comunales, la educación, la política cultural, el tránsito y el tratamiento de la pobreza con su consecuencia, las inmigraciones y las migraciones generalmente complejas y con efectos de difícil solución por recursos exiguos o falta de respuestas institucionales acertadas y otros aspectos de la vida

cotidiana. Si esto lo limitamos territorialmente, entre provincias y entre municipios ocurre algo similar que debe tenerse presente en la gobernanza actual. Este panorama requiere dinamismo, imaginación y capacitación en los cuadros con poder de gestión y en otros institutos del derecho local para resolver demandas colectivas y conducir con eficiencia las relaciones intergubernamentales hacia dentro y hacia afuera.

Evolución del Municipio

En no pocos trabajos y conferencias, hemos sostenido y desarrollado con fuerza nuestra postura doctrinal con relación a la plena autonomía municipal, sus alcances y efectos en la evolución del derecho público provincial y municipal y el desarrollo urbano en tiempos de globalización. Hemos vinculado a la Constitución federal de los argentinos con las constituciones provinciales y disposiciones comunales asumiendo entonces que, por antecedentes historiográficos de nuestra Nación, texto y filosofía constitucional y por el principio republicano que rige nuestra estructura gubernativa, las decisiones y políticas públicas que son idóneas para el desarrollo de vecinos y ciudad, deben fatalmente elaborarse, generarse y finiquitarse dentro del nivel estrictamente local, excepto en situaciones límites o dudosas donde el obrar del máximo Tribunal de la provincia o en su caso de la Nación, deba determinar un resultado esclarecedor y justo conforme a derecho. A ese fin, la producción de un caso concreto será resuelta judicialmente en la máxima esfera de la magistratura. También hemos considerado la intensidad que expone el principio de subsidiariedad en todo lo vinculado a los

gobiernos locales que se plasma en una efectiva descentralización conteste con el sistema federal, siguiendo así los postulados del Maestro Pedro J. Frías. En este balance, también incluimos lo positivo que es generar la prestación de servicios públicos municipales con cuadros capacitados y con cesión parcial de ciertos aspectos técnicos a terceros, pero con recursos adecuados que pueden provenir de la coparticipación federal o ser resorte propio, dada la autonomía financiera municipal, en materia tributaria de cada ayuntamiento. En el municipio, la proximidad fomenta la eficiencia y el control ciudadano en término aceptable. No obstante luego veremos que no tiene preeminencia esta postulación para el ámbito local en materia de servicios públicos en el derecho público argentino.

Podría considerarse más atinado promover políticas de Estado que apliquen el principio de subsidiariedad con mayor fuerza y se genere una mayor descentralización hacia los gobiernos comunales en materia de servicios públicos o confiriendo mayores competencias, mas no podrá desconocerse que lo preceptuado por los artículos 5, 75inc.30 y 123 de la Constitución Nacional diseñan con claridad un nivel de gobierno autónómico para todos los municipios de la República Argentina sin excepciones conforme surge de nuestra Ley suprema.

La normatividad sobre los municipios que las provincias argentinas pueden dictar, en modo alguno puede vulnerar la limitación jurídica que expresamente determina el art. 28 de la Constitución Nacional y, por ello, sería inconstitucional cualquier reglamentación que altere sustancialmente, menoscabe o derogue directa o indirectamente lo que los artículos antes señalados establecen con precisión y en especial

los derechos básicos de índole constitucional que contiene la parte dogmática de nuestra constitución que es la primera y que se refiere a “Declaraciones, Derechos y Garantías”.

La autonomía municipal tiene estatus constitucional y opera como garantía para la gobernabilidad de las municipalidades del país por imperio de la letra de nuestra Carta Magna federal.

En ese escenario y con posibles diferencias de grado y matices, el federalismo de nuestro territorio nacional se ha visto alterado, modificado y ampliado en sus miembros operativos como consecuencia de la amplia reforma constitucional de 1994, y con estos patrones de medida institucional y política debemos pensar y actuar en el futuro.

En síntesis, en la Constitución Nacional Argentina, no existen otros preceptos que los mencionados en materia municipal y cada provincia en las que localmente se dicten constituciones estatales y en las Cartas Orgánicas o Leyes Orgánicas para los municipios, se establecen o encausan las atribuciones, incumbencias o factibilidad de servicios en cabeza de cada municipalidad. No existe artículo similar al 115 de la Constitución de México y su puntillosa casuística con relación al municipio que tipifica como libre y que como precepto jurídico como marco sustantivo conceptual, fue motivo de múltiples reformas con el fin de fortificar la autonomía; tampoco es común apreciar esa técnica legislativa de redacción pormenorizada y extensa en las cartas provinciales estatales de mi país. Con otra técnica legislativa, Colombia en su constitución vincula a los municipios más específicamente con la prestación de servicios públicos en varios de sus artículos sin que ello sea el único objetivo municipal, pero se

mencionan a los servicios con énfasis, lo que no está previsto de esa forma en nuestra carta magna federal.

En lo dialéctico, nuestra doctrina se refiere más a las “competencias” que a las “obras”, “facultades” o “servicios”. Estas dos últimas acepciones se derivan de las competencias y su alcance integral lo preceptúa la normativa local con respeto a lo enunciado en las constituciones nacional y provincial respectivamente.

Este panorama no puede dejar de ser considerado como elemento decisivo en la actual situación, la presencia del gobierno municipal no es otra cosa que eso: un gobierno y, como tal, su papel adquiere relevancia en el conglomerado federativo argentino y su presencia con mayores responsabilidades, merece tener un papel cada vez más trascendente así como el estudio de sus problemáticas complejas. Como gobierno, debe contar con instituciones que le otorguen el poder decisorio apto para adecuar la convivencia en paz y el desarrollo territorial integral propio del siglo XXI. No se excluyen los servicios públicos comunales, pero, reitero, no se mencionan en la constitución.

SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

“EL VERDADERO PODER ES EL SERVICIO”

PAPA FRANCISCO

HOMILÍA DEL 24-3-2013

A continuación nos internaremos en la interesante problemática que presenta el Municipio moderno en su armonización con los otros niveles

de gobierno que conviven en la forma organizativa federal que adopta la República Argentina y que también rigen- con características propias- en muchos otros países, incluyendo a Méjico que nos recibe como ponentes y que en esta temática ofrece particularidades destacables.

Si bien no se abordará con profundidad por razones de espacio, también trataremos la regulación o estrategia en materia de servicios públicos que se prestan en el nivel local con características de integración como luego se desarrollará en esta faena. Intentaré sentar algunas bases o ideas fuerza en esta actividad trascendente para las comunidades y para su calidad de vida como objetivo que se resume en el bienestar general.

Concepto de Servicio público y legislación base en la Argentina

Existen numerosas definiciones conceptuales sobre el significado jurídico dentro del derecho público de los términos servicio público y, si bien algunos lo definen conforme a la preponderancia política en un lugar y tiempo determinado de conformidad con las políticas públicas que lo contemplan, podemos establecer que, se entiende por servicio público, toda prestación efectiva que pretenda satisfacer necesidades públicas especialmente de manera permanente y organizada y que es efectuada por la administración pública en cualquiera de sus niveles-nacional o local- o por los particulares mediante arriendo, concesión o por reglamentaciones legales en las que se impongan específicas condiciones o pautas técnicas y económicas para su concreta prestación

y que tengan por finalidad asegurar los menores costos, continuidad, eficiencia, eficacia y claridad en el funcionamiento respectivo.

Los servicios públicos se han relacionado siempre con el área temática del Derecho Administrativo, pero la base jurídica se encuentra en el Derecho Constitucional y, su desenvolvimiento, tiene íntima vinculación con el Derecho Público Provincial y Municipal habida cuenta del espacio territorial y el núcleo poblacional donde se efectúa la prestación y el poder de juzgamiento que recae en la administración judicial-con excepciones- de cada gobierno local.

Regulación legal

La regulación de los distintos servicios públicos en nuestro país, tiene un amplio abanico de leyes, decretos y ordenanzas que los contemplan y que poseen una cantidad sustancial de reglamentaciones que se traducen en resoluciones de diversa índole conforme a la tipología del servicio concreto que se presta.

El papel que la regulación reserva para las provincias, municipios y ciudad autónoma de Buenos Aires, no es menor aunque en la realidad jurídica quedan muy rezagados con relación al gobierno central que impone la prestación y control administrativo de la mayoría de los servicios públicos desde su área, dejando poco espacio a los gobiernos locales.

A fin de delimitar correctamente el área bajo análisis corresponde comenzar con un examen conceptual, de modo de establecer acerca de qué estamos hablando al referirnos a “servicio público”.

Para ello, debemos recordar que tales servicios se encuentran contemplados solo escuetamente,

según podrá apreciarse en esta faena, como categoría conceptual en nuestra Constitución Nacional, la cual en su artículo 42 que incorporó la reforma de 1994, ha determinado ciertas pautas que deben ser cumplidas en materia de servicios públicos.⁵

La manda constitucional, surgida de la reforma de 1994 y que demuestra que anterior a ello, los servicios públicos no tenían inserción en la Ley Suprema argentina (correos y agua eran someramente explicitados y no conceptualizados como servicios) sin perjuicio de la normativa frondosa existente, implica, en primer lugar, el reconocimiento del “servicio público” como categoría jurídica.⁶

Sin adentrarnos en las discusiones doctrinarias que se han desarrollado en torno al verdadero alcance y significado del concepto de servicio público, hay que dejar sentado, sin embargo, que actualmente, en nuestra doctrina mayoritaria el servicio público, entendido como

5 Artículo 42.CN.-“ Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen 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”.

6 Existen corrientes doctrinarias que le han negado tal entidad al servicio público y otras que califican al servicio público como comprensivo de toda la actividad estatal.

expresión de una porción de las actividades estatales 7, comprende a "...las actividades esenciales para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y que se destaca por dos características: contenido económico de la prestación y obligatoriedad" . 8

Bajo esta concepción, la Constitución exige a las autoridades a proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, sin hacer distinciones entre aquellos servicios públicos que se encuentren bajo jurisdicción nacional y los que se encuentren bajo jurisdicción de las provincias y los municipios.

En lo que sí hace verdaderos distinciones jurisdiccionales la Constitución, es al determinar que la legislación establecerá "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."

Consecuentemente, deberá entenderse entonces, que los marcos normativos que regulen los servicios públicos de competencia nacional han de cumplir, por imperativo constitucional, con las siguientes cualidades:

Ser establecidos por ley en sentido formal. 9

7 Actividades que el Estado puede desarrollar por sí, o contratando la prestación con terceros, sea a través del otorgamiento de una concesión, una licencia o, simplemente, pactando la prestación del servicio por el privado y estableciendo una contraprestación dineraria que se cubre con fondos presupuestarios.

8 Nallar, Daniel M. (1999) "El Estado Regulador y el nuevo mercado del servicio público". Buenos Aires: Editorial Depalma. Pág. 58.- Para otro trabajo, deo el examinar un alcance más extenso en mi opinión, de que entiendo como servicio público hoy. En esa concepción, incluyo el servicio de Justicia en todos los ámbitos gubernativos de la república, aún cuando esta tesis es muy debatida y abierta a la discusión doctrinaria y política.

9 Sin perjuicio de que los reglamentos deben

Ser controlados por un organismo distinto de la administración Central. 10

Que en dichos organismos tengan participación las asociaciones de consumidores y usuarios. 11

Que en dichos organismos tengan participación las provincias interesadas. 12

Lo relevado hasta ahora permite ver que nuestra Constitución Nacional, al establecer como programa constitucional que los servicios públicos se presten con calidad y eficiencia, dirige su concepción necesariamente hacia la satisfacción de los consumidores y usuarios. La mira está puesta en ellos y no en los prestadores. Para alcanzar tal satisfacción, la misma Constitución concibe la actividad de organismos distintos de la administración central, en los cuales las provincias tenerse por ley en un sentido material, cuando la Constitución refiere a la legislación, debe interpretárselo como dirigido a la ley en el sentido que la Carta Magna da a tal palabra: la que emana del Poder Legislativo, esto es "ley nacional".

10 Esto conduce, necesariamente y como mínimo, a concebir a estos organismos bajo la lógica de la autarquía.

11 Para que se entienda cuál fue el carácter que a tal participación se le quiso dar en la redacción de este Artículo de la Constitución, es útil ver lo que dijo al respecto el miembro informante del dictamen de la mayoría en la Convención Constituyente de 1994, el convencional Roberto Osvaldo Irigoyen (Buenos Aires), quien propuso "...la incorporación de los consumidores como parte de los entes regulatorios de los servicios, en una tarea de ida y vuelta en la que el consumidor tenga su asiento en estos entes reguladores de los servicios, para que sea un controlador real de los mismos y, además, para que aporte la savia popular que haga que estos organismos no se burocraticen."

12 Participación que, al igual que en el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios, debiera ser expresada en "asientos" para representantes de ellas en los organismos de control.

no son ajenas, sino que ocupan un lugar de igual magnitud al que la Carta Magna le ha reservado a las organizaciones (ONGs) que tengan tal defensa de intereses como cometido principal.

Queda por ver en qué medida la realidad regulatoria de los distintos servicios públicos respeta lo establecido en la Constitución. Al respecto, corresponde iniciar tal análisis con una observación general: en el presente, los consumidores y usuarios aún no participan con un asiento en los organismos de control, mostrando la realidad una aparente contradicción con la manda constitucional.¹³

Respecto de la participación de las provincias, ello tampoco se verifica en todos los casos, aunque su participación es más evidente, aún con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

Para lograr una mejor comprensión de cómo se dan estas cuestiones en los distintos marcos regulatorios, correspondería analizar cada servicio público en forma independiente, pero ello excede el marco de este ensayo. Sólo es oportuno señalar que, el Poder Ejecutivo Nacional ha absorbido en gran medida casi la totalidad de los servicios esenciales en lo administrativo y en su regulación, con coyunturas que van de estatización a privatización y viceversa. Cabe consignar que en materia de control administrativo y planificación entre otros aspectos, se crearon “entes reguladores

¹³ Mucho se ha discutido en torno a si es razonable que las asociaciones de consumidores y usuarios formen parte de los organismos de control, ya que tal circunstancia, a los ojos de muchos de quienes analizan estos temas, debilitaría su rol de defensa de intereses, por pasar a formar parte del conjunto de funcionarios responsables de la gestión de la tarea regulatoria y de control. Sin embargo, a la luz del debate dado en la Convención Constituyente, pareciera que la cuestión ya debería interpretarse como conceptualmente zanjada.

de servicios” que operan en el ámbito nacional. La ciudad de Buenos Aires sin embargo, posee un Ente Único Regulador de Servicios que está dispuesto como tal en la propia constitución porteña de 1996 -Estatuto- que por su origen es local. Su función está absorbida por lo nacional y por tal circunstancia, su resultado fáctico no es apreciable. En materia de prestación de servicios existe una transgresión constitucional por parte de Estado Federal y una evidente centralización contraria a la filosofía del federalismo.

Servicios públicos municipales y su regulación

La Constitución trata la temática de los servicios públicos y da a entender que existen los que se encuentran bajo la competencia del Estado Nacional y existen los que se encuentran bajo la órbita de los demás niveles de gobierno. No hace, de todos modos una enunciación de cuáles caen en una u otra categoría, siendo tal omisión lo correcto, desde el punto de vista de la técnica legislativa, teniendo en cuenta que en la vida del texto constitucional la distribución de competencias en relación con los servicios públicos puede perfectamente variar por decisión política no opuesta al plexo jurídico en virtud de las casi inexistentes normas constitucionales que referentes a este tópico posee la constitución.

Tal como se organiza el municipio argentino como expresamos precedentemente y careciendo de conceptos precisos sobre los términos “servicios públicos”, la autonomía provincial y la municipal ostentan la atribución técnico-política de generar prestaciones de servicios públicos en cada estamento gubernativo de forma discrecional sin oponerse, en principio, a las normas de carácter

nacional dictadas y ello, pues no contamos con reglas imperativas ni indiciarias dentro del texto constitucional federal similares al art. 115 de la constitución de México ni de otras en el derecho comparado que regulan bases o enuncian facultades, competencias y servicios de forma explícita y en términos taxativos. El aludido precepto mejicano, es muy estricto y puntual con relación a los servicios públicos y su modalidad de prestación que competen a los gobiernos locales y tal actividad fue en reiteradas reformas actualizada en con mayores especificidades. En sí, todo el precepto es muy puntilloso con relación a la regulación del municipio y, ello diferencia a la institución municipal con la de la Argentina en cuando al basamento constitucional de uno y otro país. En Méjico se proponen cuatro ideas fuerza que se legislan en la órbita constitucional y se precisan en lo operativo y ellas son: función pública, servicio público, obra pública y actividad socioeconómica.

En este contexto el prologuista de la excelente obra jurídica de Jorge Fernández Díaz titulada "Servicios Públicos Municipales", Profesor Héctor Fix-Zamudio , nos expresa: " La función pública municipal se realiza por conducto de atribuciones formal y materialmente administrativas al manejar libremente su hacienda; materialmente legislativas por conducto de bandos y reglamentos, y jurisdiccionales también desde el punto de vista material por conducto de la justicia municipal de barandilla". Y, continúa el profesor Fix-Zamudio "El servicio público radica en la satisfacción de las necesidades de carácter general ya sea de manera directa o de manera indirecta o por medio de particulares. Finalmente, la obra pública se realiza o se produce por el ente municipal en un inmueble

determinado con un propósito de interés general de uso público, al desempeño de una función pública o la prestación de servicio público, todos en el ámbito municipal”.

Y repitiendo el concepto de Fernández Díaz expresado en el contenido del texto, el prologuista afirma:” El autor llega a la conclusión de que debe considerarse como servicio público toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y debe ser asegurado de manera permanente, reglado y controlado por las autoridades con sujeción a un orden jurídico exorbitante del derecho privado, ya sea por medio de la administración pública, o bien mediante particulares facultados para ello por la autoridad competente, en beneficio indiscriminado de todos los habitantes”.¹⁴

También en la legislación argentina poseemos diferencias con lo normado en el tópico de servicios, con relación a las constituciones de España, Panamá, Chile, Colombia, entre otras que en general atienden con más detalles a la prestación de esos servicios. Son técnicas legislativas muy diferentes.

Los municipios argentinos al ser autónomos entonces, ejercen la prestación por sí o en sociedad con personas jurídicas privadas u otros municipios asociativamente o delegan en esas personas jurídicas la totalidad de lo referido al alumbrado público, barrido y limpieza a cuyo fin perciben tasas municipales por parte de los habitantes de su jurisdicción (se incluye todo lo vinculado

¹⁴ Fix-Zamudio, Héctor en el prólogo al libro de Jorge Fernández Díaz “Servicio Públicos Municipales”, México, editado por Instituto Nacional de Administración Pública A.C. y UNAM -Instituto de Investigaciones Jurídicas-, pág. 24.

a saneamiento y disposición de residuos). Estos son servicios básicos, naturales y unánimes de los municipios aún cuando el Gobierno Nacional interfiere con argumentos de tinte ambiental federal en lo referido a la regulación normativa de los residuos invadiendo esfera que no le corresponde. También lo vinculado al abasto se incluye en lo local, por lo que algunos ayuntamientos perciben la correspondiente tasa cuya existencia como tal es frecuentemente materia de disputa doctrinal.

Otro ámbito de los servicios públicos y muy importante, es la materia individualizada como tránsito vehicular y seguridad vial considerada como una típica incumbencia de los municipios, aunque el Estado Nacional también legisla sobre esta competencia y dicta leyes sobre tráfico ofreciendo a los gobiernos provinciales y municipales la posibilidad de adhesión legal, como ocurre con la vigente ley Nacional 24.449 a la que han adherido algunas –no todas– provincias y municipios de manera total o parcial. En este tópico, sin embargo, el Estado federal no interfiere en lo relativo al juzgamiento de las infracciones de tránsito que se juzgan en la órbita municipal. Lo referido al tráfico de particulares y de empresas de transporte público de pasajeros es una faceta típica de las municipalidades incluyendo normativa por ordenanzas y juzgamiento por su Justicia Municipal Faltas letrada. En este rubro de transporte de pasajeros el Estado Nacional prosigue con injerencias fuertes en lo interjurisdiccional que involucra lo referido a habilitaciones, itinerarios, control de ingresos por pasajes, fijación en algunos casos del valor del pasaje, etc.

En un importante número de municipalidades argentinas se presta el servicio vinculado al acantarillado y, en concurrencia con la provincia,

lo vinculado al agua potable y cloacas aunque el gobierno nacional ha invadido también en este rubro las esferas locales mediante la Ley 25.688, pero no en todos los municipios. Vale destacar no obstante, que cuando se trata del mal uso del agua se tipifica como falta y se imponen sanciones determinadas por ordenanzas y juzgadas por la Justicia Municipal. Dentro de esta estructura punitiva, se incluyen como penas, apercibimientos, multas, trabajos comunitarios, inhabilitaciones y arrestos según el departamento local del cual se trate; en algunas regiones la severidad punitiva se genera por carencia de agua en cantidad suficiente (escasez) y allí el valor del apreciado líquido elemento amerita una pena severa por parte de la autoridad jurisdiccional.

Las diversas políticas públicas que van adoptando, pueden ampliarse a otros servicios y así ha ocurrido cuando se producen descentralizaciones que llevan la prestación de lo nacional o estadual a lo municipal, como acontece en ciertos distritos en los cuales se ha encomendado la salud pública por cesión de hospitales y sus estructuras integrales o la educación primaria e incluso, en menor medida, la enseñanza secundaria a los gobiernos comunales.

En la década del noventa del siglo XX, existió en la Argentina un fuerte proceso de privatización de servicios al que acompañó otro de descentralización hacia los municipios pero con cierto drama institucional cual fue, el no concederles recursos suficientes o ningún recurso con la delegación de atribuciones o servicios que se trasladaban a lo local. El Estado escapaba desde ese momento de la atención de lo descentralizado y de asistir en ello.

Desde otra óptica dentro de los servicios

municipales, aparece la institución policía municipal que como cuerpo organizado dependiente del Poder Ejecutivo, tiene actividad funcional en lo preventivo, y presta servicio como núcleo activo de apoyo a otras fuerzas de carácter provincial-policía de seguridad- y en materia coactiva en infracciones comunales efectuando tarea de labrado de actas de comprobación de transgresiones que posteriormente serán objeto de juzgamiento, es también una institución que se acrecienta en la legislación local de cada municipalidad y en entre otras funciones, asisten en su rol acotado, a las fuerzas de seguridad provinciales o federales en diversos delitos o actitudes colectivas populares que entrañan riesgos a personas y cosas aún cuando no estén tipificadas como delitos. Al confeccionar este trabajo, un tema que adquiere relevancia en la Argentina es la conformación de una fuerte “policía municipal” casi idéntica a la provincial y federal en su equipamiento y funciones, en la Municipalidad de General Pueyrredón cuya cabecera es la ciudad de Mar del Plata-provincia de Buenos Aires- y surge para intentar combatir la enorme ola de criminalidad altamente preocupante en ese territorio de población superior a los 700.000 habitantes y que se multiplica en el verano por ser la “capital turística” del país a orillas del Atlántico. Otras municipalidades como Tigre, Junín, San Martín y Vicente López está estudiando la incorporación de esta nueva fuerza policial comunal.

En esta parte del trabajo, es importante resaltar que la reforma constitucional de 1994, como ya adelanté, en cuanto a descentralizaciones de competencias y servicios, la Constitución Nacional en su art. 75 inciso 2 para estos supuestos de delegación o descentralización,

impone que cuando se transfiere un servicio o una competencia, también debe transferir como parte de la medida, los correspondientes recursos y asegurarlos expresamente, aunque este ítem no se cumple íntegramente en ciertas ocasiones como recientemente ha ocurrido con el traspaso del subterráneo a la ciudad de Buenos Aires por parte del gobierno Nacional.

Esta inclusión legislativa constitucional fue para palear lo que indiqué en párrafos anteriores. Pero, con mayor fuerza se requiere que el poder de policía municipal y su policía operen jurisdiccionalmente para resolver conflictos colectivos o sectoriales con instancia final en un Tribunal letrado local que aplique el derecho en los casos concretos y respete el derecho de defensa como garantía suprema del ciudadano.

El Maestro Rafael Bielsa expresaba con relación a este tópico: "También se dice que la Municipalidad tiene `jurisdicción` en los mercados, en el dominio público municipal, en servicios públicos que funcionan en el radio municipal. En todos estos casos debe decirse que tiene `autoridad`, `competencia` activa. Pero cuando el Poder Ejecutivo, o la Municipalidad deciden originariamente una controversia, promovida en virtud de la violación de un derecho, y la decisión tiene autoridad de cosa juzgada en lo administrativo, el acto es jurisdiccional". 15

Esta transcripción la desarrollé para que también se advierta la complejidad de la atención de los servicios públicos cuando de ellos se derivan cuestiones litigiosas o ilícitos contravencionales. Adviértase que los conceptos de Bielsa han sido explicitados hace más de más de cinco décadas,

15 Bielsa, Rafael. "Acto Jurisdiccional y Acto Jurisdiccional", Buenos Aires: La Ley, tomo 104, pág.825.

pese a lo cual no se ha receptado legislativamente una clara judicialización comunal para los servicios o competencias propias de lo local en su mismo ámbito, manteniéndose viejos esquemas que traumáticamente intentamos modificar en este complejo siglo XXI. En forma gradual, sin embargo, se ha producido una mutación tímida en cuanto a la ampliación de competencia jurisdiccional en algunos municipios de la provincia de Buenos Aires y un número reducido de Juzgados Municipales de Faltas tienen a su cargo el juzgamiento de acciones derivadas de los derechos del consumidor y sobre la competencia constituyendo tal actividad, un verdadero servicio público de judicatura, dentro de la esfera municipal.

No obstante, cabe consignar que en una conceptualización amplia de “servicio público”, también el municipio, en particular las megalópolis, deben poseer su propia Agencia o ente regulador de servicios para el control de ellos y compartir directivas generales, en su caso, y Administración de Justicia autónoma para que en proximidad y sin ritualismos, se resuelvan las contiendas conforme a derecho generadas por toda la actividad municipal y aquellas conductas que alteren negativamente la convivencia colectiva o el desarrollo de las ciudades, tema que trataré en otra ponencia. Las faltas o contravenciones son de sustento local y los derechos de los consumidores forman parte de un escenario más afín con la cercanía y la inmediatez propia de las autoridades comunales.

Lo cierto es que según las coyunturas e ideologías que gobiernen circunstancialmente en las provincias argentinas autónomas, la cesión o delegación de servicios públicos de la provincia a algún o algunos municipios en particular, se

conviene o pacta en base a necesidades propias de cada territorio. El profesor Antonio María Hernández (h) nos refiere con profundidad informativa valorable, las numerosas transferencias de servicios de la provincia de Córdoba al municipio de la ciudad Capital de ese Estado mediterráneo argentino y a diferentes gobiernos locales. Entre otros cita lo vinculado a transferencias de dominio de rutas y calles de ejidos urbanos, mantenimiento de vías de penetración en el ejido urbano, control de contaminación de cuencas hídricas, sistema de provisión de aguas, telefonía rural, entre otras cesiones.¹⁶

En nuestro derecho público, cada constitución provincial, cada carta orgánica municipal o ley general de municipios, concede el ejercicio sobre servicios públicos o regula los mismos con cierta elasticidad pero también con discrecionalidad negativa. Esta regla no es general pues, existen provincias que reconocen y respetan con fuerza la autonomía municipal y respetan la autogestión local sin interferir en la gobernabilidad comunal. El problema surge a veces, cuando la legislación de la nación con filosofía centralista, interfiere en la prestación de servicios con reglas que producen un ataque a la autoridad de los pueblos y sus poderes constituidos. En estos casos se acusa a la política de proximidad y cercanía y se impone la de concentración imperativa que es negativa en resultados y contraria al federalismo como

¹⁶ Hernández, Antonio María (h) "Derecho Municipal" ob. citada páginas 3007/09. Quiero destacar que lo vinculado a los servicios de agua potable y cloacas que son netamente provinciales o municipales por tradición municipalista, han sido en gran parte centralizados por el gobierno nacional argentino por vía de la Ley Nacional 25.688 que la convierte en un enfoque de defensa ambiental y por lo tanto comprime en la citada ley el tópico agua, desvirtuando así a las atribuciones locales.

modo de organizar un Estado, de allí que no pocos medios de comunicación, políticos y académicos resalten en estos días que el federalismo argentino se parece más a una ficción que a una consagración legítima insertada en nuestra Ley Suprema. El por tal preocupación que entendemos que el “municipalismo” como corriente política y doctrinaria, debe estar atento y estos Encuentros internacionales de docentes, investigadores y profesionales pues, ayudan para ese objetivo que sostenemos con fuerza y racionalidad desde las cátedras y desde nuestros modestos pero sinceros aportes bibliográficos y que propician reforzar la federación como sistema organizativo y los gobiernos locales como ámbito participativo para mejorar la calidad de vida de la comunidad.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión de esta ponencia, que había programado con objetivos de desarrollar la importancia de las mancomunidades municipales en la prestación de servicios basado en un asociacionismo positivo y que por espacio no puede diagramar –estoy en deuda por ello–, debemos sostener que se advierten dos realidades en el ámbito del derecho público argentino y que hacen al contenido de este ensayo y son, en primer lugar lo referido al Municipio.¹⁷ Esta antigua institución universal y dinámica, se ha solidificado en virtud de la constitución nacional de los argentinos reformada en 1994 y con ella aparece en escena una descentralización gradual indispensable

17 Bolaños, Alejandro expresa como una fuerte aseveración: “La mancomunidad para prestar ciertos servicios debería ser obligatoria”, concepto mencionado en el artículo “Los municipios aspiran a los ingresos de las comunidades”; diario EL PAÍS, Madrid, 20 de abril de 2013.

para la gestión gubernativa y el mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades locales aunque esa municipalización sea cíclica de acuerdo al gobierno de turno en el orden nacional. Si la convicción política de turno es centralista, estamos en problemas....

En segundo lugar, en materia de servicios públicos, se advierte un Estado Nacional que ha avanzado en la regulación y el control de los servicios públicos por encima de lo que la Constitución Nacional exige, derivando muchas veces la delegación en las autoridades nacionales de normativa de facto o de normas que expresan una extralimitación del Poder Ejecutivo en sus atribuciones normativas que disminuyen la autonomía de las municipalidades que, en nuestra opinión serían mejores gestoras de la actividad pública de las ciudades con servicios cercanos a la gente y al poder local.

El concepto de 'servicio público' abarca en el derecho constitucional de la Argentina, como se dijera al inicio, prestaciones de índole económica que son esenciales para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, por lo que implican el cumplimiento de una serie de obligaciones especiales en cabeza del prestador. Incluso, en algunos casos, como es el del agua potable, se habla ya de un derecho humano. Las dramáticas inundaciones con más de sesenta muertos y miles de evacuados, deterioros, destrucción y todo mal que pueda imaginarse que se produjeron a principios de Abril de 2013 en la ciudad de Buenos Aires y en la provincia bonaerense incluyendo a La Plata, su capital provincial, demostraron las falencias y falta de coordinación intergubernamental en las obras públicas no realizadas, en los servicios públicos ineficientes, los recursos financieros pésimamente

estructurados y no transferidos por el gobierno central o la escasa inteligencia para proyectarlos en los distintos gobiernos involucrados, en las obras efectuadas con deficiencias y el mal manejo de la prevención y el inoportuno salvamento de los damnificados como es público y notorio y que trascendió en el mundo entero.

El manejo, por parte del Estado Nacional, de numerosas cuestiones que, en materia de servicios públicos, podrían estar dentro de las competencias de las provincias e incluso de los municipios, debe marcarse como un menoscabo al federalismo pero también a la sociedad que padece lo que expresé en los párrafos anteriores, ya que recorta las herramientas locales de promoción del desarrollo y lleva a los gobiernos de provincia a ser meros peticionantes ante la Nación, cuando podrían ser los gestores de sus propios aciertos y errores.

Las decisiones que toma el Estado Nacional con respecto a los servicios públicos no contemplan abiertamente los intereses locales y esto se aprecia con más frecuencia en la actualidad. Es común encontrar en nuestra historia casos de manejo discrecional o arbitrario de los servicios públicos, que atendiendo otros intereses, generan un decidido impacto negativo sobre las condiciones de desarrollo de numerosas comunidades. En un reciente artículo periodístico, en la autoría de un conocido economista leemos “En la Argentina hemos tenido servicios públicos en manos del Estado y en manos privadas. Salvo alguna honrosa excepción han sido un fracaso en ambos casos..” (Víctor A. Beker “Un debate que nos debemos”, diario La Nación de 11 de abril de 2013) y esto debe revertirse con descentralización y capacitación, con recursos genuinos y oportunos, con controles efectivos y en lo local promoviendo

la mancomunidad intermunicipal asociativa para prestar servicios eficientes y actualizando la legislación poco clara y excesivamente contraria a los avances tecnológicos y la creencia de la comunidad.

Con la descentralización efectiva de competencias en materia de servicios públicos o la participación concreta de las provincias y municipios en sus ámbitos de regulación y control, no estarán estas cuestiones necesariamente solucionadas, ya que en muchas ocasiones será la propia clase dirigente de las provincias la que obstaculice un adecuado desarrollo de las condiciones de prestación de estos servicios. Sin embargo, a los pueblos que integran dichas provincias y ayuntamientos apreciarán como algo más natural que la responsabilidad es de ellos mismos. Al menos tendrán la posibilidad de lograr sus objetivos. Posibilidad que hoy la normativa en la Argentina de alguna manera les niega. Debemos esperar una nueva cultura jurídica acompañada con racionalidad política que haga que los municipios complementen más aún su rol de servicios a la comunidad con menor intromisión del Estado Nacional en la búsqueda de mejorar la calidad de vida de vecinos y de un desarrollo sustentable de las ciudades.