

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONSECUENCIAS QUE TIENE PARA EL MUNICIPIO,
EL DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIONES DE LOS
SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES**

MARÍA TERESA PINEDA MORÁN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONSECUENCIAS QUE TIENE PARA EL MUNICIPIO,
EL DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIONES DE LOS
SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA TERESA PINEDA MORÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Vocal: Licda. Magda Elizabeth Montenegro Hernández
Secretario: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez

Segunda Fase:

Presidente: Licda. María Soledad Morales Chew
Vocal: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Secretario: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Por haberme permitido alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Rufino Leopoldo Pineda Castillo y Teresa de Jesús Morán Sarceño, por haberme apoyado siempre.
- A MI ESPOSO:** Henry Ostilio Hernández Gálvez, por su amor y apoyo incondicional .
- A MIS HIJOS:** Teresa Gabriela, Maria Alejandra y Henry Daniel, quienes son la razón de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Gladis, Miriam, Leopoldo, Maritza y Marlin, con cariño.
- A MIS SOBRINOS:** con amor.
- A MI DEMAS FAMILIA,
AMIGOS Y COMPAÑEROS:** Con respeto y cariño.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala
y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	
i	
CAPÍTULO I	
1. El municipio.	1
1.1. Historia del municipio.	
3	
1.2. Definiciones.	5
1.3. Autonomía del municipio.	10
1.4. Elementos del municipio.	
18	
CAPÍTULO II	
2. Servicios públicos.	23
2.1. Definiciones.	26
2.2. Teorías que fundamentan la prestación del servicio público.	31
2.3. Elementos de los servicios públicos.	32
2.4. Clasificación de los servicios públicos.	35
2.5. Creación de los servicios públicos.	41
2.6. Formas de gestión del servicio público.	43
2.7. Los servicios públicos municipales.	46
2.8. El instituto de fomento municipal.	47
2.9. Código municipal.	54
2.10. Constitución política de la república.	58
CAPÍTULO III	
3. La concesión de los servicios públicos municipales.	61
3.1. Antecedentes de la concesión.	62
3.2. Definiciones.	63

3.3. Naturaleza jurídica de la concesión administrativa.	66
3.4. Elementos subjetivos de la concesión administrativa.	66
3.5. Particularidades de la concesión administrativa.	67
	Pág.
3.6. La concesión administrativa en nuestra legislación.	70
3.7. La licitación.	71
3.8. El contrato de concesión.	75
3.9. Revocación de la concesión.	79
CONCLUSIONES.	81
RECOMENDACIONES.	83
BIBLIOGRAFÍA.	85

INTRODUCCIÓN

Existen satisfactores que brindan bienestar a los guatemaltecos, entre los cuales se encuentran los servicios públicos, como medio para lograr el bienestar común. Tanto a nivel constitucional, como de las leyes ordinarias y reglamentarias, se encuentra regulado lo relacionado con los servicios públicos.

En el presente estudio, concerniente a la administración municipal, en el Código Municipal se regula lo relacionado con los servicios públicos municipales, los cuales en principio deben ser prestados por la administración municipal. Pero cuando ésta no puede prestar de forma directa los servicios municipales, surge la administración indirecta, la cual en el caso de los servicios públicos se realiza por medio de la concesión administrativa.

Dicha figura jurídica ha generado controversia, puesto que en varias ocasiones es utilizada como medio para lucrar y no con el fin de alcanzar el bien común o para brindar bienestar a los guatemaltecos. Además, las disposiciones legales que regulan dicha materia, no son del todo claras, lo cual genera problemas al momento de adjudicar la prestación del servicio público municipal, unido al desconocimiento y falta de asesoría jurídica que poseen algunas de las municipalidades del país. Por lo tanto se producen consecuencias verdaderamente perjudiciales, tanto para los usuarios, como para la administración municipal.

Para la elaboración del presente trabajo de tesis, los supuestos que me han servido de base para realizar la investigación, se apoyan en la afirmación de que un alto porcentaje de las municipalidades ignoran los aspectos legales relacionados con la concesión administrativa de los servicios públicos, además de que en muchos casos no se logra alcanzar el bien común.

En cuanto a la estructura, el presente trabajo de tesis quedó contenido en tres capítulos: en el capítulo I se hace referencia a todo lo relacionado con el municipio, su estructura orgánica, administración y funciones. El capítulo II comprende todo lo concerniente a los servicios públicos, la forma de prestarlos específicamente en forma directa o indirecta y la capacidad económica de las municipalidades para lograr dicho fin. El capítulo III, representa el centro de la investigación, toda vez que en éste se hace referencia a la forma de adjudicar la concesión administrativa para la prestación de los servicios públicos municipales, además de establecer cuales son las consecuencias que se generan al utilizar esta forma de administración indirecta.

El método principal utilizado para el desarrollo de la investigación ha sido el jurídico, complementándolo con el método sociológico, puesto que la prestación de los servicios públicos municipales, es un tema de naturaleza eminentemente social. Las técnicas de investigación empleadas han sido la investigación documental y la entrevista. Con lo cual se ha logrado el presente trabajo de tesis profesional de graduación, que a continuación desarrollo.

CAPÍTULO I

1. El municipio

En nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, tanto en el ámbito constitucional como ordinario, se regula lo relacionado con el municipio; el cual tiene una serie de funciones que se describen y analizan en el presente trabajo de investigación.

Dentro de las múltiples funciones que debe desarrollar el municipio, se encuentra la relacionada con la prestación y atención de los servicios públicos municipales, dicha función deviene de la norma que preceptúa nuestra Constitución Política de la República.

En igual sentido, el Código Municipal Decreto 12 – 2002, establece lo relacionado con la atención de los servicios públicos locales; todo lo cual se encuentra íntimamente relacionado con el objetivo de alcanzar el bien común para la mayor cantidad de guatemaltecos.

Ahora bien, no siempre el municipio a través de sus autoridades, puede prestar en forma directa los servicios locales y, para ello recurre a la utilización de la figura jurídica denominada concesión.

Varias son las razones que motivan tal decisión, entre las cuales se puede mencionar la falta de organización técnica y logística, la escasez de recursos financieros para proyectar las obras públicas, carencia de conocimientos especializados que requiere la construcción de ciertas obras públicas, intereses económicos y políticos, etc. Un cúmulo de factores, determina la concesión de los servicios públicos locales a nivel municipal, lo cual genera consecuencias de diversa

índole, las cuales en ocasiones distan del propósito de brindar y alcanzar el bien común de los guatemaltecos.

Es por ello que un tema de tanta importancia debe ser tratado con toda la seriedad y conocimiento, tanto en el ámbito jurídico como social; al momento de adjudicar la concesión de la prestación de un servicio público municipal.

Claro está, la concesión es una categoría jurídica de mayor amplitud, que no se limita únicamente a la prestación de servicios públicos; sino que abarca otras esferas, pero dado el enfoque de la presente investigación, la perspectiva principal se encaminará en la dirección de la prestación de los servicios públicos municipales.

En igual sentido, en cuanto al ámbito geográfico, la concesión es de aplicación tanto para obras de carácter nacional, regional, departamental o municipal.

Por la amplitud del tema y a efecto de centrar la atención en un punto específico, que permita realizar un mejor análisis de tipo jurídico; en el presente caso el análisis se concreta al aspecto municipal, toda vez que la Ley de Contrataciones del Estado y el Código Municipal, le permite al municipio utilizar la concesión administrativa.

Una vez descrito en forma general lo relacionado con la concesión de los servicios públicos municipales, es importante abordar el tema del municipio, su estructura, disposiciones legales que lo regulan, la prestación de servicios, y en general las actividades que por mandato legal debe cumplir.

1.1. Historia del municipio

“El municipio es de origen romano, pues originariamente era la ciudad sometida a Roma, a la que en el Siglo IV se concedió la ciudadanía romana, pero

sin sus derechos políticos. Más tarde, el término designó la comunidad organizada según el derecho romano o latino. Además de la ciudad en sí, el municipio comprendía el territorio adyacente, con los campos y los pequeños núcleos de la población. En sus inicios, el régimen municipal se basó en la efectividad de sus cargos por los hombres libres, pero desde el Siglo II los magistrados municipales fueron elegidos por un organismo restringido, *la curia*, que tenía el carácter de asamblea permanente y, en general, estaba formada por unos cien miembros. El régimen municipal fue perdiendo autonomía y a partir de Dioclesiano el peso de la burocracia imperial acabó por ahogar lo que quedaba de las libertades municipales y por convertir al municipio en una pieza más de la administración, de forma que la curia se convirtió en un órgano de recaudación de impuestos. Además, la extensión del latifundio arrebató al municipio la administración de su territorio. El régimen municipal romano pervivió en Hispania muy desfigurado durante los Siglos V y VI, pero en el Siglo VII, con el reino visigodo, desapareció.”¹

“El municipio no recuperó su personalidad autónoma hasta la Baja Edad Media a consecuencia de las nuevas circunstancias, que fortalecieron el sentimiento de comunidad local; renacimiento del comercio, concurrencia a un mismo mercado, expansión de los núcleos urbanos, vínculos religiosos y obtención de privilegios o fueros. Este sentimiento se traducía en la España cristiana mediante el concejo. El inicio del régimen municipal en el reino castellanoleonés se debió al reconocimiento de atribuciones administrativas y políticas al concejo, el cual recuperó su carácter de centro político y administrativo del término rural que circundaba la ciudad o localidad. En Cataluña, las poblaciones estuvieron sometidas a la autoridad del Veguer o Batlle, que estaba asesorado por la reunión de los personajes distinguidos de la localidad, hasta el Siglo XIII, en que aparecieron los gobiernos municipales.

¹ Salvat, Editores, **La enciclopedia**, pág.10622.

Con la crisis de los Siglos XIV y XV, el régimen municipal entró en decadencia: en Castilla el concejo abierto fue sustituido por una junta de regidores, a menudo nombrados por el rey y que constituían el ayuntamiento con los alcaldes y jurados. Además, a partir de 1480 se generalizó la figura del corregidor, funcionario nombrado por el rey con la misión de ayudar al gobierno municipal que desde 1500 se convirtió en el instrumento específico de la autoridad regia en su municipio. En Cataluña, en el Siglo XV se sustituyó la elección por el sistema de la instauración, que permitió una mayor intervención real en la vida municipal. Este régimen perduró hasta el final de la guerra de Sucesión española, fecha en que el Decreto de Nueva Planta asimiló el municipio catalán al castellano, redujo la intervención de los gremios en el gobierno municipal e implantó el corregidor. Durante el reinado de Carlos III se llevaron a cabo diversas reformas.

El Siglo XIX y primeras décadas del XX fue una época en que dominó el centralismo, situación acentuada por el caciquismo. Tras el paréntesis de la II República, el franquismo acentuó el control del gobierno sobre los ayuntamientos, cuyos alcaldes eran nombrados por el gobernador civil y el mismo gobierno. Con la restauración de la democracia en España, el alcalde es elegido por los concejales, que a su vez, son elegidos en votación directa.”²

1.2. Definiciones

Previo a describir algunas definiciones del municipio y aportar la nuestra, es conveniente determinar cual es la etimología de dicho vocablo.

La palabra municipio deviene del latín *municipium*, el cual significa cargo, función, empleo; y de la palabra *cipio*, que significa tomar, tomar a cargo algo.

² *Ibid*, pág.10623.

“El municipio es el modo más elemental de agruparse una comunidad, dividida social y políticamente en capas o estratos, y el germen de comunidades políticas más amplias y complejas –comarca, provincia, departamento, región-; constituye por ello la primera estructura y la división administrativa básica del Estado. Elementos que los componen se encuentran la población, la cual se conforma por residentes o personas que viven continuamente en el territorio y transeúntes, que habitan en él provisionalmente. Además, el territorio o término municipal, que suele dividirse si se trata de una zona urbana, en distritos y estos a su vez en barrios.”³

“El municipio es una categoría jurídica por presencia, habida cuenta que se impone y existe porque no puede no existir y nace de la necesidad, por lo que se identifica como una comunidad primaria surgida ineluctablemente por las relaciones de vecindad; asimismo en otro sentido se considera el municipio como una categoría jurídica por consecuencia, toda vez que es impuesta y existe porque, pudiendo no existir, es conveniente que exista y nace de la subsistencia; en consecuencia, interpreta al ente municipal como una comunidad nacida en función de un esquema distributivo de funciones considerado eficaz.”⁴

“El municipio es la personificación jurídica de un grupo social humano interrelacionado por razones de vecindad permanente en un territorio dado, con un gobierno autónomo propio, sometido a un orden jurídico específico con el fin de preservar el orden público, asegurar la prestación de los servicios públicos indispensables para satisfacer las necesidades elementales de carácter general de sus vecinos y realizar las obras públicas locales y demás actividades socioeconómicas requeridas por la comunidad.”⁵

³ **Ibid** pág.10623

⁴ Fernández, Jorge, **Seguridad pública y municipal**, pág. 37.

⁵ **Ibid**, pág. 85.

“El municipio es una persona de derecho público constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado, que administra sus propios y peculiares intereses, y que depende siempre, en mayor o menor grado, de una entidad pública superior, el estado provincial o nacional.”⁶

“También llamado municipalidad, es, jurídicamente, una persona de derecho público, formada por un conglomerado de personas, establecidos en un territorio específico, que administra sus propios y particulares intereses.”⁷

“Según una teoría llamada sociológica o *ius naturalista*, se trata de una organización que se forma espontáneamente, porque así lo requiere el hecho natural, y no intencionado, de que diversos núcleos familiares se instalen en terrenos próximos unos de otros, de donde surgen necesidades comunes y la precisión de regularlas y administrarlas. De ahí que el municipio, muy lejos de ser una institución creada por el Estado, tenga origen anterior a él o, si se prefiere, que el municipio haya constituido, después de la familia, la primera forma de organización política, y que la existencia de diversos municipios dentro de territorios también próximos y con necesidades comunes haya dado origen a otro organismo superior, que es el Estado. Según otra teoría, llamada legalista, el municipio no solo tiene el expresado origen natural, sino que es además una institución creada por la ley y sin más atribuciones que las concedidas por el Estado. Mas cualquiera que sea el verdadero origen, y partiendo del hecho de su existencia, no cabe duda acerca de que su finalidad se halla vinculada con el servicio de las necesidades de los integrantes del grupo municipal, o sea los vecinos; entre ellas las que afectan a la sanidad de la población, a la asistencia benéfica, a los transportes urbanos, al alumbrado y limpieza, a la policía de costumbres, a la ordenación del tránsito, al desarrollo urbanístico otras similares, todas las cuales son atendidas con los recursos provenientes de los impuestos y tasa que pagan los contribuyentes. Como es lógico,

⁶ Enciclopedia jurídica omeba, pág. 960.

⁷ Ibid, pág. 961.

no existe una norma universal relativa a la organización de los municipios, pues ella varía en los diversos Estados. Puede, sin embargo, afirmarse que por lo general están integrados por un cuerpo colegiado y deliberante, que tiene a su cargo establecer las normas u ordenanzas que afectan a la prestación de los servicios que tiene a su cargo, y un órgano ejecutivo, que se encuentra sometido a la autoridad de un jefe, corrientemente titulado alcalde y también intendente. La rama deliberante suele estar formada por los concejales o ediles de elección popular y presidida, según las legislaciones, por el propio alcalde o por uno de los miembros del cuerpo, elegido por éste. El alcalde en algunos países, es de elección popular, y en otros, de designación por el Poder Ejecutivo.”⁸

“En la época romana, la ciudad principal y libre que se regía por sus propias leyes; cuyos vecinos podían obtener y gozar de los derechos y privilegios de la misma Roma. En la actualidad, la primera o menor de las corporaciones de Derecho Público, integrada por las autoridades y habitantes de un término jurisdiccional, constituida casi siempre por una población y cierto radio rural, con algunos núcleos poblados o casas dispersas. En las grandes urbes no existe descampado; y en ciertas regiones poco hospitalarias no hay verdadero centro edificado. El ayuntamiento compuesto por alcalde y concejales, en otros sitios o épocas llamados corregidor o intendente, y regidores o ediles.”⁹

“El municipio se integra por un conjunto de familias que viven alrededor de un centro común, uno de los círculos interiores que forman el Estado. Ha sido definido como la asociación legal de todas las personas que residen en un término municipal, de acuerdo con la ley municipal. Su representación legal corresponde al ayuntamiento; y su término es el territorio a que se extiende la acción administrativa de su órgano gestor. El Estatuto Municipal de 1924, en España definía el municipio como la asociación natural, reconocida por la ley, de personas,

⁸ Ossorio, Manuel, **Diccionarios de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 632.

⁹ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 492.

bienes, determinadas por necesarias relaciones de vecindad, dentro del término a que alcanza la jurisdicción del ayuntamiento.”¹⁰

Como se puede deducir de las anteriores definiciones, todas tienen como denominador común los beneficios que debe prestar a los vecinos el municipio, los cuales principalmente se enfocan en la prestación de los servicios públicos, para satisfacer las principales necesidades, puesto que son éstos quienes a través de sus impuestos, que en el caso específico de los municipios son denominados arbitrios; contribuyen al sostenimiento de las obras públicas.

A nuestro parecer y brindando una definición, la autonomía es un sistema de organización de la administración pública, mediante el cual ciertos entes administrativos, pueden regir intereses peculiares de su funcionamiento interior; tal es el caso de sus propias normas, autoridades, leyes, bienes y lo que es de suma importancia el autofinanciamiento e independencia funcional y política.

Asimismo, en el ámbito de nuestra legislación se regula lo concerniente al municipio.

Así, en nuestra Constitución Política de la República en el Artículo doscientos cincuenta y tres, se establece lo siguiente:

“Autonomía municipal. Los municipios de la República de Guatemala, son instituciones autónomas. Entre otras funciones les corresponde:

- a. Elegir a sus propias autoridades;
- b. Obtener y disponer de sus recursos;

¹⁰ **Ibid.**

- c. Atender a los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

Para los efectos correspondientes emitirán las ordenanzas y reglamentos respectivos.”

El anterior es uno de los principales Artículos que regulan el municipio, y como nota distintiva es menester resaltar lo que respecta a la autonomía, tema de difícil explicación y unificación de criterios; el cual se tratará en un apartado respetivo.

El Código Municipal, al referirse al municipio en el Artículo dos preceptúa: “Naturaleza del municipio. El municipio es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos. Se caracteriza primordialmente por sus relaciones permanentes de vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad, y multilingüismo, organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito.”

También el municipio es considerado como una persona jurídica de derecho público, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo quince del Código Civil en el inciso primero.

1.3. Autonomía del municipio

De especial importancia y divergencia en cuanto a las opiniones, es el tema que se relaciona con la autonomía del municipio.

Puesto que existen diversidad de opiniones y criterios para determinar la autonomía, es preciso analizar cada uno de los aspectos íntimamente relacionados con el tema, para lograr una aproximación lo más acertada en cuanto a la determinación de la autonomía del municipio.

Por otro lado se encuentra el aspecto legal, el cual en nuestra legislación taxativamente, contempla al municipio como autónomo; por consiguiente la discusión se centra en los aspectos doctrinarios.

Referidos los aspectos doctrinarios y legales que contemplan el tema de la autonomía del municipio, desarrollaremos lo concerniente a los sistemas o técnicas de organización de la administración pública, que es de donde deviene la autonomía.

Los sistemas o técnicas de organización administrativa, se definen como: "Las formas de organización de la administración pública. Lo cual significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una actividad, cumplir un fin u obtener un objetivo. La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse para realizar su actividad rápida, eficaz y convenientemente. Para ello se ha tratado, a través de la evolución de la administración pública, de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado."¹¹

"Se entiende por organización administrativa, el Estado, como entidad abstracta, al igual que toda otra institución jurídica, no está en situación de existir y actuar sino a través de las personas físicas, del factor humano que dinamiza la acción del ente y lo pone en movimiento invistiendo la calidad de órgano. La organización es el fenómeno por el cual las personas físicas asumen una posición

¹¹ Acosta, Miguel, **Teoría general del derecho administrativo**, pág. 46.

dentro de las entidades abstractas y le permite a éstas vitalizar y concretar la actuación de la administración. Estas entidades abstractas adquieren poderes jurídicos a través de la norma positiva, que proyecta dichas potestades dentro de cierto espacio territorial o ámbito funcional, dotando así al ente de la competencia necesaria para actuar dentro de ciertos límites. La diversidad de órganos con atribuciones y competencias diferentes tienden a lograr una más eficiente realización de los cometidos, una mayor garantía para los terceros y una precisa determinación de las responsabilidades.”¹²

“Los sistemas de organización de la administración pública, son las formas o el modo de ordenar o estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la administración estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados en la Constitución Política de la República.”¹³

Anotadas las principales definiciones de los sistemas o técnicas de organización de la administración pública, nos encontramos en condiciones de establecer cual es la clasificación de dichos sistemas, de donde se deriva el concepto de autonomía, el cual nos ocupa principalmente.

Dentro de los sistemas o técnicas de organización de la administración pública, se encuentran la centralización, la desconcentración y descentralización.

En otra clasificación, talvez, un tanto más completa, se agrupan la centralización o concentración, la desconcentración, la descentralización y la autonomía.

¹² **Ibid.**

¹³ Godínez, Rafael, **Los sistemas de organización de la administración pública**, pág.1.

Por razones metódicas del tema desarrollado, únicamente nos referiremos a la autonomía como sistema o técnica de organización de la administración pública.

A nivel doctrinario, para casi la totalidad de autores no existe una autonomía en su forma ciento por ciento pura, puesto que un ente para ser considerado autónomo debe poseer ciertas características.

Entre las definiciones de autonomía se pueden mencionar las siguientes: “Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia política. Potestad de que, dentro del Estado, pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios. Pero en éste último sentido, la autonomía supone la unidad de los entes autónomos dentro del Estado único. Se trata simplemente de una descentralización administrativa y política, que no debe confundirse con lo que en un Estado federal representan las provincias o Estados miembros, que son no autónomos, sino independientes, salvo en las facultades a que hayan renunciado para delegarlas en el Estado federal.”¹⁴

“Los entes autónomos son aquellos que tienen su propia ley y se rigen por ella, se considera como una facultad de actuar en una forma independiente y además tiene la facultad de darse sus propias instituciones que le regirán y lo más importante el autofinanciamiento, sin necesidad de recurrir al Presupuesto General del Estado. Además los entes autónomos deben contar con sus propios recursos, un patrimonio propio, independencia total del organismo centralizado y sin ningún tipo de control, pues no manejan fondos públicos, sino solo privativos. Esto implica que las entidades autónomas deben reunir requisitos indispensables para que se les tenga como tal, como en lo jurídico, lo económico, en lo técnico y científico y fundamentalmente en la capacidad de poder auto administrarse.”¹⁵

¹⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 112.

¹⁵ Calderón, Hugo, **Derecho administrativo**, pág. 247.

“La autonomía administrativa, es la libertad que se reconoce a una región, provincia, ciudad o pueblo, para dirigir, según normas y órganos propios, todos los asuntos concernientes a su administración regional, provincial o municipal.”¹⁶

En nuestra legislación se contemplan como entes autónomos los siguientes:

- a. La Escuela Nacional Central de Agricultura, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo setenta y nueve de la Constitución Política de la República.
- b. La Universidad de San Carlos de Guatemala, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo ochenta y dos de la Constitución Política de la República.
- c. La Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo noventa y dos de la Constitución Política de la República.
- d. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo cien de la Constitución Política de la República.
- e. La Junta Monetaria, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo ciento treinta y dos de la Constitución Política de la República.

¹⁶ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág.423.

- f. Los municipios, de acuerdo a lo que preceptúa el Artículo doscientos cincuenta y tres de la Constitución Política de la República.

Como se puede determinar, el municipio tiene categoría de autónomo, aunque en la realidad no sea fidedigno.

Unificando criterios doctrinariamente aceptados en forma general, para que un ente sea considerado como autónomo debe reunir ciertas características entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a. Independencia Financiera -autofinanciamiento-
- b. Independencia Técnica y política
- c. Bienes propios
- d. Ley propia
- e. Dicta sus propias normas internas
- f. Elige a sus autoridades

Analizadas las características que debe poseer un ente autónomo, en el caso particular que nos ocupa; con toda certeza se puede afirmar que el municipio no es un ente autónomo, puesto que no reúne todas las condiciones que la doctrina establece para ser considerado como tal; principalmente porque el municipio no tiene presupuesto propio, sino que depende en gran medida del diez por ciento del Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado.

Se habla de autonomía municipal, la cual no existe; el municipio es el reflejo de las aspiraciones de la población y es el órgano a través del cual los vecinos deciden la forma de organizarse, de convivir y de desarrollarse, obteniendo en la medida de lo posible la satisfacción de sus necesidades.

La autonomía del municipio debería ser una realidad, toda vez que el municipio en esencia es anterior al establecimiento del Estado, y además posee una estrecha relación con la población.

Es el órgano de participación política de los vecinos en sus intereses más directos y por lo tanto es una de las formas de la descentralización.

En la doctrina de la autonomía municipal, en el Artículo veintiuno de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se establece que, "La base de todo poder de gobierno es la voluntad ciudadana con su derecho de participación en los asuntos públicos en un régimen democrático. El derecho al sufragio puede ser ejercido local o nacionalmente, pero es en el primer nivel que adquiere mayor significación."

Los municipios en cuanto a su autonomía son centros de decisión del gobierno local, donde los vecinos pueden participar en el desarrollo y bienestar colectivo. Estos derechos ciudadanos son parte de la autonomía municipal, y el reconocimiento de los derechos del municipio como parte de un Estado, que se caracteriza por la distribución adecuada del poder público y de las funciones públicas en todo el territorio, para el buen funcionamiento de la administración pública.

En igual sentido, otro de los aspectos que fundamenta la autonomía municipal, son los propios derechos vecinales, por el hecho de estar contribuyendo al sostenimiento municipal.

Los aspectos que en alguna medida fundamentan la teórica autonomía municipal, son el derecho comunal de participar en el gobierno y la administración, dentro del ámbito local municipal y a través de órganos representativos de los vecinos.

Puesto que los municipios deberían de tener capacidad para ordenar y gestionar una parte importante de las funciones públicas y buscar el beneficio de sus vecinos, para lograr el bien común y no sólo de un sector determinado.

La denominada autonomía municipal, se basa en el derecho de las comunidades locales integrada por los vecinos, quienes por voluntad propia delegan ese poder en un concejo municipal y en el alcalde, a través del voto; por éste motivo las autoridades municipales devienen positivamente en ser legítimas.

La retórica autonomía municipal, en gran medida también se fundamenta en los derechos de las autoridades locales electas libre y democráticamente, así como los derechos de los ciudadanos a elegir libre y periódicamente a su autoridades, para que las decisiones locales sean consensuadas en relación a la administración municipal.

En cuanto al aspecto legal directo, que regula el municipio, en lo concerniente a la autonomía; el Artículo doscientos cincuenta y tres de la Constitución Política de la República claramente establece la autonomía municipal. Por lo tanto, legalmente no puede existir disposición en contrario, puesto que vulneraría la supremacía de la Constitución lo cual generaría una inconstitucionalidad.

A nivel ordinario, el Código Municipal establece en el Artículo tres: "Autonomía. En ejercicio de la autonomía que la Constitución Política de la República garantiza al municipio, éste elige a sus autoridades y ejerce por medio de ellas, el

gobierno y la administración de sus intereses, obtiene y dispone de sus recursos patrimoniales, atiende los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción, su fortalecimiento económico y la emisión de sus ordenanzas y reglamentos. Para el cumplimiento de los fines que le son inherentes coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda. Ninguna ley o disposición legal podrá contrariar, disminuir o tergiversar la autonomía municipal establecida en la Constitución Política de la República.”

El Artículo siete del Código Municipal establece: “El municipio en el sistema jurídico. El municipio, como institución autónoma de derecho público, tiene personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, y en general para el cumplimiento de sus fines en los términos legalmente establecidos, y de conformidad con sus características multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Su representación la ejercen los órganos determinados en este Código.”

De lo anterior se advierte claramente el carácter legal de autonomía que posee el municipio, aunque en la realidad no pasa de ser una mera retórica.

1.4. Elementos del municipio

A nivel doctrinario los elementos del municipio son:

En el tema de los elementos del municipio, en cuanto al aspecto legal; el Código Municipal en el Artículo ocho, claramente los enumera de la forma siguiente:

“Integran el municipio los elementos básicos siguientes:

- a. La población.

- b. El territorio.
- c. La autoridad ejercida en representación de los habitantes, tanto por el Concejo Municipal como por las autoridades tradicionales propias de las comunidades de su circunscripción.
- d. La comunidad organizada.
- e. La capacidad económica.
- f. El ordenamiento jurídico municipal y el derecho consuetudinario del lugar.
- g. El patrimonio del municipio.

En cuanto a la población, el Código Municipal en el Artículo once establece que: "La población del municipio está constituida por todos los habitantes de su circunscripción territorial."

"La población es número de hombre y mujeres que componen la humanidad, un Estado, provincia, municipio y localidad urbana. Ciudad, villa, pueblo o lugar habitado, sin ser familiar o privado tan sólo.

Forzando el concepto de población, en un enfoque político social se entiende por ella, el grupo de personas que experimenta y satisface sus necesidades y operaciones vitales, tanto en lo económico como en lo social.

Sin perjuicio de ampliar el tema en las voces inmediatas, sobre las clases principales de población y en las remisiones que por conexión idiomática figuran al final del Artículo, se formula una sintética apreciación sobre el aspecto numérico.

Créase o no en la unidad de la especie humana y en la descendencia de todos lo vivientes de una pareja original, o se recurra tan sólo a testimonios históricos, no tan remotos, pero sí más demostrados, lo cierto es que la población municipal revela una expansión progresiva, que halaga los orgullos nacionales, pero preocupa en no menor medida internacionalmente, por múltiples problemas; como más grave, el de la capacidad de recursos alimenticios en plazos no tan lejanos, de persistir esa arrolladora marea demográfica. ¹⁷

El territorio, es otro de los elementos fundamentales del municipio, al igual que lo es del Estado. El Código Municipal en el Artículo veintidós establece: “División territorial. Cuando convengan a los intereses del desarrollo y administración municipal, o a solicitud de los vecinos, el Concejo Municipal podrá dividir el municipio en distintas formas de ordenamiento territorial internas, observando, en todo caso las normas de urbanismo y desarrollo urbano y rural establecidas en el municipio, así como los principios de desconcentración y descentralización local. La municipalidad remitirá en el mes de julio de cada año, certificación de la división territorial de su municipio al Instituto Nacional de Estadística y al Instituto Geográfico Nacional.”

Además el Artículo veintitrés del mismo Código refiere lo concerniente al distrito municipal en los términos siguientes: “Es la circunscripción territorial en la que ejerce autoridad un Concejo Municipal. La circunscripción territorial es continua y por ello se integra con las distintas formas de ordenamiento territorial

¹⁷ **Ibid.**, pág. 280.

que acuerde el Concejo Municipal. La cabecera del distrito es el centro poblado donde tiene su sede la municipalidad.”

Para la doctrina el territorio es: “De la palabra latina *terra*, tierra; y, según otros, del verbo *terrere*, desterrar, parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio. Término jurisdiccional. En la Argentina, territorio nacional.

El territorio es la base física del Estado, y hasta su mismo cuerpo, cuya defensa se procura a todo trance y cuya enajenación está vedada.”¹⁸

Con relación a la autoridad, el gobierno del municipio lo ejerce el Concejo Municipal el cual se encuentra conformado por el alcalde, los síndicos y concejales. Claro esta, que la representación del municipio la ejerce el alcalde municipal, puesto que éste es un órgano colegiado.

El Artículo treinta y tres del Código Municipal establece en relación al gobierno municipal: “Corresponde con exclusividad al Concejo Municipal el ejercicio del gobierno del municipio, velar por la integridad de su patrimonio, garantizar sus intereses con base en los valores, cultura y necesidades planteadas por los vecinos, conforme a la disponibilidad de recursos.”

Otro aspecto lo constituye la comunidad organizada, ya que está se agrupa en comités de vecinos, al igual que puede demandar ciertas prestaciones de la municipalidad.

Con relación a la capacidad económica como elemento del municipio, el Código Municipal a partir del Artículo noventa y nueve regula lo relacionado con la

¹⁸ **Ibid**, pág. 54.

hacienda municipal. Artículo noventa y nueve. “Las finanzas del municipio comprenden el conjunto de bienes, ingresos y obligaciones que conforman el activo y el pasivo del municipio.”

Entre los principales elementos del patrimonio del municipio se pueden establecer los siguientes:

- a. Los provenientes por disposición constitucional.
- b. El producto de los impuestos.
- c. Los arbitrios y tasas municipales.
- d. Las contribuciones por mejoras.
- e. Los ingresos provenientes de las multas.
- f. Los provenientes de los contratos de concesión.

En lo concerniente a ordenamiento jurídico municipal, la base se encuentra regulada en la Constitución Política de la República, y en el ámbito ordinario se desarrolla en el Código Municipal, para conferir certeza jurídica al municipio y beneficios para sus vecinos; además de los reglamentos y disposiciones que dicte cada uno de los municipios.

Además, dichas normas se complementan con el derecho consuetudinario, el cual es aceptado en nuestro país, sobre todo en las comunidades indígenas que le asignan un mayor grado de eficacia.

Y para finalizar el patrimonio, que es uno de los elementos esenciales del municipio.

Estructurada la forma y funcionamiento del municipio, en sus aspectos sustanciales así como el margen legal que le da fundamento, nos encontramos en condiciones de abordar el tema de los servicios públicos, para interrelacionarlos con los que presta el municipio.

CAPÍTULO II

2. Servicios públicos

Los servicios públicos constituyen una categoría que se da a escala nacional, pero dado el enfoque del trabajo, se analizarán desde el punto de vista municipal; previo a desarrollar las generalidades relacionadas con el tema.

La administración pública entre las múltiples funciones que debe ejercer, existe una de singular importancia como lo es la prestación de los servicios públicos, toda vez que a través de éstos se satisfacen las necesidades de la población.

Es por ello que dicha prestación debe ser eficiente y para el mayor número de personas, a efecto de no ser discriminatorio; puesto que la comunidad posee necesidades que necesitan ser satisfechas.

En esa línea de ideas, es de especial y delicada importancia abordar el tema de los servicios públicos, puesto que surgen toda una serie de interrogantes, las cuales generan polémica en torno a la eficiencia de la prestación de los servicios, así como el criterio político que en muchas ocasiones se impone para conceder la prestación del servicio a determinada comunidad.

Es por ello que en la prestación de los servicios públicos entran en juego toda una serie de aspectos, que van desde lo legal, pasando por intereses personales o de algún sector, hasta llegar a lo que debería ser el fin, como lo es alcanzar el bien común.

Lamentablemente, esto último no siempre se cumple y es cuando se cuestiona seriamente la forma en que se prestan los servicios públicos por parte del Estado o en el caso concreto por parte de las municipalidades.

“Inmerso en una sociedad tan compleja como lo es la actual, en donde las necesidades, con mucho, han rebasado los límites impuestos por la supervivencia, el individuo día a día está más lejos de preocuparse sólo por trabajar, comer y vestir. Así tenemos que la educación, antes soslayada por ser propia de un sector social privilegiado, hoy se ha convertido en un imperativo para la generalidad; lo mismo podemos decir de las comunicaciones, la sanidad pública y la distribución de energía eléctrica, por mencionar sólo algunos elementos indispensables en nuestra época.”¹⁹

“Estas necesidades son satisfechas en la colectividad por un servicio correspondiente, que en ocasiones es prestado por un particular o un grupo de ellos, a cambio de una contraprestación, o bien, es considerado como una labor específica que compete exclusivamente al estado, en su carácter de administrador público, en este caso nos encontramos ante un servicio público.

De ahí que los tratadistas tradicionalmente hayan partido de dos elementos para intentar definirlo: Por un lado, el fin, consistente en la satisfacción de una necesidad considerada como colectiva y, por otro, los medios de que se vale la sociedad para resolver esa necesidad, los cuales estriban en la organización creada por el Estado, o bien en la concesión otorgada a los particulares para que la efectúen, desde luego, bajo el control y la vigilancia de éste. Existe una gran variedad de finalidades alcanzables mediante los servicios públicos, los que a su vez pueden ser tan diversos como aquéllas; sin embargo, esto no siempre ha sido así, ya que el pensamiento liberal del Siglo XIX, aún vigente para no pocos integrantes de nuestra sociedad, consideró que el papel del Estado en esta materia consistía en ocuparse de aquellas necesidades

¹⁹ Martínez, Rafael, **Derecho administrativo**, pág. 296.

colectivas que por sus características no podían ser satisfechas por los particulares, lo que justificaba la creación de los servicios públicos que se encargaran de subsanar tales necesidades. No existe, además, la menor duda respecto de cuáles eran los límites de esto y cuáles los de la actividad privada. Esta corriente de opinión tiene tal arraigo que ha llegado a sostenerse, incluso, como única justificación de la existencia del Estado: el otorgamiento de los servicios públicos.”²⁰

“Por otra parte, la incursión del Estado en otras áreas que conforme a esta posición le estaban vedadas, y el abandono en manos de los particulares de algunas actividades exclusivamente propias de aquel, trajo como consecuencia de reformulación de las teorías con cuyo concurso se pretendía definir al servicio público, lo que finalmente indujo a la adopción de dos criterios fundamentales, uno formal y orgánico y otro material. Conforme al primero, el servicio público se distinguirá en que la empresa abocada a otorgarlo es el Estado mismo, o bien está supervisada y controlada por él, mediante la aplicación de normas de derecho público. Según el segundo criterio (material), para determinar si nos encontramos frente a un servicio público atenderemos la naturaleza misma de la actividad, cuya característica distintiva principal es la satisfacción de una necesidad que efectivamente sea de índole colectiva. Sin embargo, la adopción de tales criterios no ha solucionado el problema y a la fecha se continúan haciendo nuevos intentos en la doctrina por encontrar un concepto aplicable a todos los casos, el cual permita avanzar más en su estudio, ya que para unos tratadistas la expresión servicio público ha ido comprendiendo una gran cantidad de actividades que por ser disparidad dificultan la tarea de definirlo.”²¹

Esta complicación no sólo es de orden teórico, sino que precisamente su actual indefinición ha reavivado la polémica acerca de los límites de la actuación del Estado dentro de la formación social en la cual emerge, ya que su paulatina intromisión en todos los aspectos de la dinámica social ha sido duramente criticada.

²⁰ **Ibid.**

²¹ **Ibid.**, pág. 297.

En una posición opuesta cabe mencionar que hay quienes exigen al Estado una mayor intervención, la cual permita eliminar las desventajas propias de la imperante desigual distribución de la riqueza que aqueja a nuestra sociedad.

Planteada la dificultad de la noción del servicio público, aparece clara la importancia que reviste el contar con los instrumentos teóricos para poder precisar esta actividad del Estado a los ojos de los usuarios.

Para analizar cada una de estas situaciones, precisa estructurar el desarrollo del tema partiendo desde las definiciones básicas, hasta llegar a la individualización de cada uno de los temas y sub temas.

2.1. Definiciones

A continuación se exponen algunas de las definiciones de lo que se entiende por servicios públicos.

“Concepto capital del Derecho Político y Administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración pública.”²²

“Los servicios públicos son consecuencia de la cultura y del grado político alcanzado por una sociedad. En los pueblos salvajes no existe ninguna prestación de esta índole, salvo entender en forma muy amplia el servicio militar que el caudillo o reyezuelo puede imponer y las contribuciones en frutos o ganado que pueda exigir. En naciones de rudimentaria estructura, las necesidades públicas se satisfacen por entidades privadas, que tienden a procurarse el reconocimiento de un monopolio

²² Cabanellas, **Ob. Cit**; pág.397.

apenas demuestran su utilidad y afirman su influjo. Pero en los Estados modernos, toda la acción de los poderes públicos se interpreta, en la fase ejecutiva o de acción, como un servicio público, y tanto revisten este carácter la justicia o las aduanas como los ferrocarriles o los mataderos de ganado.”²³

“El servicio público se presta por la misma administración o por los particulares, con contrato de concesión administrativa, o mediante autorización simplemente precaria, revocable en cualquier momento o ampliable en la explotación a favor de nuevos prestadores del servicio.

El servicio público es el de carácter técnico prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública.

Como en toda empresa, entendida en amplio sentido, existe un elemento personal: funcionarios, si la explotación se realiza por la misma administración, o empleados, si se trata de concesionarios u otra forma de permiso para realizar el servicio; un elemento material, constituido por locales u oficinas, vehículos u otros medios, muy diversos, que lo caracterizan; un elemento económico, sea una subvención o dotación de la administración pública o los recursos e ingresos que la explotación procure cuando el servicio sea lucrativo, pues los hay que sólo cuesta, como los cuerpos de seguridad pública; una finalidad: sea política, como el mantenimiento material del orden público; jurídica, la administración de justicia; fiscal, aduanas, presupuestos, recaudación de contribuciones; social, la asistencia de las clases trabajadoras y las de los necesitados en general, la enseñanza, las comunicaciones; militar, como la organización y actividad del ejército y la marina.”²⁴

²³ **Ibid.**

²⁴ **Ibid.**, pág. 398.

“Se entiende por servicios públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados, para dar satisfacción en forma regular y continua a ciertas necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda.”²⁵

“El servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público.”²⁶

Al mencionarse que son actividades realizadas por órganos públicos, o entidades privadas con personalidad jurídica, se hace referencia a los servicios públicos en sentido material; toda tarea realizada por una entidad pública, ya sea a nivel nacional, de la capital, de una región, o del municipio o prestados a través de entes descentralizados. Sin olvidar que el servicio público puede ser prestado por particulares, tomando en cuenta la legislación guatemalteca que existe al respecto.

Es importante tomar en consideración que todo servicio público debe prestarse con un criterio de responsabilidad, cuidando las funciones del proceso administrativo de la planificación, coordinación, dirección, control y evaluación, tanto en su operatividad como en el aspecto material propiamente dicho.

El servicio público debe prestarse de manera permanente, es decir, de manera regular y continuada; para que de esta forma se logre alcanzar el bienestar de los ciudadanos, y no el beneficio de un grupo determinado de personas.

²⁵ Penagos, Gustavo, **Curso de derecho administrativo**, pág. 320.

²⁶ Serra, Andrés, **El derecho administrativo**, pág. 302.

La prestación del servicio público no debe enfocarse con exclusividad en el lucro, si bien es cierto es una parte importante, también lo es que el bien común es el objetivo primordial que se debe pretender alcanzar.

“El servicio público es una actividad prestada directa o indirectamente por la administración pública, que ostenta su titularidad, para satisfacer una necesidad general y que esta regulada por el derecho público. Ésta actividad, además, no debe suponer limitación de la esfera de actuación de los particulares ni tampoco una incentivación de sus actos. La actividad de prestación de servicio público requiere, sin embargo, de una organización capaz de ejecutar actos, de hacer, de prestar el servicio.”²⁷

“Esta organización podrá estar vinculada a la administración en mayor o menor medida; podrá ser la propia organización de la administración. En todo caso la titularidad del servicio es innegable que ha de corresponder a la administración pública puesto que se trata de una situación de interés general, a la que ésta no puede renunciar y que además le otorga unas prerrogativas de poder público con el objeto de satisfacer el interés general que se haya en la base de la prestación del servicio. El servicio público está regulado obviamente por el derecho público, si la titularidad corresponde a la administración que debe actuar de acuerdo con su propio derecho, es decir, el derecho administrativo, de igual forma el derecho que regula el servicio público es el derecho administrativo. Esta actividad de prestación no puede consistir ni en una limitación de las facultades del administrado, ni en una incentivación de sus actos; ellos suponen, que de constituir alguno de esto extremos estaríamos ante una actividad de limitación o policía administrativa, pero no de prestación de servicio.”²⁸

²⁷ Franch, Marta, **Manual de derecho administrativo**, pág. 350

²⁸ **Ibid.**

“La prestación del servicio público no es ejercicio de funciones públicas de soberanía, tampoco de funciones de actividad privada; la acción de servicio público es ejercicio de soberanía por cuanto se desarrolla de forma singular para cada uno de los sujetos beneficiarios, es decir los usuarios, de forma personalizada y cuantificable, y además, puede ser desarrollada por particulares bajo el control de la administración pública. La prestación de servicios públicos no es actividad privada, si bien, puede coexistir con las actividades prestadas por las entidades públicas.

A pesar de la clara distinción entre servicio público y servicio privado, existe una zona intermedia consistente en la actividad administrativa de prestación de servicio en sectores económicos donde, o no existe una atribución formal de servicio público o la actividad no cubre la totalidad de la prestación, que coexiste con la actividad privada. En este caso la administración pública sede su papel a la iniciativa privada en la prestación del servicio, mediante la implantación de sistemas de control como la autorización previa, la intervención de los precios, la reglamentación de la actividad y un sistema sancionador frente a infracciones del sector privado. Se trata, de actividades privadas sometidas a autorización. En este sentido la autorización se constituye en elemento intermedio entre la gestión pública y la concesión de servicios a particulares. La autorización es un acto reglado aplicable a todos los sujetos en quienes concurren determinadas condiciones. La concesión por el contrario, se limita objetivamente por la normativa correspondiente; la autorización se regula mediante la reglamentación.”²⁹

2.2. Teorías que fundamentan la prestación del servicio público

Existen tres criterios, de los cuales se ha derivado la elaboración de las teorías que fundamentan la prestación de los servicios públicos.

²⁹ **Ibid**, pág. 351.

Los criterios más aceptados son los siguientes:

Criterio subjetivo:

Por medio de éste se distingue el servicio público si quien lo presta es el Estado o alguno de sus organismos.

Claro es, que ésta teoría no es acertada en cuanto a su planteamiento, puesto que en la actualidad los servicios públicos no los presta con exclusividad el Estado; también entidades privadas por medio de la concesión prestan los servicios públicos.

Criterio material:

En éste criterio se atiende la naturaleza de la actividad, la cual como característica o requisitos, es que el servicio público debe ser prestado a la generalidad; es decir, que el servicio público debe ser destinado a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material o económico.

Criterio formal:

Es el criterio que goza de mayor aceptación, puesto que para determina si un servicio merece la categoría de público, únicamente se basa en lo que la ley preceptúe; si ésta le da dicha denominación a un servicio público.

Aunque no es un criterio totalmente válido, puesto que carece de ciertos planteamientos con rigor científico, puede decirse que es el criterio que más se aproxima en el intento por explicar el fundamento de los servicios públicos.

2.3. Elementos de los servicios públicos

- a. Es técnico: En todo servicio público existe una forma técnica de prestarlo, es decir una forma adecuada para prestar el servicio público, lo cual redundará en la eficiencia de la prestación y en la optimización de los recursos, puestos a disposición de los usuarios para satisfacción de sus necesidades.
- b. Regular y continuo: Es decir, su funcionamiento es aceptable y se da de una forma casi ininterrumpida.
- c. Público: como su misma denominación lo establece, se brinda a todos los habitantes en condiciones de igualdad.
- d. Satisfacción de necesidades: Lo que se pretende con la prestación del servicio público, es que se logre satisfacer la necesidad de los usuarios; pero no una simple satisfacción, ésta debe tratarse de realizar de tal forma que se alcance el mayor bienestar.
- e. Existe una organización: Esta en gran medida determina el buen o mal funcionamiento de los servicios públicos. Existe una estructura administrativa que se encarga de coordinar la prestación del servicio para que de ésta forma se cumpla con la regularidad y continuidad.

La mayoría de autores coinciden en que la generalidad, igualdad o uniformidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad, son los elementos o características esenciales de los servicios públicos.

El autor del libro Derecho Administrativo, el licenciado Hugo Calderón Morales, define cada una de estas características de la forma siguiente:

“Generalidad. El servicio público esencialmente es caracterizado por la generalidad lo cual implica que todos los habitantes del Estado tienen derecho a usar los servicios públicos, de conformidad con la normatividad que los establece. Esto implica que aunque el servicio este destinado a un grupo o grupo de personas determinadas, pueden ser utilizados por la generalidad, aunque en algunos casos el servicio público tenga una generalidad limitada, atendiendo a la oferta y a la demanda, por ejemplo el servicio de teléfono.”

“La igualdad. Significa que para la prestación del servicio, todos somos iguales ante la ley, y que las cargas tributarias, tasas y pago por servicios públicos deben ser repartidas por igualdad entre todos los habitantes. La igualdad también se tiene que analizar desde el punto de vista de las tarifas que el usuario de los servicios públicos debe cancelar por la prestación del mismo, es decir, que todos los usuarios deben obtener la misma prestación mediante un pago igual.”

“Regularidad. El servicio público debe ser prestado de acuerdo con las normas legales o reglamentarias que rijan su prestación y no en forma arbitraria, significa que la categoría del interés general genera la aplicación de los procedimientos de derecho público a la prestación de los mismos. La regularidad hace referencia a que el servicio público funcione de acuerdo a las normas establecidas, si el servicio es prestado en una forma irregular implica que no se está ajustando a las normas que lo rigen.”

“Continuidad. El servicio público debe ser prestado sin interrupciones, es decir que el servicio público no se puede detener, debe ser prestado

en una forma continua. Dentro del servicio público, existen algunos que deben tener una continuidad absoluta, de los cuales no se pueden suspender en ningún momento, por ningún motivo. Otros servicios públicos tienen una continuidad relativa, cuando se tiene que cumplir con horarios establecidos, esto implica que por la misma fijación de los horarios no tenga implícita la continuidad absoluta, sino relativa.”

“Obligatoriedad. La obligatoriedad es otra de las características esenciales del servicio público y esto significa que el Estado tiene la obligación de prestar o garantizar el servicio público, en este caso no debe haber discriminación para la prestación del servicio, quien presta el servicio público tiene la obligación de prestarlo a todos y no existe la posibilidad de negar la prestación del mismo.”

De lo antes descrito, se puede determinar que no existe criterio unificado en cuanto a los elementos que conforman el servicio público; pero se puede agregar que el servicio público es una creación jurídica, responde a una necesidad colectiva que debe ser tomada en cuenta, sin dejar de un lado la determinación de la necesidad por atender corresponde al Estado.

La prestación de los servicios públicos debe ser regular, uniforme, continua y adecuada a la necesidad colectiva. Será regular si alcanza brindar certidumbre al usuario, uniforme en función que se brinde con las medidas adecuadas. Continua, cuando la prestación del servicio público es más o menos estable, de igual forma y no menos importante es el precio, lo que el usuario debe pagar por la prestación del servicio público. En teoría debería dejarse en un segundo plano el ánimo de lucro para ceder espacio al bienestar y satisfacción de los usuarios, pero diversos intereses hacen que lo principal en muchas ocasiones sea el lucro y no la complacencia de los habitantes. La actividad de los servicios públicos se rige por normas de derecho público, aun cuando sea prestado por particulares

concesionarios. En el desempeño de la prestación de los servicios públicos debería buscarse el interés del usuario

2.4. Clasificación de los servicios públicos

Existen diversos criterios para clasificar los servicios públicos, por lo tanto no se puede hablar de una sola clasificación, más bien de diferentes tipos de criterios.

Por lo tanto las siguientes clasificaciones, mas que ser absolutas son una mera aproximación susceptible de ser mejorada o ampliada.

Para elaborar la clasificación se toma en cuenta los criterios más aceptados de diversos autores.

- a. Esenciales y no esenciales. Los esenciales constituyen el conjunto de servicios, que de no existir pondrían en peligro la existencia misma del Estado, ejemplo la seguridad ciudadana por medio de la Policía Nacional Civil guatemalteca, la salud, educación, etc.

Los servicios públicos no esenciales, a pesar de satisfacer necesidades de interés general, la falta de prestación no pone en peligro la existencia del Estado, y en alguna medida son secundarios de los esenciales, por así denominarlos.

- b. Permanentes y esporádicos. Los servicios permanentes son los prestados de manera regular y continua para satisfacer las necesidades de los habitantes.

Los esporádicos, son aquellos que se prestan en forma eventual o de acuerdo a las circunstancias, para satisfacer una necesidad colectiva eventual.

- c. Por el origen del órgano del poder público que los administra o los presta éstos pueden ser nacionales, estatales, distritales, regionales y municipales.

Los servicios nacionales son los prestados por la República.

Los nacionales son los servicios públicos prestados por los órganos del poder nacional.

Los regionales son aquellos servicios públicos prestados por las entidades de cada una de las regiones, cuando la división administrativa del país es por regiones.

Municipales, cuando los servicios son brindados por la municipalidad, lo cual es el objeto central de la presente investigación.

- d. Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios, se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales, éstos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no a satisfacer necesidades colectivas.
- e. Servicios públicos obligatorios y optativos. Los servicios públicos obligatorios la propia ley es quien les da esa categoría y además son indispensables para la existencia del Estado.

Los optativos el orden legal los deja a criterio discrecional de la autoridad administrativa competente.

- f. Por la forma de prestación del servicio. Directos y por concesiones u otros medios legales. Los servicios públicos directos, su prestación es asumida directamente por el Estado, -nacionales, estatales, municipales, distritales-.

Para el autor Dromi, el servicio público se clasifica de la forma siguiente: "Servicios públicos con o sin poder administrativo, según requieran o no el ejercicio de públicas protestas y prerrogativas del poder público.

Servicios públicos de gestión pública y servicios públicos de gestión privada, en función del sujeto titular de la prestación.

Servicios obligatorios y facultativos, de acuerdo a la exigibilidad, imperiosidad o necesidad de su prestación.

Por el grado de sumisión al derecho administrativo, de mayor o menor, se habla de servicios públicos propiamente administrativos, industriales o comerciales, sociales, etc. , identificado el servicio público con todas las actividades públicas, no solamente administrativas.

Servicios formales y virtuales, según contengan norma declarativa o no de servicio público.

Servicio público propio e impropio, según sea prestado por el Estado o por personas privadas."

En otra clasificación bastante completa, elaborada por el licenciado Rafael Godínez Bolaños, los servicios públicos se clasifican de la manera siguiente:

- a. Por el ente que los presta, se dividen en directos e indirectos. Los directos son aquellos que organiza y mantiene el Estado por medio de sus dependencias y entidades.

Los indirectos, los prestan particulares mediante autorizaciones y concesiones, con tarifas controladas por el Estado y subsidios en caso de necesidad para no interrumpir ni elevar las tarifas.

- b. Por su importancia se clasifican en esenciales y no esenciales.

Los servicios públicos esenciales, son aquellos que su existencia es de imperiosa necesidad para la vida humana, no pueden dejar de prestarse, como por ejemplo, el agua, la salud, etc.

Los no esenciales, son los servicios públicos llamados discrecionales, son los que pueden dejar de prestarse sin que afecte a la población y son el resultado de la vida moderna, por ejemplo el transporte de lujo.

- c. Por su continuidad se clasifican en nacionales, regionales, departamentales y municipales.

Los nacionales, se configuran cuando el servicio público es prestado en todo el territorio de la República.

Regionales, cuando el servicio público va dirigido a una región determinada.

Departamentales, cuando el servicio público puede ser prestado en un determinado Departamento.

Municipales, cuando los servicios públicos corresponde prestarlos dentro de cada uno de los municipios, y corresponde a las municipalidades.

También se puede mencionar otra de las clasificaciones comunes de los servicios públicos, así tenemos que éstos pueden ser:

- a. Federales. La distribución de energía eléctrica, transporte público, telefonía, pero en aquellos Estados cuya organización es federativa.
- b. Locales. Todos aquellos brindados por los gobiernos locales, o concesionados y cuya gestión les haya sido asignada conforme a la ley.
- c. Municipales. Aquellos servicios públicos brindados por la municipalidad, como el caso del agua potable, limpieza, alcantarillado, calles, parques, jardines, transporte, etc.

Cuadro esquemático y demostrativo de la clasificación de los Servicios Públicos:

	Residuos y desechos sólidos
	Agua potable
Domiciliarios	Electricidad
	Gas doméstico
	Acueductos y alcantarillados

Seguridad social	Jubilaciones
	Pensiones
	Invalidez
	Atención médica
	Política habitacional
Educación	Pública
	Privada
	Militar
	Especial
Telecomunicaciones	Telefonía fija
	Telefonía celular
	Radiodifusión
	Televisión
	Internet
Transportes	Marítimo, aéreo y terrestres
	Terminales, aeropuertos
	Vialidad pública
	Otorgamiento de licencias, permisos y certificados
	Organismos jurisdiccionales
	Registros públicos

Sistema de justicia

Notarías

Defensa pública

Cultura

Deportes

Recreación

Recreación

Turismo interno

2.5. Creación de los servicios públicos

La creación de los servicios públicos siempre procede por disposición de la ley, en nuestro caso en primer lugar deben ser observadas las normas preceptuadas en nuestra Constitución Política de la República, en las leyes ordinarias y en los reglamentos emitidos al respecto.

Crear un servicio público significa que el Estado ha decidido suministrar la prestación directa o indirecta de un servicio público a la población; ya sea que el Estado asuma la administración para satisfacer de manera regular y continua de una actividad para satisfacer las necesidades de los habitantes, teniendo la iniciativa y control sobre la prestación.

La creación de un servicio público consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público.

Para la creación de los servicios públicos deben tomarse las previsiones legales, técnicas, sociales y económicas con el objetivo de ajustar cada servicio público

al presupuesto adecuado; para que de ésta forma se brinde el servicio público de manera constante y sin interrupciones.

Entre los fundamentos de los servicios públicos debe considerarse que estos van a satisfacer necesidades colectivas; debe dársele un enfoque sistemático para que constantemente se alcance los beneficios y propósitos planeados.

Otro aspecto trascendental en relación con los servicios públicos, se refiere a las políticas en cuanto a su prestación, como por ejemplo en el caso de la concesión a través de la cual en algunas ocasiones se pretende el monopolio de los servicios públicos; por lo tanto, la legislación debe contemplar éstas circunstancias a efecto de evitar arbitrariedades que redunden en beneficio de un sector en particular en desmedro de la colectividad.

Asimismo se debe considerar el alcance de los servicios públicos, la magnitud con la cual va a ser prestado, calculando los riesgos tanto para la administración pública como para los beneficiarios o consumidores; de igual forma se debe ser previsor al momento de otorgar en concesión la prestación de un servicio de esta naturaleza.

En cuanto al funcionamiento, los servicios públicos deben tener como principal fundamento la buena calidad en cuanto a su prestación, lo cual comprende el disfrute de condiciones básicas y esenciales, que debe cumplir el servicio de acuerdo con la naturaleza de que se trate. En contraposición los usuarios del servicio público deben darle el trato adecuado a efecto de mantener en condiciones óptimas los servicios públicos y mantenerlos así el mayor tiempo posible.

2.6. Formas de gestión del servicio público

La gestión del servicio público debe ser organizada de manera directa o indirecta por la administración pública; o por un sujeto distinto como en el caso de la concesión, ejerciendo una actividad como gestor o como operador.

La distinción entre operador y gestor hace referencia al sujeto responsable de la prestación del servicio.

La prestación directa de los servicios públicos puede presentarse de formas distintas por la administración, teniendo como característica que la administración presta el servicio público con sus propios medios, sin la participación de personas entidades particulares.

La administración pública en forma directa esta en estrecha relación con las formas de administración y organización, ya sea centralizada o descentralizada.

En la prestación directa centralizada una dependencia de la administración centralizada presta el servicio, ya sea el Organismo Ejecutivo o un ministerio.

En la prestación directa descentralizada el servicio público lo presta una entidad descentralizada, que tiene a su cargo la administración del servicio en forma directa.

La prestación indirecta de servicios públicos. Por diversas circunstancias financieras, técnicas, de logística, el Estado encomienda la prestación de los servicios públicos a entidades particulares; lo cual básicamente se da por medio de la concesión de servicios públicos, aunque también se pueden incluir las empresas de economía mixta y la locación de servicios, aunque estas dos últimas no son muy utilizadas en nuestro medio.

“La prestación del servicio público tiene obviamente un coste económico que, en principio, debería respetar un límite: Que la actividad económica del servicio no suponga un déficit que deba ser sufragado con cargo al presupuesto público. Para ello se establece varios modos de financiación del servicio público; o bien el servicio goza de una naturaleza pública que permite financiarlo mediante tasas, o bien constituye un precio público o privado controlado mediante tarifas aprobados por la administración.”³⁰

“Las tasas son, de hecho, tributos cuyo hecho imponible es la prestación de servicios públicos o realización de actividades de derecho público que hagan referencia, afecten o beneficien al sujeto pasivo siempre que su solicitud o recepción sea obligatoria por parte del administrado y que no pueda ser prestada por el sector privado. Las tasas son de naturaleza tributaria y sometidas, por tanto, al principio de legalidad.

De naturaleza distinta son los precios públicos que retribuyen el uso voluntario del dominio público o la prestación de servicios en régimen de derecho público de solicitud o recepción voluntaria susceptibles de ser prestados por sujetos privados. Los precios públicos no se hallan afectos en cuanto a su determinación al principio de reserva de ley. El precio público será considerado precio privado si el prestador del servicio es una empresa mercantil, esto es de derecho privado, aun cuando de capital público.

El establecimiento de precios públicos y privados se realiza mediante la aprobación de tarifas que son intervenidas por la administración pública. En cualquier caso, el pago de los servicios debe llenar ciertas cualidades si se quiere asegurar que el servicio sea prestado de manera eficiente: Debe ser legal, que implica que deber ser fijado o en su caso aprobado por la autoridad competente, aunque el servicio sea

³⁰ Franch, **Ob. Cit**; pág. 361.

prestado directa o indirectamente; debe ser proporcional, justo, lo que supone que exista equivalencia entre el servicio y su costo, entre la prestación y la contraprestación; debe ser irretroactivo, es decir, tener efectos hacia delante; debe difundirse lo suficiente para que sea conocida por el usuario; no debe ser inmutable, puesto que en tanto las condiciones sociales y económicas cambien, es legítimo que las tarifas sean revisadas periódicamente y que sufran alteraciones según la situación económica imperante.”³¹

La legislación de Guatemala no obliga, contra muchas erróneas creencias, a la prestación sin cobro de los servicios públicos. Antes bien, al regular al municipio establece en los Artículos doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno de la Constitución de la República de Guatemala, que las tasas son de su propiedad exclusiva y que ningún organismo del Estado está facultado para eximir de ellas. Esto muestra que los municipios pueden cobrar por la prestación de sus servicios y que es una forma legítima de redimir su costo. Por otro lado el Código Municipal en el Artículo setenta y dos expone textualmente; “El municipio debe regular y prestar los servicios públicos municipales de su circunscripción territorial y por lo tanto, tiene competencia para establecerlos, mantenerlos, ampliarlos y mejorarlos, en los términos indicados en los Artículos anteriores, garantizando un funcionamiento eficaz, seguro y continuo, y en su caso la determinación y cobro de tasas y contribuciones equitativas y justas. Las tasas y contribuciones deberán ser fijadas atendiendo los costos de operación, mantenimiento y mejoramiento de calidad y cobertura de los servicios.” Más adelante, en el Artículo setenta y dos norma la facultad que tiene la municipalidad de otorgar a personas individuales o jurídicas la concesión para la prestación de los servicios públicos que operen en su jurisdicción con excepción de terminales de mayoreo, mercados municipales y similares.³²

³¹ **Ibid.**

³² **Ibid.**, pág.362.

2.7. Los servicios públicos municipales

Toda vez analizado de manera general, lo relacionado con los servicios públicos, es necesario delimitar la prestación de los servicios públicos al área administrativa en particular. Para lo cual nos referimos a los servicios públicos que presta el municipio.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo doscientos cincuenta y tres literal c, establece las funciones que le corresponde a los municipios, entre las cuales se encuentra atender los servicios públicos locales.

En igual sentido, el Código Municipal en el Artículo tres establece que el municipio en ejercicio de la autonomía que le confiere la Constitución Política de la República, debe atender los servicios públicos locales.

Hemos visto de forma doctrinaria lo que significa los servicios públicos, pero en el caso específico de los municipios, la propia ley de forma taxativa establece los servicios públicos que debe prestar el municipio ya sea en forma directa o indirecta, que en el caso particular que nos ocupa, nos referiremos a la concesión en el capítulo siguiente.

En el aspecto propiamente formal, previo a analizar cada una de las leyes, es preciso abordar el tema del Instituto de Fomento Municipal, como coadyuvante del desarrollo económico, social del municipio, para dar asistencia técnica y financiera a las municipalidades, con el propósito de promover el mejoramiento y aprovechar de manera eficaz los recursos; coordinando la construcción de obras públicas del Estado con las municipalidades.

2.8. El Instituto de Fomento Municipal

El Instituto de Fomento Municipal (INFOM), fue creado el cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, con el Decreto mil ciento treinta y dos del Congreso de la República de Guatemala como una institución estatal, autónoma, descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio; con el fin de promover el progreso de los municipios dando asistencia técnica y financiera a las municipalidades, en la realización de programas básicos, de obras y servicios públicos, en la explotación racional de los bienes y empresas municipales, en la organización de la hacienda y la administración municipal, y en general, en el desarrollo de la economía de los municipios.

Historia

Con el objeto de otorgar economía y reconocimiento a las municipalidades, como responsable de la administración de los intereses del municipio y del gobierno local, el trece de abril de mil novecientos cuarenta y seis, fue emitido el Decreto doscientos veintiséis del Congreso de Guatemala, "Ley de Municipalidad".

Durante el gobierno del coronel Carlos Castillo Armas, entra en vigencia la Carta Constitutiva para el país, atendiendo diversas necesidades sociales.

En mil novecientos cincuenta y cinco, el Banco Crédito Hipotecario Nacional, crea un departamento de crédito municipal, con el propósito de solucionar los problemas financieros y brindar asesoría técnica.

Basándose en la experiencia obtenida por el banco, el cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, el Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto mil ciento treinta y dos, que contiene la Ley Orgánica del Instituto de Fomento Municipal, con la finalidad de promover la creación de condiciones favorables para el

desarrollo de los municipios, iniciando actividades el veinte de marzo del mismo año, ubicando su sede en la octava calle y novena avenida de la zona uno, posteriormente funcionó en el edificio del Crédito Hipotecario Nacional, y más tarde en la sexta avenida y primera calle de la zona cuatro, y finalmente en la octava calle y primera calle de la zona nueve.

Antecedentes

Es una institución estatal, autónoma, descentralizada con personalidad jurídica y patrimonio propio, creada para promover el desarrollo económico y social para los municipios, dedicada a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones, transformar la gestión pública de los gobiernos locales en una actividad dinámica y efectiva, que coadyuve a la solución de los problemas y necesidades de las comunidades, y destinada a apoyarlas en la promoción de su desarrollo, mediante la prestación de servicios directos y el otorgamiento de asistencia técnica y financiera de diversa índole.

Es responsable de atender el régimen municipal, colaborando para la plena autonomía local, y sus principios fundamentales se sustentan en las disposiciones que regulan el régimen municipal, Código Municipal y Ley Orgánica del Instituto de Fomento Municipal.

Fines de la institución

Apoyar a los gobiernos locales en los aspectos siguientes:

- a. Promocionar asistencia técnica, administrativa y financiera, a fin de promover y facilitar una participación activa de la sociedad civil en la gestión de su propio desarrollo.

- b. Capacitar a funcionarios y empleados municipales en las áreas administrativas, financieras, legal económica y en los campos del desarrollo municipal.
- c. Promover el progreso de los municipios, mediante la asistencia técnica y financiera a las municipalidades.
- d. Permitir la progresiva descentralización administrativa, en función de la problemática local.

Organización

De conformidad con el Decreto mil ciento treinta y dos del Congreso de la República, la institución está a cargo de una Junta Directiva, la cual se integra por tres directores propietarios y tres directores suplentes, nombrados en su orden por el Presidente de la República, la Asociación Nacional de Municipalidades y la Junta Monetaria, con cargos los dos primeros de presidente y vicepresidente del Instituto, respectivamente.

Para el cumplimiento de sus funciones, la Junta Directiva definió en mil novecientos ochenta y ocho siete grandes instancias del proceso organizacional, las cuales formalmente se mantienen, siendo éstas:

- a. Junta Directiva,
- b. Gerencia,
- c. Unidad de Información y Estadística,

- d. Auditoría,
- e. División Administrativa,
- f. División financiera,
- g. Unidad de Fortalecimiento Municipal,
- h. Unidad de Estudios Técnicos, y
- i. Coordinación de Operación Técnica.

Base legal

La Ley Orgánica del Instituto de Fomento Municipal, Decreto 1132, establece las principales funciones para coadyuvar con el fortalecimiento de los municipios.

De esta forma, el Artículo cuatro de La Ley Orgánica del Instituto de Fomento Municipal, en cuanto a las funciones establece las siguientes:

“I. Asistencia técnica:

- a. Planificación y financiamiento de obras y servicios públicos municipales;
- b. Promoción, organización y financiamiento de las empresas patrimoniales; y explotación de los bienes y recursos comunales;
- c. Organización de la Hacienda Municipal, a efecto de obtener la racionalización y aumento de los ingresos municipales; la formación de los

presupuestos anuales de las municipalidades y la modernización de sus sistemas de contabilidad, auditoría y administración financiera;

- d. Preparación de catastros, registros y planes reguladores y urbanísticos; y
- e. Selección y adiestramiento y especialización de personal técnico y administrativo para el servicio de las municipalidades.”

“II. Asistencia financiera:

- a. Otorgamiento de préstamos y adquisición de valores provenientes de empréstitos, para que las municipalidades realicen obras y servicios públicos de carácter municipal, o la explotación de sus bienes o empresas patrimoniales; y
- b. Descuento de Letras de Tesorería o anticipos sobre las mismas, cuando el caso lo demande y con el fin de evitar que se interrumpa el ritmo de los servicios municipales o de las obras emprendidas por las municipalidades.”

“III. Asistencia administrativa:

- a. Organización de la contabilidad, instituyendo sistemas acordes con la categoría de cada municipalidad, simplificando las operaciones de recaudación, inversión, guarda y control de fondos y bienes municipales y rendición de cuentas;
- b. Depuración de inventarios, cortes de caja y verificación de existencias en almacenes y obras públicas municipales; y

c. Aseguramiento de los bienes municipales, que, a su juicio, necesiten esa protección.”

“IV. Garantizar en todo o en parte la amortización de los préstamos, otorgados a las municipalidades para la realización de obras públicas y la creación y funcionamiento de servicios públicos y de las empresas patrimoniales, y garantizar en igual forma el pago de los intereses de tales deudas. “

“V. Prestar a las municipalidades los servicios de agente financiero y de caja y tesorería.”

“VI. Ser la institución depositaria de los fondos de las municipalidades. El Instituto celebrará convenio con entidades bancarias para que, por su medio, se puedan manejar por cuenta del Instituto en las localidades donde fuera necesario, los depósitos de las municipalidades.”

“VII. Proceder a la regulación, supervisión o administración de las obras y servicios públicos municipales, conforme la situación lo demande en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de obras o servicios de naturaleza rentable o de empresas patrimoniales, que hayan sido financiadas total o parcialmente por el Instituto, y las municipalidades faltaren al cumplimiento de sus obligaciones con la citada Institución.

Las diferencias que puedan suscitarse con tal motivo, deberán ser resueltas únicamente en la vía administrativa;

- 2) Cuando las municipalidades se lo soliciten, porque estimen que ello sea conveniente a sus intereses, al mantenimiento o mayor provecho de las obras o servicios o a la racional explotación de las empresas.

Al normalizarse el funcionamiento de las obras, servicios o empresas, y a petición de la municipalidad interesada, cesará la administración ejercida por el Instituto.”

“VIII. Actuar, cuando las municipalidades se lo soliciten, como agente de compras o suministros para las misma, y en general, como agente de sus relaciones comerciales. El Instituto podrá, por cuenta propia o de las municipalidades, hacer importaciones o adquisiciones de bienes y artículos y operar almacenes para el mejor cumplimiento de esta actividad.”

“IX. Ser el órgano privativamente encargado de estudiar los planes de arbitrios presentados por las municipalidades y proponer al Presidente de la República las modificaciones que a juicio del Instituto deban hacerse a los mismos en beneficio del pueblo.

Una vez aprobados los planes, el Instituto tendrá a su cargo vigilar su correcta aplicación.

El Instituto podrá, igualmente, sugerir a las municipalidades el mejoramiento de sus planes de arbitrios, con base en los estudios que al respecto haya efectuado, siendo potestativo de las municipalidades aceptar o no tales sugerencias.”

“X. Promover un sistema de clases pasivas que cubra al personal administrativo de las municipalidades, el cual tendrá vigencia en tanto no se establezca otro sistema por parte del Instituto Guatemalteco de

Seguridad Social, que ofrezca iguales o mejores garantías a los trabajadores municipales.”

2.9. Código Municipal

El Código Municipal en el Artículo sesenta y ocho en forma específica regula los servicios públicos de la forma siguiente:

“Competencias propias del municipio. Las competencias propias deberán cumplirse por el municipio, por dos o más municipios bajo convenio, o por mancomunidad de municipios, y son las siguientes:

- a. Abastecimiento domiciliario de agua potable debidamente clorada; alcantarillado; alumbrado público; mercados; rastros; administración de cementerios y la autorización y control de los cementerios privados; recolección, tratamiento y disposición de desechos sólidos; limpieza y ornato;
- b. Construcción y mantenimiento de caminos de acceso a las circunscripciones territoriales inferiores al municipio;
- c. Pavimentación de las vías públicas urbanas y mantenimiento de las mismas;
- d. Regulación del transporte de pasajeros y carga y sus terminales locales;
- e. Autorización de las licencias de construcción de obras, públicas o privadas, en la circunscripción del municipio;

- f. Velar por el cumplimiento y observancia de las normas de control sanitario de la producción, comercialización y consumo de alimentos y bebidas a efecto de garantizar la salud de los habitantes del municipio;
- g. Gestión de la educación pre-primaria y primaria, así como de los programas de alfabetización y educación bilingüe;
- h. Administrar la biblioteca pública del municipio;
- i. Promoción y gestión de parque, jardines y lugares de recreación;
- j. Gestión y administración de farmacias municipales populares;
- k. Modernización tecnológica de la municipalidad y de los servicios públicos municipales o comunitarios;
- l. Promoción y gestión ambiental de los recursos naturales del municipio;
- m. La administración del registro civil y de cualquier otro registro municipal o público que le corresponda de conformidad con la ley;
- n. La prestación del servicio de policía municipal; y
- o. La designación de mandatarios judiciales y extrajudiciales.”

El Código Municipal en el Artículo sesenta y nueve establece. “Obras y servicios a cargo del Gobierno Central. El Gobierno Central u otras dependencias públicas podrán, en coordinación con los planes, programas y proyectos de desarrollo municipal, prestar servicios locales cuando el municipio lo solicite.”

El Código Municipal en el Artículo setenta establece. “Competencias delegadas al municipio. El municipio ejercerá competencias por delegación en los términos establecidos por la ley y los convenios correspondientes, en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del gobierno municipal, de conformidad con las prioridades de descentralización, desconcentración y el acercamiento de los servicios públicos a los ciudadanos.”

El Código Municipal en el Artículo setenta y dos establece. “Servicios públicos municipales. El municipio debe regular y prestar los servicios públicos municipales de su circunscripción territorial y, por lo tanto, tiene competencia para establecerlos, mantenerlos, ampliarlos y mejorarlos, en los términos indicados en los Artículos anteriores, garantizando un funcionamiento eficaz, seguro y continuo, y en su caso, la determinación y cobro de tasas equitativas y justas. Las tasas y contribuciones deberán ser fijadas atendiendo los costos de operación, mantenimiento y mejoramiento de calidad y cobertura de servicios.”

El Artículo setenta y tres del Código Municipal preceptúa. “Forma de establecimiento y prestación de los servicios municipales. Los servicios públicos municipales serán prestados y administrados por:

- a. La municipalidad y sus dependencias administrativas, unidades de servicio y empresas públicas;
- b. La mancomunidad de municipios según regulaciones acordadas conjuntamente;
- c. Concesiones otorgadas de conformidad con las normas contenidas en éste Código, la Ley de Contrataciones del Estado y Reglamentos Municipales.”

2.10. Constitución Política de la República

Con relación a los servicios públicos municipales además del Artículo doscientos cincuenta y tres, en el Artículo doscientos cincuenta y cinco se establece lo relacionado con los recursos económicos de municipio, puesto que es a través de éstos que se puede llevar a cabo la realización de obras públicas de carácter municipal y la prestación de servicios públicos necesarios para los vecinos.

Los tributos establecidos a favor de las municipalidades, claramente se establecen en el Artículo doce del Código Tributario. “Arbitrio. Arbitrio es el impuesto decretado por ley a favor de una o varias municipalidades.”

También se puede enmarcar en éste concepto la contribución especial y contribución por mejoras, las cuales, de acuerdo al Artículo trece del Código Tributario son: “Contribución especial y contribución por mejoras. Contribución especial, es el tributo que tiene como determinante del hecho generador, beneficios directos para el contribuyente, derivados de la realización de obras públicas o de servicios estatales. La contribución especial por mejoras, es la establecida para costear la obra pública que produce una plusvalía inmobiliaria y tiene como límite para su recaudación, el gasto total realizado y como límite individual para el contribuyente, el incremento del valor del inmueble beneficiario.”

De tal forma que la realización de obras públicas a nivel municipal, además de los arbitrios y de otros tributos creados para beneficiar el patrimonio de las municipalidades, se complementa con la asignación constitucional del diez por ciento del Presupuesto General de Ingresos del país, ya que el Artículo doscientos cincuenta y siete de la Constitución Política de la República establece que al menos un noventa por ciento de la asignación para las municipalidades debe ser destinado para obras de infraestructura y servicios públicos.

Como hemos podido ver los servicios públicos son una categoría muy amplia, pero debido a esa magnitud en la mayor parte de casos no llegan a la población guatemalteca y por lo tanto se vulnera lo preceptuado en el Artículo uno y dos de la Constitución Política de la República, tanto con relación al fin supremo que consiste en alcanzar el bien común como a los deberes del Estado.

Es por ello que para mejorar en alguna medida esta situación precaria, en los últimos años se ha venido promoviendo la descentralización y por lo tanto, la prestación de servicios públicos ya no es exclusiva del Gobierno Central.

Tomando en consideración que de acuerdo a lo que establece la doctrina, la agrupación del municipio es anterior al Estado, puesto que es uno de los centros más inmediatos de participación de los vecinos, para hacer valer sus peticiones.

Por ello de acuerdo a la normativa del Código Municipal y los Reglamentos municipales el municipio presta gran cantidad de servicios públicos; pero surge otro aspecto de especial importancia, por diversas razones económicas, logísticas y de infraestructura, el municipio no puede brindar en forma directa la prestación de los servicios públicos, y dado que la ley lo faculta se vale de manera indirecta para satisfacer las necesidades de los vecinos y es aquí donde surge la figura de la concesión.

Si bien es cierto, la concesión no es la única forma que existe para satisfacer las necesidades comunales, es la que con mayor frecuencia se utiliza, aunque en muchos aspectos resulta cuestionada.

Por lo tanto en el siguiente capítulo se analizarán todos los aspectos relacionados con la concesión de las obras públicas municipales, para poder determinar si se alcanzan los objetivos trazados y si en la adjudicación a los

concesionarios se cumplen con todos los requisitos legales o si por el contrario se realiza de forma arbitraria e interesada.

CAPÍTULO III

3. La concesión de los servicios públicos municipales

Para satisfacer las necesidades de los vecinos, la municipalidad debe crear servicios públicos que satisfagan dichos requerimientos; pero en muchas ocasiones el municipio se ve imposibilitado de brindar los servicios en forma directa y para ello utiliza la figura jurídica de la concesión, lo cual como es natural genera consecuencias tanto positivas como negativas.

Un aspecto trascendental sobre el cual se genera controversia en cuanto a la adjudicación de concesiones para la prestación de servicios públicos, lo constituye el desconocimiento del procedimiento para la concesión.

A pesar de que la municipalidad cuenta con asesores jurídicos, no siempre la forma en la cual se adjudica la prestación de los servicios públicos se realiza con criterios objetivos que tiendan a buscar como finalidad el bien común.

Además, si bien es cierto todo aquel que presta un servicio público tiene derecho a una contraprestación –remuneración-, no debería ser éste el principal interés, puesto que de ésta forma la prestación de los servicios públicos se torna un verdadero negocio para unas pocas personas, y una mala calidad en cuanto a la forma de brindar el servicio.

Es por ello que para adjudicar en concesión la prestación de servicios públicos municipales, previamente debe hacerse estudios jurídicos, sociales, económicos, ambientales, logísticos, de factibilidad, entre otros. Porque deben ser tomados en cuenta los aspectos de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad, obligatoriedad y reconocimiento de las normas legales; los cuales constituyen las principales

características de los servicios públicos. Puesto que una situación distinta a ésta solamente pondría en evidencia la vulnerabilidad en cuanto a la prestación de servicios públicos municipales y la falta de proyectos integrales, por medio de los cuales se resuelvan a fondo los problemas de los vecinos.

Al igual que en los capítulos anteriores, previo a realizar el análisis de las consecuencias positivas o negativas de la concesión de los servicios públicos municipales, es menester fijar cada uno de los conceptos teóricos que fortalezcan la estructura del desarrollo del tema, a efecto de llegar a conclusiones valederas, que sean parte de las soluciones que se pretenden plantear y sobre todo alcanzar.

3.1. Antecedentes de la concesión

La concesión como medio para otorgar la realización de obras por parte del poder público, las cuales corresponde originalmente a éste, se remonta a los orígenes de la historia humana, cuando el gobernante comisionaba a ciertos individuos para recaudar los tributos que los súbditos estaban obligados a entregar.

Con motivo de las guerras de conquista y colonización, la figura subsiste y se desarrolla, proceso que se mantiene y se consolida con las colonias principalmente por parte de España, en cuanto a la explotación sistematizada de los recursos naturales de los territorios conquistados.

Como figura jurídica se empieza a configurar a finales del Siglo XVIII, pero como parte del contrato de obra pública y posteriormente se fue desligando hasta adquirir autonomía propia, proceso al cual también contribuyó la independencia del derecho administrativo, dentro del conjunto de las ramas jurídicas.

3.2. Definiciones

En virtud de la amplia controversia que surge en torno a esta figura jurídica, surgen varias definiciones por medio de las cuales se pretende en alguna medida, fundamentar las bases para la comprensión de lo que es la concesión.

De ésta suerte existe infinidad de definiciones, de las cuales a continuación exponemos algunas de las más sobresalientes de acuerdo a nuestro parecer.

“Concesión administrativa. El otorgamiento administrativo, ante oferta privada o por ofrecimiento público, que se hace a particulares o empresas, para la apropiación o aprovechamiento de bienes de dominio público, como aguas, minas y montes; para construir obras de interés público o para explotar servicios generales o locales. Las concesiones se dan por contratación directa y, con mayor frecuencia, mediante licitación o subasta al mejor postor, que habrá de sujetarse al pliego de condiciones.

El concesionario deberá ajustarse al presupuesto y plan de la obra, cuando se trate de una construcción o reparación; y entonces obtiene la parte de beneficios permitida; por ejemplo; un quince por ciento o un veinte por ciento. En otro caso, se encuentra en el deber de abonar la cuota señalada o el tanto por ciento determinados por la explotación de alguna fuente de riqueza o de un servicio público; en cuyo caso obtiene como ganancia el rendimiento que logre.³³

“Concesión de servicios públicos. En la referencia hecha por Dumm, acto jurídico de Derecho Público cuyo fin esencial es organizar un servicio de utilidad general, y cuyo rasgo característico consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada

³³ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 253.

indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios del Derecho Administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública, para lo cual se crean deberes y derechos a cargo y a favor del concesionario y quedan determinadas su medida y extensión por el contenido del acto y por las modificaciones impuestas por el poder de policía.”³⁴

“La concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos: un acto reglamentario, un acto de condición y un contrato. Es un acto reglamentario, pues en el mismo se fijan las normas a que necesariamente se deben condicionar la organización y funcionamiento del servicio público, así también quedan contenidos aspectos referentes a horarios, tarifas, forma de prestación del servicio, derechos de los usuarios, etc. El acto condición, es el que condiciona como su nombre lo indica, las atribuciones que debe cumplir el concesionario de las facultades que la ley le otorga, así como de las obligaciones. El tercer elemento es el elemento contractual que implica las cláusulas, por medio de las cuales la administración otorga la concesión y en donde se fijan derecho y obligaciones tanto de la empresas concesionarias como de la administración.”³⁵

“La concesión es el acto administrativo de determinado contenido, éste contenido debe consistir en que por él se de al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública. También es el acto jurídico unilateral por el cual el Estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bienes públicos, que le pertenecen a aquel, satisfaciendo necesidades de interés general.”³⁶

³⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 203.

³⁵ Fraga, Garbino, **Derecho administrativo**, pág. 245.

³⁶ Martínez, **Ob. Cit**; pág. 279.

La definición legal de concesión administrativa se encuentra consignada en el Artículo noventa y cinco de la Ley de Contrataciones del Estado. “Concesión. Para los fines de esta Ley se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio.

Son obligaciones mínimas del Estado, obtener los derechos de los servicios concesionados, rescatar el servicio por causas de utilidad pública, tales como servicio deficiente, aumento desmedido de precios o fuerza mayor o caso fortuito, revisar las tarifas y velar porque sean éstas las que se cobren, y supervisar la ejecución de la concesión hasta su vencimiento.

El o los despachos ministeriales, o bien, la autoridad superior de la entidad autónoma o descentralizada bajo cuya competencia se presten o deban de prestarse los servicios en cuestión, deberá emitir una resolución que describa detalladamente el ámbito, características, medios y objetivos de los servicios cuya prestación por terceros, por cuenta del Estado o de sus entidades autónomas y descentralizadas, se pretende efectuar.

No podrán concesionarse servicios en los que actualmente el Estado, entidades autónomas y descentralizadas obtengan utilidades.

La concesión finaliza por: el cumplimiento del plazo, rescisión en los casos que se establezca en el contrato respectivo, o revocación por conducto del Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República.”

3.3. Naturaleza jurídica de la concesión administrativa

Existen varias teorías que pretenden explicar la concesión administrativa, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a. Como un contrato de derecho privado: Supone que el acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular concesionario, es un contrato puro y simple, de acuerdo a las normas que rigen el derecho privado, específicamente el Código Civil
- b. Como un contrato administrativo: Es una teoría bastante aceptada dentro de la doctrina, la cual sostiene que la concesión es un contrato administrativo, pero en el cual existe una posición privilegiada de la administración pública frente al concesionario.
- c. Como un acto unilateral: Por medio de ésta se explica que la concesión es un acto administrativo de forma unilateral.
- d. Como acto mixto: Por ésta teoría se explica que la concesión administrativa es eminentemente social.

3.4. Elementos subjetivos de la concesión administrativa

Los elementos personales de la concesión administrativa son el concedente, el concesionario y el usuario.

- a. El concedente: Es la autoridad estatal competente que otorga la concesión al concesionario, que generalmente se otorga con base

en la licitación. Por supuesto que el concedente puede ser el municipio.

- b. El concesionario: Es la persona individual o colectiva a quien se otorga la concesión administrativa para que preste un servicio público.
- c. El usuario: Es la persona física cuyo requerimiento de prestación de servicios públicos son satisfechos por la autoridad mientras la concesión de los servicios. En el caso específico de la concesión de los servicios públicos municipales, el usuario por excelencia es el vecino.

3.5. Particularidades de la concesión administrativa

Los principios que rigen la función y el acto administrativo se aplican a la concesión, básicamente en lo que se refiere a la legalidad y competencia.

La capacidad del concesionario

El concesionario ha de contar con capacidad de goce y de ejercicio para llevar a cabo la prestación de un servicio público. En principio toda persona que tenga plena capacidad de acuerdo a las normas que establece el Código Civil, puede ser concesionario, pero además de esto se necesita tener otro tipo de capacidades como por ejemplo la capacidad técnica.

El concesionario debe demostrar a la administración pública que cuenta con los recursos técnicos necesarios para la prestación de un servicio público o el uso y explotación de los bienes concesionados. Es decir, de poseer los elementos

que permitan desarrollar los fines para los cuales un servicio público fue concesionado.

Además, debe poseer capacidad financiera, los recursos económicos necesarios y suficientes para cumplir con la prestación del servicio público. Todo ello es importante porque no puede arriesgarse a los usuarios a una eventual suspensión del servicio.

Es por ello que al conceder la concesión de la prestación de un servicio público, el concesionario debe prestar una garantía, a fin de asegurar la prestación del servicio.

Plazo de vigencia de la concesión

No existe un plazo uniforme para conceder la concesión de la prestación de un servicio público, ni un mínimo como tampoco un máximo. Cada caso es tratado en particular, de acuerdo a la legislación respectiva y el país de que se trate, atendiendo a la naturaleza del servicio y a sus fines; así pueden existir plazos que van desde los veinticinco a cincuenta años.

Derecho del concesionario

Uno de los principales derechos que se le otorgan al concesionario es la utilización o disposición de la cosa concesionada, dentro de los límites que establece la ley y el título de concesión. Los derechos otorgados son de carácter personalísimo, solo pueden ser transferidos con el consentimiento de la autoridad.

Los bienes afectados

Los bienes estatales afectados por la concesión administrativa para la prestación de un servicio público pueden pertenecer al concesionario o al Estado; ya sea que él aporte bienes propios para la prestación del servicio, o que se entreguen bienes del Estado acordados en la adjudicación de la concesión.

Tarifa

Éste es uno de los aspectos acaso más controversiales de la adjudicación de la concesión, puesto que cuando se trata de la prestación de los servicios públicos por medio de la concesión, quien paga la tarifa es el usuario.

Si bien es cierto, la tarifa es previamente aprobada por las autoridades, en muchas ocasiones el monto genera polémica de parte de los usuarios.

Por lo tanto, se deben evitar abusos y arbitrariedades en cuanto a la tarifa, por parte de las autoridades.

Para ello debe reglamentarse al respecto, además de una constante supervisión del efectivo cobro de la tarifa acordada o fiada por la administración pública y en caso de ser modificada debe hacerse con base en estudios que demuestren la necesidad pero que al mismo tiempo pueda ser pagada por los usuarios, sobre todo en aquellos servicios públicos de naturaleza esencial.

Obligaciones del concesionario

El concesionario debe ejercerla de manera personal, es decir tiene la obligación de prestar el servicio público que le fue adjudicado y no puede hacer recaer esa obligación en otra entidad, cederla o enajenarla.

El concesionario tiene la obligación de cuidar los bienes concesionados y la principal de no interrumpir el servicio público.

También debe respetar la tarifa acordada, para evitar complicaciones y problemas a los usuarios.

Existe la obligación de cuidar los bienes y servicios prestados con la mayor diligencia posible, cumpliendo con todas las normas legales puesto que se trata de un asunto de interés público.

El título de la concesión

Es el documento donde consta la decisión del poder ejecutivo, así como la aceptación del particular; los derechos y las obligaciones que implica ese acto administrativo.

3.6. La concesión administrativa en nuestra legislación

Básicamente se rige por lo preceptuado en la Constitución Política de la República, la Ley de Contrataciones del Estado y en el caso particular objeto del presente estudio, por el Código Municipal, de estos cuerpos legales se extrae el procedimiento de la licitación para otorgar la concesión de los servicios públicos municipales, así como también las normas obligatorias aplicables al contrato de concesión administrativa, que son las siguientes:

3.7. La licitación

La concesión de los servicios públicos debe hacerse en cuanto a su diligenciamiento, cumpliendo con el procedimiento de licitación que contempla la Ley de Contrataciones del Estado, en lo que fuere aplicable.

Esto genera desorientación, puesto que se utiliza el régimen de la licitación en lo que fuere aplicable; este desconocimiento acerca de la forma de adjudicar en concesión la prestación de los servicios públicos puede generar graves inconvenientes.

Puesto que en el caso particular que estudiamos, el Código Municipal apenas contempla algunos Artículos que complementan lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, para la adjudicación de la concesión.

Por lo tanto, debe analizarse a fondo la legislación que regula lo concerniente a la adjudicación de la prestación de los servicios públicos municipales, por el sistema de concesión, para valorar las ventajas y desventajas que representa para los vecinos del municipio la prestación de ciertos servicios por parte de particulares, a través del contrato administrativo de concesión.

Por lo antes descrito analizaremos lo que corresponde al Régimen de Licitación Pública, para entender de mejor forma la concesión.

“La licitación es la venta o compra de una cosa en subasta o almoneda. Enajenación en subasta pública de la cosa perteneciente a varios condueños.”³⁷

³⁷ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 212.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a la concesión de servicios públicos municipales, como requisito previo a la licitación, la autoridad superior de la entidad deberá emitir una resolución en la que se describa detalladamente el ámbito, características, medios y objetivos de los servicios cuya prestación por terceros se pretende efectuar.

Para adjudicar la concesión de los servicios públicos, se debe hacer de acuerdo al régimen de licitación pública, tomando en cuenta los siguientes aspectos legales:

- a. El monto total de los bienes, suministros y obras, debe exceder de una determinada cantidad para ser licitado, que en el caso de las municipalidades es la cantidad de novecientos mil quetzales.
- b. Para llevar a cabo la licitación pública deberá elaborarse los documentos siguientes: Bases de licitación, especificaciones generales, especificaciones técnicas, disposiciones especiales, y planos de construcción cuando se trate de obras.
- c. Las bases de licitación deben cumplir con los requisitos mínimos que establece la ley.
- d. Las autoridades deben velar porque las especificaciones sean congruentes con las necesidades que motivan la contratación.
- e. Deben emitirse los dictámenes técnicos y jurídicos respectivos.
- f. Los documentos de licitación deben ser aprobados por la autoridad administrativa correspondiente.

- g. Deberán hacerse las publicaciones para la convocatoria de licitación, dos veces en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, en plazo de diez días. Además de la publicación en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – GUATECOMPRAS-.
- h. Se debe entregar las bases de licitación a quien las solicite, previo pago correspondiente.
- i. Las ofertas de licitación se entregarán el día y hora señalada a la Junta de Licitación nombrada para el efecto.
- j. Recibidas las ofertas en acto público, se procederá a abrir las plicas.
- k. Todo lo actuado se hará constar en actas.
- l. Solo una oferta debe presentar cada persona, ya sea ésta individual o jurídica.
- m. Los oferentes deberán prestar declaración jurada, haciendo constar que no tienen prohibición para participar, así como los demás documentos legales establecidos en la Ley y en las bases de licitación correspondientes.
- n. La Junta de Licitación podrá solicitar a los oferentes las aclaraciones y muestras que considere pertinentes.
- o. Se procede a calificar las ofertas de acuerdo a las condiciones de: Calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones que se fijan en las bases.

- p. La Junta de Licitación rechazará las ofertas que no se ajusten a lo requerido.
- q. Si solamente se presenta un oferente, a éste se le podrá adjudicar toda vez satisfaga los requisitos legales y su oferta sea conveniente para los intereses del Estado y en este caso, del Municipio.
- r. Si no se presentan ofertas la Junta faccionará el acta correspondiente, y se podrá prorrogar el plazo para recibir ofertas.
- s. De acuerdo al plazo que señalen las bases, la Junta de Licitación, procederá a adjudicarla al oferente que haya sido seleccionado.
- t. La Junta deberá notificar a cada uno de los oferentes, dentro del plazo de tres días de la adjudicación.
- u. Dentro del plazo de dos días después de quedar firme lo resuelto por la Junta de Licitación, remitirá el expediente a la autoridad superior, la que aprobará o improbará lo actuado por dicha Junta.
- v. La autoridad superior debe notificar la aprobación o improbación realizada.
- w. Las autoridades tienen el derecho de prescindir de la negociación, en cualquier estado en que ésta se encuentre.

3.8 El contrato de concesión:

La Ley de Contrataciones del Estado, establece que la concesión se adjudicará de acuerdo al procedimiento de licitación. El contrato deberá celebrarse

ante el titular del Ministerio o de la autoridad máxima de la entidad que corresponda y el concesionario.

Pero en todo contrato de concesión de la prestación del servicio público, además de las cláusulas que rijan el contrato de acuerdo a su naturaleza, existen cláusulas obligatorias que deben estipularse, para garantizar la prestación del servicio y no contravenir las normas legales.

Así, el Artículo noventa y siete de la Ley de Contrataciones del Estado preceptúa lo siguiente:

“Además de las cláusulas propias de un contrato administrativo, en los contratos de concesión deberá estipularse:

1. Que el plazo de duración no podrá ser superior a veinticinco años. El plazo será calculado en cada caso, de acuerdo con la cuantía e importancia de la inversión, tomando en cuenta el interés nacional y el de los usuarios.
2. Que el reglamento para la utilización de la obra, bien o prestación del servicio, forma parte del contrato.
3. Que el concesionario queda obligado a:
 - 3.1 Al pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores, los cuales deben ser preferentemente guatemaltecos en la proporción prescrita en el Código de Trabajo.

- 3.2 A la conservación de todos los bienes y elementos que conforman la concesión, y prestar el servicio con la continuidad convenida.
- 3.3 A que al vencimiento de la concesión, todas las construcciones e instalaciones pasarán a propiedad del Estado o de la entidad autónoma o descentralizada de que se trate sin que tenga que rembolsar, compensar o pagar suma alguna de dinero.
- 3.4 A responder por daños y perjuicios que ocasione al Estado o a terceros con motivo de la explotación de la concesión.
- 3.5 A la capacitación del personal guatemalteco que designe la autoridad competente.
- 3.6 Al pago al Estado de un porcentaje que será determinado en la resolución que otorgue la concesión.
- 3.7 A permitir la práctica de las auditorias que la autoridad competente considere necesarias.
- 3.8 A responder por la pérdida o deterioro de los bienes del Estado que se le entreguen para la explotación de la concesión.
- 3.9 A las demás condiciones que de acuerdo con la naturaleza de la concesión sea necesario estipular en el contrato, a juicio de la autoridad competente.”

De manera concreta, en la prestación de los servicios públicos municipales, se puede recurrir a la figura de la concesión, ya que el Código Municipal en el Artículo setenta y cuatro lo establece de la forma siguiente: "Concesión de servicio público municipal. La municipalidad tiene facultad para otorgar a personas individuales o jurídicas, la concesión de la prestación de servicios públicos municipales que operen en su circunscripción territorial, con excepción de los centros de acopio, terminales de mayoreo, mercados municipales y similares, mediante contrato de derecho público y a plazo determinado, en el que se fije la naturaleza y condiciones del servicio y las garantías de funcionamiento a las que se refiere el Artículo setenta y cinco de este Código. Asimismo deberá estipularse que el reglamento municipal para la prestación del servicio, forma parte del contrato de concesión. En todo caso, el plazo de duración de la concesión no podrá ser superior a veinticinco (25) años; pudiendo ser prorrogable. El plazo será fijado en cada caso, de acuerdo con la cuantía e importancia de la inversión, tomando en cuenta el interés municipal, y el de los usuarios e inquilinos. El Concejo Municipal fijará, las contribuciones municipales y tasas derivadas del contrato que percibirá del concesionario."

También en el Código Municipal en el Artículo setenta y cinco se incluyen las condiciones para la concesión de la siguiente forma: "Otras condiciones de la concesión. Además de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato en que se formalice una concesión para la prestación de un servicio municipal deberá establecer:

- a. La aceptación, por parte del concesionario, de las ordenanzas y reglamentos municipales que regulen el funcionamiento del servicio.
- b. La obligación del concesionario de llevar contabilidad de conformidad con la ley, para su verificación en todo tiempo, por la Contraloría

General de Cuentas, al ser requerida a la municipalidad el estado financiero de la empresa.

- c. La obligación del concesionario de poner a disposición de la municipalidad los libros y documentos de contabilidad y de proporcionarle, en cualquier momento, la información que se le requiera.

- d. El derecho de la municipalidad de adquirir el servicio gratuitamente o previa indemnización, según sea la naturaleza y condiciones en las que la misma se otorgó, al expirar el plazo de la concesión. En el supuesto de indemnización, se hará el avalúo de los bienes, tomando en consideración todos los elementos y factores que determinen su precio real, sin atenerse exclusivamente a declaraciones catastrales o fiscales, informe o datos de entidades o dependencias del Estado, debiendo someterse el expediente y el proyecto de contrato correspondiente a revisión de la Contraloría General de Cuentas antes de su aprobación, y no se hará ningún pago a cargo del contrato de traslación de los bienes sino hasta que haya sido aprobado por el Concejo Municipal y la resolución esté firme. En todo caso, la municipalidad debe hacerse cargo del servicio, libre de pasivos de cualquier clase.”

3.9 Revocación de la concesión

Con relación a las causas para revocar la concesión, el Código Municipal en el Artículo setenta y siete establece. “Causas para revocar la concesión. La concesión del servicio público municipal podrá ser revocada por cualquiera de las siguientes causas:

- a. Cuando el concejo municipal declare que es lesiva a los intereses del municipio.
- b. Por violación de disposiciones relativas al orden público y al interés social.
- c. Por incumplimiento de disposiciones de carácter general o local, relativas a la salud e higiene públicas y protección del medio ambiente.
- d. Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto en el Artículo anterior.

En cualesquiera de estos casos queda excluida la vía de lo contencioso administrativo.”

Como se ha podido apreciar, en la Ley de Contrataciones del Estado se establece los pasos para adjudicar por medio de la concesión, la prestación de los servicios públicos, en tal sentido las municipalidades deben ajustarse a éstas disposiciones legales, las cuales deben conocer a fondo para evitar complicaciones y poder alcanzar por medio de la concesión la satisfacción de las necesidades de los vecinos.

Los servicios públicos municipales, son de vital importancia para el desarrollo de los municipios y, para brindar satisfacción a las necesidades de los vecinos. Debido a lo trascendental que resulta, es necesario prestarlos de la forma adecuada y dentro del marco jurídico preestablecido.

Cuando la municipalidad no puede prestar de forma directa el servicio público, recurre a entes particulares por medio de la concesión administrativa, de esta cuenta es preciso tener conocimiento del procedimiento, teniendo como objetivo principal la realización del bien común, para evitar consecuencias negativas.

Existen muchos municipios que no cuentan con una adecuada asesoría legal y, por lo tanto desconocen la forma en que debe adjudicarse la concesión de estos servicios.

Por ello en muchas ocasiones se adjudica en forma anómala la prestación de servicios públicos por medio de la concesión, lo cual finalmente repercute en la población.

La prestación de los servicios públicos es una muestra del nivel de vida de los habitantes del municipio, lo cual significa que en la medida que se incrementen los servicios públicos, se mejorarán las condiciones materiales de desarrollo de las comunidades.

La concesión como una forma de administración indirecta, debe ser bien estudiada por parte de las municipalidades, previo a adjudicar la explotación de un servicio público, tomando en cuenta el plazo durante el cual se va a conceder, la continuidad del servicio, la calidad, las tarifas, que el servicio sea adecuado, que promueva desarrollo, que representen beneficios para los vecinos y que no solamente constituya un medio para lucrar por parte de ciertos sectores, en detrimento de la colectividad.

CONCLUSIONES

1. La Ley de Contrataciones del Estado no regula de forma clara y precisa las condiciones para adjudicar y contratar la prestación de los servicios públicos mediante la concesión administrativa, debiendo interpretarse conjuntamente con el Código Municipal; sin embargo, estos cuerpos legales establecen a grandes rasgos lo relativo a esta materia.
2. La mayoría de las municipalidades del país desconocen el procedimiento para otorgar en concesión los servicios públicos municipales, carecen de asesoría legal que les permita analizar de la manera integral y correcta, los aspectos legales del proceso de licitación y del contrato de concesión administrativa y al estar regulado por normas jurídicas dispersas y poco específicas se dificulta su aplicación.
3. La falta de organización técnica y logística, la escasez de recursos humanos y financieros para prestar las obras y servicios públicos, así como la carencia de conocimientos especializados y capacitación, obliga a las municipalidades a otorgar en concesión la prestación de los servicios públicos municipales.
4. La adjudicación para la prestación de los servicios públicos municipales por medio de la concesión, no se realiza atendiendo a criterios objetivos que permitan alcanzar el bien común, por el contrario, los concesionarios de los servicios públicos municipales tienen como principal motivación el ánimo de lucro.
5. Los concesionarios de los servicios públicos municipales no cumplen a cabalidad con los aspectos relacionados con la calidad de la prestación del servicio, tarifas, regularidad, continuidad y demás condiciones legales y

contractuales a que están obligados, porque los concedentes no tiene la capacidad o no quieren obligarlos legalmente a cumplir con los mismos.

RECOMENDACIONES

1. Que el organismo ejecutivo presente un proyecto de ley para la emisión de un cuerpo legal que regule en forma integral, clara y específica todo lo relativo a las concesiones administrativas, esto dará mayor certeza jurídica a dichos actos, tanto para la administración municipal y el municipio en general, como para el concesionario, al establecerse criterios de legalidad y objetividad que las regulen y sean realmente un beneficio social.
2. El Instituto de Fomento Municipal es un importante coadyuvante en el desarrollo y fortalecimiento de los municipios, por lo que las autoridades municipales deben solicitar su apoyo técnico, administrativo y financiero, para contar con una asesoría técnica y legal profesional y, que reciban una adecuada capacitación.
3. Es importante la descentralización de los servicios públicos para que beneficien a la mayor cantidad de habitantes posible, por lo que el municipio debe establecer una Oficina Técnica Municipal y contratar asesoría legal o solicitarla a la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, lo que les permitirá contar con una organización técnica y logística adecuada, recurso humano capacitado y procurar la autosostenibilidad de los servicios públicos.
4. La concesión como una forma de administración indirecta, debe ser bien estudiada por parte de las municipalidades, por lo que previo a adjudicar la explotación de un servicio público, deben contar con los dictámenes técnicos y jurídicos pertinentes y que los miembros de la junta de licitación sean personas idóneas y capacitadas en el tema, para que se tomen en cuenta diversos factores como el plazo durante el cual se va a conceder, la continuidad del servicio, la calidad, las tarifas, que el servicio sea adecuado, que promueva

desarrollo, que representen beneficios para los vecinos y que no solamente constituya un medio para lucrar por parte de ciertos sectores en detrimento de la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. 2a. ed.; México: Ed. Universitaria, 1975. Pág. 46.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999. Págs. 54, 212, 253, 280, 397-398, 423 y 492.
- CALDERÓN, Hugo. **Derecho administrativo I**. 6a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003. Pág. 247.
- DROMI, José. **Los servicios públicos**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1979.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 26a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1987. Pág. 245.
- FRANCH, Marta y Ballbé, Manuel. **Manual de derecho administrativo**. (s/ed), España: Ed. Girona, 2002. Págs. 350-351, 361-362.
- LARIOS Ochaíta, Carlos. **Derecho internacional privado**. 6a. ed.; Guatemala: Ed. F&G Editores, 2001.
- MARTÍNEZ, Rafael. **Derecho administrativo**. 5a. ed.; México: Ed. Textos Jurídicos, 2005. Págs. 279, 296-297.
- MORGAN Sanabria, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- OMEBA, **Enciclopedia jurídica**. Ed. Bibliográfica Omeba; Buenos Aires, Argentina. 1979. Tomo XIX. Págs. 960-961
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996. Págs. 112, 203 y 632.
- PENAGOS, Gustavo. **Curso de derecho administrativo**. 2a. ed.; Colombia: Ed. Profesional, 1982. Pág. 320.

ROJINA Villegas, Rafael. **Derecho mexicano**. 2a. ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.

SALVAT, **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid España: Ed. Salvat, 2004. Págs. 10622 – 10623 Tomo XIV.

VISOR, **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo, 2000.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Ley Orgánica del Instituto de Fomento Municipal. Congreso de la República, Decreto número 1132, 1957.

Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Congreso de la República, Decreto número 11-2002, 2002.

Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República, Decreto número 57-92, 1992.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código Municipal. Congreso de la República, Decreto número 12-2002, 2002.

Código Tributario. Congreso de la República, Decreto número 6-91, 1991.