

REFLEXIONES ACERCA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

Congreso Internacional Servicios Públicos Municipales

Puebla, México, mayo de 2013

Dra. Miriam M. Ivanega¹

El tema que nos convoca, presenta por lo menos dos aspectos particulares: el primero vinculado a la noción del servicio público, el otro relacionado con el carácter autonómico del municipio y el alcance que se otorga a esa naturaleza.

El servicio público constituye una de las instituciones de mayor debate en la doctrina publicista. Su compleja e imprecisa definición, así como los factores políticos, sociales y económicos que involucran su prestación y control, han sido objeto de teorías, doctrinas y elaboraciones jurisprudenciales.

Existen tantas definiciones como autores, e incluso no es posible encontrar un elemento diferenciador, propio y exclusivo, que permita conceptualizarlos en forma unánime. Lo cierto es que el primer escalón a subir en aras de identificarlos, será la Constitución y/o las leyes que categoricen como tales a determinadas actividades o prestaciones.

Respecto de la autonomía del municipio su definición teórica no es suficiente para reconocer su efectivo alcance, pues las competencias que de ella se derivan suelen estar limitadas por el orden jurídico o por restricciones económico-financieras. De esta forma, encontramos una autonomía *constitucional*, una *legal* y otra *fáctica*.

I. Referencias a los criterios doctrinarios en la República Argentina².

A. La doctrina clásica

Todos los autores que formaron parte de esta corriente, identificaban al servicio público como una actividad administrativa, aunque con matices.

¹ Doctora en derecho y ciencias sociales, Master en derecho administrativo, profesora de universidades públicas y privadas en su país y diversos países de Iberoamérica. Miembro fundadora de las Asociaciones Internacionales de Derecho Administrativo y Derecho Municipal y de la Asociación Interamericana de Derecho Administrativo.

² Ampliar en Miriam M. IVANEGA, *Instituciones de derecho administrativo*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009, Capítulo Undécimo.

MARIENHOFF, por ejemplo, extendió el concepto a las actividades prestadas por los particulares, y la identificó con la satisfacción de las necesidades o los intereses de carácter general cuya índole o gravitación requiere el control de la autoridad estatal. Incluye en la definición a los servicios propios, e impropios o virtuales prestados *uti singuli* o *uti universi*.

DIEZ entendió que se trataba de una prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general.

BIELSA y VILLEGAS BASAVILBASO veían en el servicio público una prestación de la Administración directa o indirectamente, cuyo objeto era la satisfacción de una necesidad pública³. En esa tesitura se enroló también DIEZ.

También se lo define como la prestación obligatoria individualizada y concreta de cosas y servicios, destinada a satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya sea directamente por la Administrativo o por medio de particulares, en ambos casos bajo un régimen de Derecho público. Esta definición vale también, entonces, para las actividades que las leyes no catalogan como servicio público, pero que tienen las notas de esa noción⁴.

FIORINI señalaba que “Los servicios públicos ocupan rango inferior a las funciones públicas pero tienen importancia por mantener el bienestar colectivo y general [...] Los servicios públicos no se dirigen a la vida del Estado sino a la satisfacción concreta y práctica de sus habitantes [...] cuando el servicio público se manifiesta como consecuencia de una necesidad pública exigente e imperiosa, puede adquirir los mismos caracteres de la función pública, pero no tiene su mismo origen normativo. Aquí se impone, en estos casos, el bienestar de la sociedad [...] No existe entonces una única figura técnica y menos una institución única del servicio público”⁵.

³ Estos autores siguen el modelo francés. El criterio y alcances de esa concepción quedó plasmada en la IV Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Buenos Aires en 1936.

⁴ JUAN FRANCISCO LINARES. *Derecho administrativo*, 1ª reimp., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, p. 509.

⁵ BARTOLOMÉ FIORINI. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 205.

B. La concepción de la *publicatio*

Se caracteriza al servicio público como una actividad económica “publicada”, cuya prestación se encuentra sometida a un régimen jurídico de Derecho público.

RODOLFO BARRA⁶ entiende que al tratarse de una actividad que es *retirada* del mercado, los particulares solo pueden realizarla bajo un régimen jurídico de servicio público, “con una especial relación con el Estado que es el titular exclusivo de la competencia”. Así, pueden ser transmitidas a la prestación de un particular, sin que ello implique alterar su régimen jurídico de Derecho público.

El servicio público es relativo; como no hay una actividad por naturaleza de servicio público, dependerá de esa necesidad de protección tan fuerte y compulsiva que tiene el Estado para quitar la actividad del ámbito del mercado. La delegación del ejercicio de la competencia a los particulares –denominada “delegación transestructural de competencias”– permite entonces que pueda retomarla y rescatar el servicio.

Por ello, lo importante es que la competencia corresponde al Estado.

En la actualidad se entiende que la institución del servicio público precisa de una justificación y delimitación adecuadas, para asignarles un sentido en un mundo que vuelve “al juego de las leyes de mercado aunque, ahora abajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia”. En ese sentido, se señala⁷ que las notas centrales de la noción son tres: la satisfacción de necesidades primordiales, el contenido económico de la prestación y la obligatoriedad; las cuales se relacionan con la competencia en el resto de las actividades privadas que aún, cuando sean de interés público, no se rigen por el régimen administrativo del servicio público. Este enfoque se complementa con la *publicatio* y el régimen especial o exorbitante.

⁶ RODOLFO BARRA. “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Rap, 2003, p. 49 y ss

⁷ JUAN C. CASSAGNE. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 179.

Con ese razonamiento lo único que implica la *publicatio* es “la transferencia – fundada en la necesidad y trascendencia social– de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad [...] la declaración formal de *publicatio* no posee contenido patrimonial alguno que le permita ejercer al Estado el dominio sobre el servicio concedido o los bienes a él afectados”⁸. Esta es la causa por la cual esa técnica no justifica el desplazamiento del concesionario y la asunción del Estado de la gestión directa del servicio público.

En síntesis, la esta nueva concepción reconoce como bases: a. La gestión del servicio es tarea eminentemente privada, salvo insuficiencia o necesidad de sustraerlo de las reglas del mercado; b. Limitación de su régimen a las actividades primordiales que satisfacen necesidades de naturaleza económica, y c. La *publicatio* implica la declaración de que una actividad constituye servicio público, que emana del Congreso para cada actividad específica y no generalizadamente⁹.

C. La *publicatio* y el dato de la exorbitancia

JULIO RODOLFO COMADIRA¹⁰ sostenía que el servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, que el Estado invoca para asumir la titularidad de competencias prestacionales, con el fin de ejercerlas en forma directa (por administración) o indirecta a través de entes con personalidad jurídica (*v. gr.* Entes autárquicos) o privadamente (*v. gr.* sociedades anónimas), para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común.

⁸ *Ibíd.*, p. 184

⁹ Critica el autor que haya que abandonar la idea de la *publicatio*, para reemplazarla por una noción ambivalente como la de regulación económica, que es extraña al Derecho continental europeo que inspira la noción de servicio público. JUAN C. CASSAGNE. *El contrato... cit.*, p. 184.

¹⁰ JULIO R. COMADIRA. “El Servicio Público como título jurídico exorbitante”, *Rev. Jur. El Derecho, Supl. Derecho administrativo*, 31 de diciembre de 2003

Para este autor, la titularidad, o no, de la actividad que se emprende o regula y la determinación de las necesidades que justifican la decisión estatal de prestar o regular, son cuestiones históricamente contingentes que no alteran el dato de esencia, que siempre concurre: la invocación de un título jurídico que implica, el empleo del poder, de la prerrogativa para brindar una prestación ligada con el bien común, o asegurar que ella se brinde. Por ello, hace referencia a que la ideología del servicio público, pone en juego la del Derecho Administrativo porque este es el instrumento que afirma la prerrogativa y la garantía individual, tanto en materia de servicio público como en todo el campo del ejercicio de la función administrativa. “Cuestionar, por ello, la ideología del servicio público es, en el fondo, cuestionar la esencia misma del Derecho Administrativo”.

El servicio público como título jurídico exorbitante que el Estado invoca porque no debe renunciar a su función gestora del bien común, es el medio para asegurar la obligatoriedad debida al usuario, a través del control y la regulación policial o, según el caso, la prestación directa o indirecta.

En síntesis, servicio público es exorbitancia, prerrogativa y garantía; prestación debida por el privado, pero que el Estado debe asegurar subsidiariamente¹¹.

D. El servicio público como institución originaria y autónoma en la Constitución Nacional

JORGE SALOMONI a partir de una reconstrucción histórica y conceptual del servicio público, sostiene que la originalidad del precepto constitucional argentino utilizado para la concesión de privilegios (antiguo artículo 67 inc. 16, actual 75 inc. 18)¹² que legitimó la explotación de los servicios públicos por los particulares; partió

¹¹ Cfr. también ALEJANDRO PÉREZ HUALDE. “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control”, en *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 1-111.

¹² El artículo 75 inciso 18 atribuye al Poder Legislativo: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los

de la concepción embrionaria de lo “que actualmente se designa como la titularidad estatal de dichos servicios”¹³. En esa línea argumental, al analizar las normas legislativas mediante las cuales se concedieron los primeros servicios – ferrocarriles– concluye que aquellas fijaron un concepto normativo de servicio público que comprendió a la titularidad estatal¹⁴.

Estos conceptos emanados de la Constitución y de las leyes se vincularon con el enfoque que los constituyentes de 1853 tuvieron del Estado, del derecho patrio y de la Recopilación de las Leyes de Indias.

Por ende, su originalidad los apartó de los criterios elaborados por la Corte Federal norteamericana y del Consejo de Estado francés¹⁵. Comparando las normas fundamentales argentina y norteamericana, puntualiza que la cláusula del progreso del anterior artículo 67 inc. 16 de la Constitución argentina no encuentra similar en la de Estados Unidos. El sistema norteamericano parte de la concepción de la no titularidad estatal de actividad económica alguna, sino por el contrario toma como base la titularidad privada incluyendo los servicios públicos.

Distinto es el caso de la Constitución argentina que establece la posibilidad de conceder privilegios temporarios para proveer a la prosperidad del país al adelanto y bienestar de las provincias, que en consecuencia, se basa en un criterio que denomina “titularidad estatal” de los servicios públicos y que asigna una potestad explícita y también subsidiaria de intervención estatal en la economía, a través de los servicios públicos¹⁶.

ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

¹³ JORGE SALOMONI. *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 126.

¹⁴ SALOMONI entiende que la imposibilidad de una privatización absoluta de un servicio público cabe interpretarla también en función de los artículos 116 y 117 de la Ley 24.156 que regulan la creación y funciones de la Auditoría General de la Nación, incluyéndose dentro de su competencia de control a los entes privados adjudicatarios del proceso de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos, con independencia de su no pertenencia a la organización administrativa. “Por lo tanto se parte de la noción legislativa de privatización relativa de los servicios públicos, esto es, una delegación de cometidos o competencia”.

¹⁵ JORGE SALOMONI. *Teoría general de los servicios públicos*, cit., p. 127.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 135.

En cuanto al sistema francés, analiza que las realidades argentina y francesa que justifican el nacimiento de los servicios públicos, fueron distintas y hasta opuestas. La doctrina francesa del servicio público de la Escuela de Burdeos nace a finales del Siglo XIX principios del XX y va de la mano de la necesaria redefinición del Estado y de sus límites, frente a los efectos negativos que la Revolución Industrial había dejado.

Por el contrario, la norma constitucional argentina fue producto de una propia historia institucional y jurídica patria y de las influencias románticas del Siglo XVIII, a lo que se sumó un atraso de las áreas productivas y comerciales¹⁷.

En consecuencia, el servicio público fue una concepción original y autónoma en nuestro país, que en estos tiempos está modulada por un sistema de derechos humanos. El proceso de reforma del Estado y su regulación, no produjeron modificaciones sustantivas en la concepción original.

La definición actual formulada por el citado profesor, atiende a “toda actividad económica, regular, continua y uniforme, que persigue el propósito público de satisfacer eficazmente las necesidades materiales colectiva a cuyo aseguramiento está obligado el Estado, tanto a través de la prestación *per se* o por particulares delegados, para alcanzar el bienestar general y cuyo sujeto acreedor es el contribuyente del erario público, titular del derecho fundamental al acceso al servicio y como usuario a la prestación efectiva del mismo, con preponderancia de sus intereses económicos con relación al sistema de potestades estatales y los derechos del prestador privado del servicio, en un régimen especial de Derecho Público”.

Por lo tanto, el concepto de servicio público con la reforma constitucional de 1994, dejó de ser autónomo o enteramente disponible para el legislador, pues está supeditado al sistema de derechos del contribuyente-usuario previstos en la

¹⁷ *Ibíd.*, p. 148. Cabe advertir que este autor profundiza en estas diferencias luego de analizar los antecedentes y la filosofía de la Constitución argentina.

Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre y en el artículo 42 de la Constitución Nacional¹⁸.

E. El servicio público como el máximo grado de regulación de una actividad privada

Para HÉCTOR MAIRAL es utópico pretender sentar una definición de alcance universal y permanente del servicio público. No hay contradicción entre la noción de servicio público y el carácter privado de la actividad; por eso resulta compatible la “titularidad” privada del servicio con su reglamentación por parte del Estado. El dato definitorio es la obligatoriedad para quien realiza la actividad¹⁹975.

Para este autor, el concepto de servicio público subsiste y si bien de ninguna manera se encuentra definido en la Constitución, en la actualidad se lo puede identificar como la forma más intensa de regulación estatal, porque el Estado considera, por razones políticas que expresa en una ley del Congreso, que la actividad en cuestión satisface necesidades indispensables de la sociedad.

Por ello, no es estatal, es actividad privada rigurosamente controlada por el Estado, pues no es necesaria la titularidad estatal para que exista control. Hoy en día el servicio público es una actividad económica, con prestaciones de servicios técnicos, que está prestada por los particulares o que puede prestar el Estado cuando el legislador así lo dispone (cuando lo gestionan los privados, está sujeto al control fundamentalmente técnico).

De noción centrípeta, que englobaba actividades conexas, pasó a ser una noción centrífuga, que va expulsando todas a las actividades que permiten competencia.

En síntesis, ya no se puede hablar del servicio público como actividad administrativa, ni la Administración por sí –sin ley que la habilite– puede dentro de su zona de reserva organizarlos.

¹⁸ JORGE SALOMONI. “El concepto actual del servicio público en la República Argentina”, *Documentación Administrativa*, 268-269, INSP, Madrid, pp. 368 y ss

¹⁹ HECTOR MAIRAL. “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 14, Depalma, 1993, p. 428.

Del concepto tradicional de servicio público, quedan el control estatal de la entrada y salida de la actividad, el control de la obligatoriedad de la prestación, la igualdad, la regularidad, la continuidad, el control de los precios y la obligación de los prestadores de ajustar los servicios a las necesidades públicas. “Esas obligaciones subsisten y el servicio público hoy en día es una actividad que debe respetar estas pautas”²⁰.

F. La noción restringida y convencional, su compatibilidad con la *public utilities*

ALBERTO BIANCHI²¹ propugna –en el marco de una nueva etapa en la evolución del concepto– una noción restringida del servicio público.

La confusión en cuanto a su definición y contenido, y la influencia de factores económicos, lo lleva a entender que podrían aprovecharse “las enseñanzas de la teoría económica que cultivan los anglosajones, para encontrar una noción lo más precisa posible [...]”. Esta debe ser convencional porque no hay servicios públicos por naturaleza y todo intento por encontrarlos no haría más que expandir el concepto hasta confundirla con la actividad misma del Estado, error en la que cayó la doctrina clásica.

Parte de los estudios desarrollados en el campo económico de las *public utilities* y; como él se encarga de dejar sentado; sin caer en los extremos de la versión tradicional, ni en la supresión del concepto, propicia una noción restringida a los siguientes elementos: 1. Actividad industrial (evita extenderla a actividades trascendentes para la comunidad pero que no son servicio público, como la educación. Descarta también a los bancos y seguros porque actúan con un régimen de competencia); 2. Monopolio natural (así la regulación sustituye al mercado en aras de proteger a los usuarios); 3. Esenciales para satisfacer las necesidades básicas de una comunidad (lo que caracteriza al servicio público es justamente que la prestación resulte indispensable para la calidad de vida de una

²⁰ Idem

²¹ ALBERTO BIANCHI. “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, *Revista de Derecho Administrativo*, año 17, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

sociedad); 4. Calificada por ley (ello no es lo mismo que la titularidad estatal: es diferente que el Congreso califique una actividad como servicio público a que el Estado se apropie de ella; en el primer supuesto el Congreso identifica la actividad como servicio público, mientras que en el segundo lo retira de la actividad privada y sólo la devuelve temporalmente bajo un régimen contractual), y 5. Prestación ininterrumpida y obligatoria (por ser esencial para la comunidad y monopólica, el prestador no puede ni interrumpir el servicio ni prestarlo a quien él desee, no puede elegir a los usuarios).

G. Crítica a los conceptos doctrinarios del servicio público

Con un fuerte cuestionamiento de la tendencia doctrinaria que procura establecer y definir los caracteres jurídicos del servicio público, GORDILLO considera que estos esfuerzos son una tarea fallida, pues es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador estima oportunas a cada servicio público, siendo el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen de cada actividad que se somete a su control.

A partir de los tres elementos esenciales de la noción tradicional, es decir: a. El fin que el servicio cumple; b. La persona que lo presta, y c. El régimen que lo regula, concluye que los dos primeros no conllevan necesariamente el tercer elemento: el régimen exorbitante al derecho privado.

La determinación de aplicar un régimen de Derecho público a cierta actividad, sea estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, “esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida en que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al Derecho público [...] solamente el régimen jurídico puede justificar la denominación y ese régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional suficiente cuando antes se ha otorgado un privilegio o monopolio bajo forma de concesión o licencia [...]”²².

²² AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. VI-39/40.

En la práctica es el monopolio lo que determina el régimen jurídico especial, criterio que al decir del propio autor, “se enfrenta con todas las nociones que quieren buscar la “naturaleza” o “esencia” de lo que cada uno puede entender que merece ser servicio público; dar la propia definición y luego postular que el orden jurídico debe comportarse como el sostiene [...] el régimen jurídico no depende de la doctrina, sino de la legislación la jurisprudencia”. En cambio, cuando el orden jurídico indica que una actividad se debe prestar en libre competencia, el Estado cumple un rol similar al que desarrolla respecto a las actividades privadas, asegurando la libre competencia, la lealtad comercial, evitando abusos de posición dominante. Se asume así una regulación económica y social, distinta a la que se aplica a las actividades monopólicas constitutivas de servicios públicos²³.

II. La autonomía municipal. El caso argentino.

La discusión acerca del estatus autónomo o autárquico del municipio se ha presentado en distintas latitudes.

Recordemos que la descentralización, técnica de distribución de competencias, puede ser administrativa y política.

La primera responde a una forma de organizar la Administración Pública e implica la transferencia de competencias creando un nuevo ente con personalidad jurídica.

La descentralización política está relacionada con la forma federal de organización de un Estado, lo cual implica la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa²⁴. Dentro de ella se configura la autonomía que traduce la atribución de darse sus propias leyes y gobernarse por ellas, aunque subordinado a un poder soberano²⁵.

²³ Ibid.

²⁴ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. I, 4º ed., ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 31.

²⁵ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, 5º ed., actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2003, p. 403.

Ello sin perjuicio de que dicho término también se utiliza para caracterizar competencias administrativas, y así se suele hablar de autonomía funcional, autonomía presupuestaria para referirse a un grado de independencia.

Ahora bien, en relación a la autonomía municipal nos inclinamos por aceptar que ella consiste en la facultad de autonormarse, de autoconducirse, con prescindencia del Estado a la que pertenece o en cuya jurisdicción se encuentra, siempre dentro de los límites de la Constitución.

Ella incluye los siguientes aspectos:

- 1) institucional: como se sostuvo, la facultad para el dictado de su propia carta orgánica;
- 2) político: es decir la organización y gobierno con base popular, electiva y democrática;
- 3) administrativo: vinculado a la prestación de los servicios públicos y demás actos de administración local, sin interferencia de autoridad de otro orden de gobierno y
- 4) financiero: la libre creación, recaudación e inversión de las rentas destinados para los gastos del gobierno propio y satisfacer sus fines.

De acuerdo al reconocimiento de todas estas condiciones o solo de algunas (vgr. órdenes político, administrativo y financiero) la autonomía puede ser plena o semiplena.

En la República Argentina, la autonomía de los municipios es diferente a la que ostentan las provincias, toda vez que aquellos se encuentran insertos en esa unidad política superior²⁶.

En ejercicio de su autonomía, deben ajustarse al plexo jurídico federal y observar las constituciones y leyes provinciales, siempre que éstas respeten el ordenamiento jurídico superior.

En el mismo sentido, la Constitución Nacional no reconoce en los municipios poderes originarios ni reservados, a diferencia de las provincias que están atribuidas de una autonomía más amplia²⁷.

²⁶ HERNÁNDEZ (h), ANTONIO M., *Derecho municipal*, vol. I, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 331.

El artículo 5º de nuestra Ley Fundamental exige a las provincias asegurar su régimen municipal.

En efecto, dicha norma dispone: *Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.*

Esta norma ha permitido entender que en nuestro país el municipio tiene un origen natural y necesario, preexistente al Estado argentino y que las provincias no podrían desconocerlo²⁸.

El reconocimiento de autonomía a los gobiernos locales fue un proceso paulatino: resultaron pioneras en 1957 las provincias de Chubut, Formosa, Neuquén, Río Negro, en 1958 Misiones, Santiago del Estero en 1960 y Catamarca en 1966. Todas esas constituciones permitían la sanción de cartas orgánicas, al menos a una categoría de sus municipios.

Posteriormente, el restablecimiento de la democracia, y la recuperación de la posibilidad de ejercer poder constituyente, permitió que la mayoría de las provincias reformaran sus constituciones: Jujuy (1986), Salta (1986), La Rioja (1986), San Juan (1986), Santiago del Estero (1986), Córdoba (1987), San Luís (1987), Catamarca (1988), Río Negro (1988), Misiones (1988), Tucumán (1990), Formosa (1991) y Corrientes (1993). Por su parte, la nueva provincia de Tierra del Fuego, en ejercicio de su poder constituyente originario, también sancionó su ley fundamental local (1991).

La consagración constitucional definitiva del criterio autonomista, se produjo con la reforma del año 1994.

²⁷ IVANEGA, MIRIAM M., *Principios de la Administración Pública*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 214.

²⁸ ROSATTI, HORACIO, *Tratado de Derecho municipal*, t. I, 2.ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 84.

Sin embargo, no podemos dejar de marcar que aún tres provincias tienen criterios restrictivos: Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe²⁹.

En las dos últimas, a la fecha se encuentran vigentes las constituciones de 1916 y 1962, respectivamente, mientras que la Provincia de Buenos Aires, si bien modificó su carta estadual en 1994, no introdujo reformas en relación al régimen municipal, continuando la regulación del texto de 1934.

Es decir, que pese al mandato constitucional actual, estas provincias no contemplan en sus constituciones la autonomía municipal en el aspecto institucional, sin perjuicio de preverla en otros órdenes, aunque con limitaciones.

En relación a los elementos del municipio, caben realizar algunas consideraciones.

Respecto del territorio, en la Argentina los límites territoriales de los municipios son establecidos por las legislaturas provinciales y los conflictos limítrofes que se susciten entre aquéllos, son resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuanto a la población, los ordenamientos provinciales recurren a él como parámetro para constituir un municipio, a partir del establecimiento de cantidades mínimas de habitantes. Generalmente, el número que se fijan oscila entre los quinientos y dos mil habitantes, como población mínima. Utilizan esta pauta, entre otras, las Provincias de Catamarca (art. 244), Córdoba (art. 181), Corrientes (art. 217), Formosa (art. 175), Entre Ríos (art. 230), Formosa (art. 175), Jujuy (art. 183), La Pampa (art. 115), Neuquén (art. 270), Río Negro (art. 226), Salta (art. 170) y San Juan (art. 239).

Este criterio, también es utilizado para clasificar a los municipios³⁰.

²⁹ Es notable el caso de la Provincia de Santa Fe, toda vez que la Constitución estadual de 1921 reconocía a los municipios, con más de veinticinco mil habitantes, la posibilidad de dictar sus propias cartas orgánicas, lo que originó que ejercieran ese poder constituyente las ciudades de Rosario y Santa Fe. No obstante, al año de sancionada, el gobierno nacional dispuso la intervención de la provincia, dejando sin efecto su constitución. Posteriormente, la Constitución de 1949 (ratificada en 1957) no modificó ningún aspecto del régimen municipal, quedando vigente el texto de 1900/1907. Finalmente, los constituyentes provinciales en 1962, tampoco introdujeron reformas en cuanto al alcance de la autonomía municipal, sin perjuicio que en el resto de las provincias ya había comenzado un proceso hacia el reconocimiento de ese estatus a las entidades municipales.

En la mayoría de los casos, se establecen tres categorías -pequeños, medianos y grandes- y en algunos casos se prevé una forma de gobierno sin jerarquía municipal, denominada comuna o comisión de fomento, núcleos de entre quinientos y dos mil habitantes, que se diferencian de los municipios, en tanto no gozan de independencia institucional y financiera.

Las categorías de municipios a partir del número de habitantes determinan la atribución de competencias en razón de la materia. Así generalmente, los municipios de alta densidad poblacional pueden dictarse su carta orgánica, a diferencia de las localidades más pequeñas, quienes no están autorizadas a ello.

El poder político, es un elemento relacionado con el gobierno de los municipios, la atribución de darse sus cartas orgánicas y con la autosatisfacción de las necesidades locales de la sociedad. Para ello, el ordenamiento jurídico acuerda a las entidades municipales el ejercicio de competencias que tienden al logro del bien de la comunidad.

Como se mencionó, en 1994 la Constitución Nacional reconoció a los municipios carácter autónomo, desplazando definitivamente la posición autárquica.

En este sentido, los constituyentes optaron por introducir el criterio que la Corte Suprema ya había consagrado³¹.

El citado artículo 123 expresa: *Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

Surge del artículo transcrito que las provincias se encuentran obligadas a asegurar en sus respectivas constituciones la autonomía municipal, pero no prevé un único modelo; por lo tanto, la organización del régimen municipal en sus

³⁰ ZUCCHERINO, RICARDO M., y MARÍA JOSEFINA MORENO RITHNER. *Tratado de Derecho federal, estadual, estatuyente y municipal –argentino y comparado–* t. II, 2.ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007p. 18.

³¹ COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 719. Afirma el profesor que a la hora de realizar los importantes cambios que presenta el nuevo texto constitucional, los constituyentes se remitieron sucesivamente a las sentencias del Alto Tribunal nacional.

respectivas jurisdicciones, constituye una potestad de las provincias que deberán legislar el contenido que van a acordar el aspecto institucional, político, económico, financiero y administrativo, comprensivos de la autonomía municipal.

III. Servicios públicos municipales.

La Constitución Argentina no incluye disposiciones expresas en la materia.

Ello no ha sido óbice para que los municipios presten servicios públicos, incluso en aquellas provincias en las cuales no existe un reconocimiento de la autonomía.

A nuestro entender, la existencia del municipio justifica la prestación y el control de determinados servicios.

Sin embargo, no debe perderse de vista que resulta esencial atender a las bases constitucionales y legales para definir cuando una actividad reviste tal carácter y en qué casos corresponde al municipio su gestión y control, pues más allá de considerar que existen supuestos en los cuales el ente municipal parece instituirse necesariamente el prestador por excelencia, como una facultad “ínsita” (por ejemplo el alumbrado y la higiene pública) lo cierto es que pueden presentarse diversas regulaciones y ser otro nivel estadual el competente para prestar dichos servicios.

Ahora bien, la relevancia del esquema municipal está dada no solo por la gestión directa que ejercen, sino por su carácter facilitador para que exista una cercanía entre prestadores y usuarios, llegando incluso éstos a convertirse en gestores del servicio públicos, ya sea conformando cooperativas o asociaciones vecinales. Ambas son una modalidad de participación ciudadana.

En el primer caso, las cooperativas están constituidas por usuarios que se organizan conforme a la legislación pertinente para suministrar directamente el servicio público, sin intención de obtener ganancias³².

³² Es el caso de la Provincia de Buenos Aires que cuenta con aproximadamente doscientas cooperativas eléctricas que se encargan de la distribución de energía. Callejo Alfredo V., Municipios y cooperativas en la regulación electroenergética bonaerense, en LLBuenos Aires, 2000, p. 241 y ss-

El supuesto de las asociaciones vecinales, se trata de organizaciones con funciones administrativas que otrora constituían atribuciones de la Administración Pública y que ahora motivada en el impulso estatal, son ejercidas por aquellas. Así es como quedan en manos de los vecinos, servicios como mantenimiento y conservación de paseos públicos, plazas parques, espacios verdes, desmalezamiento de sitios baldíos, la gestión y ejecución administrativa de obras públicas de importancia para los servicios públicos, como instalación de red de gas natural domiciliario, agua corriente, alumbrado público, pavimento; todo ello bajo la supervisión del Municipio³³.

Reflexiones finales

Los servicios públicos municipales, no difieren sustancialmente en cuanto a su conceptualización, su alcance o el tipo de gestión, de los que se desarrollan en los ámbitos estadales, provinciales o estatales.

Sin embargo, consideramos que su relevancia está dada por la proximidad con el vecino-usuario/ciudadano, dado que ello debería permitir una mejor relación entre la necesidad social y la prestación.

El municipio es un ámbito proclive a favorecer la participación ciudadana, quien interviene en forma más directa en las decisiones que involucra el servicio público.

De esta forma, el municipio como organización cercana al usuario se instituye como protector de este vínculo, con prescindencia de quien gestiona el servicio.

En el marco de esa tutela, es su deber facilitar la participación y el control del ciudadano siempre con el objetivo de mejorar la calidad de vida social y cumplir con los mandatos constitucionales.

³³ Ricardo MUÑOZ, *El marco regulatorio de los servicios públicos prestador por las asociaciones vecinales*, LLCórdoba, octubre 2011, p. 933 y ss.. El autor remite a la regulación en la Ciudad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba -Ordenanza N° 937/95- y al "Marco regulatorio para la concesión de los servicios de jardines maternos, de desmalezamiento, desmonte, riego y limpieza de veredas, calles de tierra y baldíos, servicios de salud y tareas a fines en zona de influencia geográfica de las asociaciones vecinales de la Ciudad de Río Cuarto".