

COMUNICACIÓN

XXI CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Alicante/Benidorm, 27 de mayo de 2016

Segunda sesión

LOS SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y
remunicipalización

LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

EL FALSO DILEMA DE LA GESTIÓN PÚBLICA O PRIVADA.

(A propósito de la recolección de residuos sólidos domiciliarios en Chile)

Ramón Huidobro Salas

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Chile

RESUMEN: El falso dilema de la gestión pública o privada de los servicios públicos locales, queda en evidencia en el caso de la función pública local de aseo. La recolección de residuos sólidos domiciliarios, un aspecto cotidiano y a la vez esencial para la vida y salud de los habitantes de toda comuna, se transforma en un problema sin soluciones y respuestas efectivas al ciudadano, significando ausencia de la prestación regular, continua y de eficiente de este servicio público.

1. Introducción.

Los servicios públicos locales, establecen las condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades públicas de los ciudadanos y así lograr el ansiado bien común local y general. La crisis de lo público y la nueva visión redentora de lo privado, generaron las condiciones para la externalización de estos servicios, a contratos de concesiones de los mismos a operadores y gestores privados de los mismos. A corto andar, aparecen los antiguos problemas del vetusto servicio público, la inadecuada prestación y continuidad del servicio, agregando nuevos factores, la explotación laboral de los trabajadores de las empresas concesionarias, que generaron grandes márgenes de utilidades, gracias a bajos sueldo y estrategias asociadas a corrupción. Este es precisamente el caso del servicio público de recolección de residuos sólidos en Chile, realizado en cumplimiento de la función pública de aseo, contemplada en el artículo 3 letra f) de la Ley 18.695 “Orgánica Constitucional de Municipalidades”.¹

2. El modelo privado y público.

2.1. La regla general: la externalización del servicio público de aseo por otorgamiento de una concesión.

Cabe señalar, que el inciso 2º del artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades², señala actualmente que el procedimiento administrativo de otorgamiento

¹ DFL. N° 1/2006, del Ministerio del Interior, que “FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.695, ORGANICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES”.

² Esta disposición legal fue incluida por el artículo único de la Ley 20.335/2009, que modificó el artículo 66 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. En el Mensaje del Ejecutivo que inicia el proyecto de ley, se señala como fundamento de esta modificación que la “ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, denominada comúnmente “Ley de Compras Públicas”, es aplicable a todos los contratos a título oneroso que celebre la Administración del Estado, incluyendo a los municipios, para el suministro de bienes y servicios que los órganos públicos requieran para el desarrollo de sus funciones.”. Se agrega en el mensaje que: “Dicha ley se funda en los principios de transparencia y publicidad, propendiendo, además, a la mejora en la calidad de los productos y

de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades, señalando que se ajustará a las normas de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios³ y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la LOCM, disposiciones que serán aplicables en todo caso.

Por su parte, la ley N° 20.238/2008 introdujo varias modificaciones a la citada Ley 19.886/2003, de Bases de Contratos de Suministros y Servicios, con el objeto de entregar una mayor protección, en materia laboral y previsional, a los trabajadores de los proveedores que contratan con la Administración del Estado, favoreciendo, además, la participación de aquellos proveedores que exhiban mejores condiciones de empleo y remuneración, al beneficiarlos con mayores puntajes en las evaluaciones de sus ofertas.

No obstante lo anterior, y conforme ha dictaminado la Contraloría General de la República⁴ sobre la materia, que las concesiones que las municipalidades otorgan para la prestación de determinados servicios municipales, no se rigen por la ley N° 19.886, sino que por el artículo 8° de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ellas –se señala- revisten una naturaleza distinta a la de las contrataciones reguladas por el

servicios requeridos al aumentar la competitividad entre los proveedores. Historia de la Ley 20.355, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20355/HL20355.pdf> .

³ Ley 19.886/2003.

⁴ Órgano fiscalizador de la administración del Estado regulado en el artículo 98 de la Constitución Chilena, que dispone: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República **ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración**, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva." En 1925, durante el gobierno del Presidente Arturo Alessandri Palma, el Gobierno de Chile contrató a un grupo de expertos financieros estadounidenses, liderados por Edwin Kemmerer, quien propuso la creación de la Contraloría General de la República a partir de la fusión de la Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadísticas y la Inspección General de Bienes de la Nación. La medida fue analizada por la Comisión Revisora, presidida entonces por el Superintendente de Bancos, Julio Philippi, quien le formuló indicaciones tendientes a armonizar sus ideas matrices, e innovar en la legalidad y las prácticas administrativas del país. Así nace la Contraloría General de la República, en virtud del DFL N° 400-Bis del 26 de marzo de 1927, decreto que tras su creación fue modificado por una serie de disposiciones que perfeccionan y conforman su actual estructura de funciones, atribuciones y potestades. http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111

primer cuerpo legal, ya que no constituyen propiamente un acuerdo de voluntades entre una municipalidad y un concesionario en un plano de igualdad, sino que tales concesiones importan el ejercicio de un acto de la autoridad, quien actúa en un plano de preeminencia respecto del particular, estableciendo las respectivas condiciones, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público.

En este sentido, las modificaciones del proyecto de ley, tienen por propósito hacer extensiva la aplicación de la ley N° 19.886 a las concesiones de servicios de las municipalidades, que originalmente no estaba pensada su aplicación, a fin de, por una parte, transparentar el procedimiento de otorgamiento de dichas concesiones, y, por otra, dotar de mayor protección en materia laboral y previsional, a los trabajadores que presten su servicios a los contratistas concesionarios.

Por último, esa ley constituye un paso en el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios en las empresas concesionarias, dentro de las cuales se encuentran las pertenecientes al rubro de la extracción de residuos sólidos domiciliarios.

Si bien comparto el fundamento de la modificación en cuanto a transparentar los procedimientos de contratación municipal y mejorar las garantías y derechos de los trabajadores que prestan servicios para las empresas concesionarias, no comparto la técnica utilizada por las siguientes razones:

- Nuevamente nos encontramos con un claro ejemplo de legislación particular y contingente⁵, generada por una situación que no dudo que debe ser subsanada, pero

⁵ Queda de manifiesto en la intervención del Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Viera Gallo las razones contingentes de la idea de legislar en esta materia, al señalar textualmente: “Señor Presidente, en realidad, este proyecto surgió de un acuerdo entre los trabajadores que recogen la basura en los municipios y autoridades de Gobierno, principalmente debido a la precariedad en que ellos se encuentran frente a las distintas empresas que van sustituyéndose en la recolección de desechos. Con tal propósito, buscamos una fórmula en la que al menos parte importante de sus planteamientos pudiera ser satisfecha. Después de múltiples consultas, el Ejecutivo decidió que el mejor mecanismo para ello era el contenido en la presente iniciativa, que hace aplicable a las municipalidades, en este aspecto específico, la “Ley de Compras Públicas” -esto es, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios-, dado que había un dictamen expreso de la Contraloría que las excluía. Lo anterior contó con el pleno acuerdo y entusiasmo de los recolectores de basura, quienes han progresado enormemente en lo que se refiere a su esforzada labor y han puesto sus esperanzas en la aprobación del proyecto, por lo que me alegro bastante de que la Comisión lo haya aprobado en forma unánime y confío en que la Sala adoptará idéntico parecer.”.

satisfacer esta idea de legislar sin realizar un estudio pormenorizado y exhaustivo de cada una de las implicancias de la norma en el sistema o su coherencia interna con el ordenamiento jurídico, no parece lo más adecuado.

- La “Ley de La ley de bases de contratos de suministros y servicios, obedece a una estructura contractual para adquirir bienes y servicios para el Estado central y no para prestar servicios públicos a los particulares. Se ha constituido a través de sus normas un gran poder comprador, para generar mejores condiciones de contratación para el Estado y transparentar el sistema de compras, no como regulador de concesiones administrativas. Las concesiones como contratos administrativos, son una forma de colaboración de los particulares con la administración. Mediante estos contratos los órganos del Estado, incluidas las Municipalidades, externalizan la prestación de servicios públicos para que sean prestados por particulares, pero sin dejar la responsabilidad de la correcta prestación del mismo.
- Finalmente, las dificultades propias de la implementación del sistema de compras públicas a nivel municipal, atendidas las deficiencias de conectividad y servicio, en las 345 comunas del país. Algunas con grandes niveles de aislamiento. No hacen posible que se constituya como herramienta electrónica en un instrumento útil, para todo el ámbito municipal.

2.2. La prestación del servicio público directamente por el municipio, por vía excepcional.

La prestación de este servicio se realiza con bienes y personal municipal. Estas personas están sometidas al estatuto municipal y son funcionarios públicos. En cuanto a los camiones recolectores pueden ser de propiedad municipal o arrendados a empresas.

3. Los problemas comunes a ambos modelos.

3.1. Las deficientes condiciones laborales del personal recolector de residuos.

Han quedado en evidencia en ambos sistemas, las deplorables condiciones laborales de los funcionarios y trabajadores, con independencia de su empleador municipal o empresarial.

Claro ejemplo de ello fue la paralización de 2013 de los funcionarios municipales de Valparaíso, ciudad patrimonio de la humanidad, en que las condiciones sanitarias originadas por la falta de recolección de los residuos sólidos domiciliarios, han puesto en riesgo la salud y alteraron las condiciones de vida de los ciudadanos.⁶

⁶ “Los funcionarios de la Municipalidad de Valparaíso se sumaron al paro nacional de advertencia convocado para este miércoles 16 y jueves 17 de octubre por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile. Esta paralización de funciones se realiza por mejoras laborales y una serie de reivindicaciones, las que fueron respaldadas y respetadas por el alcalde porteño, Jorge Castro, quien pidió comprensión a la ciudadanía por esta situación en que están los servicios municipales. El jefe comunal recordó que el municipio porteño es el único del país que tiene asociado el servicio de recolección de aseo, por lo que éste permanecerá suspendido hasta el día viernes 18. En este sentido, realizó un fuerte llamado a la comunidad a colaborar no arrojando los desechos a las calles, indicando que hay dispuestas bateas en diferentes sectores del centro de la ciudad y a pie de cerros. “Estamos comunicándonos con todos nuestros vecinos para que nos puedan colaborar en el sentido de que sepan que somos el único municipio que tiene dentro de sus funciones la del aseo y, por tanto, hoy hay un paro que va a durar hasta la medianoche del día jueves, lo que significa que habrá varias rutas de aseo que no vamos a hacer en su totalidad, además de todo lo que es el plan y comercio. Tenemos un grupo muy reducido que va a trabajar en el ordenamiento del sistema de bateas y hay una serie de ellas en el centro y en el plan de la ciudad”. Al respecto, indicó que esperan reanudar el servicio “el próximo viernes, pero ya hay anunciado para la próxima semana un paro que también nos va a comprometer; hay anuncios de que si no resulta esta primera fase se va a un paro indefinido el día lunes y luego tenemos el paro convocado por la Central Unitaria de Trabajadores. Por ello, el escenario se ve complejo hacia adelante”. <http://www.elmartutino.cl/noticia/sociedad/paro-de-funcionarios-municipales-deja-valparaiso-sin-retiro-de-basura-hasta-el-vier>

Por otra parte, la huelga y paralización cercana al 90% de los trabajadores recolectores de basura de las empresas concesionarias, generaron una crisis de mayor extensión en el país, obligando incluso a la intervención del Presidente de la República, pues el problema ya se transformó en político, no obstante que se trataba de incumplimiento de contratos de concesión municipales en que la autoridad central estatal nunca participó.⁷

Actualmente, el problema sigue latente, no se vislumbra una solución clara ni el modelo de prestación pública directa ni en el concesionado a privados.⁸

⁷ El presidente de los recolectores de residuos domiciliarios, Armando Soto, advirtió de la posibilidad de iniciar un nuevo paro el próximo 13 de marzo de no cumplirse el acuerdo adoptado por el gobierno del Presidente Piñera y el gremio. Según comentó, los 34 mil trabajadores debieron haber recibido en enero de este año el reajuste salarial comprometido tras la paralización de 2013. Acompañados del vicepresidente de la Asociación Chilena de Municipalidades (ACh) y alcalde de Maipú, Christian Vittori, denunciaron que han pasado ocho meses desde que se acordara que iniciado el 2014, se reajustaría el sueldo de los empleados de la basura entre unos 80 mil a 100 mil pesos, lo que hasta la fecha no ha ocurrido. El edil señaló que "existe una clara intención de parte del Gobierno del Presidente Piñera de armar una bomba de tiempo, para hacer explotar y traspasar este conflicto al nuevo gobierno de la Presidenta Bachelet". "Existe falta de voluntad, e incluso negligencia de parte de este gobierno con los trabajadores recolectores de la basura, que ganaron tras una larga paralización, un justo reajuste salarial, y que los trabajadores aún no ven en sus remuneraciones", dijo. Armando Soto, presidente de la los trabajadores recolectores, indicó que mañana lunes sostendrán una reunión con el contralor Ramiro Mendoza para hacer efectivo el compromiso. De no obtener resultados "iniciaremos una paralización el día 13 de marzo, hasta lograr el justo reajuste salarial comprometido hace ya ocho meses, para nuestros 34 mil trabajadores", dijo. El dirigente anunció además que entrarán en estado de movilización desde mañana lunes, esperando que se cumplan los compromisos adoptados por el actual Gobierno con los recolectores. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/03/09/648742/recolectores-de-basura-amenazan-con-nuevo-paro-de-no-efectuarse-acuerdo-adoptado-con-el-gobierno.html>

⁸ La mejor forma de describir el problema son las expresiones vertidas en febrero de 2016 en la prensa: "Soto afirmó que los trabajadores van a esperar "hasta el lunes al mediodía" para "que la autoridad tome conciencia de las consecuencias que van a ocurrir" si continúa la prohibición de funcionamiento de Santa Marta. Dijo que ésta ha redundado en una insostenible extensión de las jornadas laborales de los recolectores: **"No resistimos más este exceso de trabajo** que, además, casi nunca pagan". **"La gente está reventada, no quiere seguir trabajando"**, sentenció."

<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/medioambiente/contaminacion/recolectores-de-basura-amenazan-con-paralizacion-total-en-santiago/2016-02-05/214000.html>

3.2. La ausencia de probidad pública y la corrupción.

A fines del año 2009, detonó el escándalo en el negocio del retiro de la basura en la Región Metropolitana de Santiago. La Fiscalía Nacional Económica, consideró que el contrato con una empresa, **que concentraba un 58% del mercado**, inhibía el ingreso de otros competidores, "debido a que es de largo plazo y tiene renovación automática ilimitada por 16 años cada vez".⁹

Las investigaciones llevaron al procesamiento de alcaldes, concejales y administradores municipales, con posterioridad este año 2016 se agregaron otras investigaciones administrativas y penales.¹⁰ El objeto principal de ellas establecer las responsabilidades por falta de probidad en la adjudicación y ejecución de los contratos de concesión de recolección residuos sólidos domiciliarios.¹¹

⁹ <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/04/680-625709-9-negocio-de-la-basura-el-cuestionado-contrato-que-dio-origen-a-investigacion-por.shtml>

¹⁰ "La Fiscalía Metropolitana Occidente tendrá seis meses más para investigar los presuntos delitos de corrupción ocurridos supuestamente en las municipalidades de Maipú y Cerro Navia, en el marco del denominado caso Basura. Ello, luego que este martes 10 de mayo de 2016, el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago aceptara ampliar el plazo de indagatorias y otorgara 180 días más para la realización de diligencias pendientes. En la causa, la Fiscalía persigue a 17 personas -una ya fue condenada en un procedimiento abreviado- por su presunta vinculación con delitos de asociación ilícita, fraude al fisco, cohecho, malversación de fondos públicos y lavado de dinero. De ellos, solo el concejal de Maipú, Marcelo Torres, permanece en prisión preventiva desde septiembre del año pasado. Dicha autoridad comunal es investigada por ser el presunto líder de una "organización criminal" para sustraer recursos públicos. Según la indagatoria -encabezada por el fiscal regional José Luis Pérez Calaf- Torres habría contactado al resto de los 17 imputados en la causa para coludirse y recibir sobornos de particulares, específicamente de la empresa KDM, al momento de las licitaciones de la basura. De esta manera, el concejal habría sido el nexo entre los empresarios y los funcionarios públicos para realizar actos de corrupción, los que generaron ganancias de manera ilícita para las personas involucradas. La investigación penal también involucra a al alcalde de Maipú, Christian Vittori, y al alcalde de Cerro Navia, Luis Plaza.".

Fuente: Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/05/10/802043/Caso-Basura-fiscalia-tendra-seis-meses-mas-para-investigar-presuntos-delitos-de-corrupcion.html>

¹¹ <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/04/680-625709-9-negocio-de-la-basura-el-cuestionado-contrato-que-dio-origen-a-investigacion-por.shtml>

4. Conclusiones.

Al final de esta breve comunicación, cuyo objeto ha sido mostrar con un caso común de servicio municipal que el dilema de la gestión pública o privada de los servicios locales, no siempre pasa por el modelo de gestión.

En efecto, en el caso del servicio público de recolección de residuos sólidos o simplemente de aseo comunal, con independencia de quien lo preste, se han evidenciado las mismas falencias de sustrato basal. Fenómenos transversales, que cruzan la totalidad de la actuación del Estado. Por una parte, lo más complejo la ausencia de vocación de servicio público de autoridades y funcionarios, por otra, la ausencia de conciencia humana y social de las condiciones laborales de quienes prestan el servicio, gestionando esta actividad bajo un solo parámetro el mercado y el menor coste económico.

Por ello, he llamada a esta comunicación el falso dilema de la gestión pública o privada de los servicios locales, pues realmente en principio o por definición, lo relevante en este tema no es quien presta el servicio o por cuenta de quien se presta, sino la calidad del mismo, las condiciones en que se realiza y no olvidar en ningún momento la titularidad pública del mismo y su naturaleza de servicio público, para satisfacción de necesidades de esa misma naturaleza de la comunidad local.

Creo que inicialmente, podría tratarse esta materia desde un soporte común, abogando por el debido cumplimiento del servicio, estableciendo sus condiciones generales de prestación, los niveles mínimos de calidad y universalidad y permitir, en la autonomía local la elección del mejor modelo para esa comunidad de gestión pública o privada.

El estudio del núcleo del servicio, las prestaciones y la estandarización de las condiciones de la acción municipal como titular del mismo, generando condiciones de prestación o de bases de licitación comunes o generales, que puedan homologar las condiciones del servicio, pueden constituir un primer paso serio en mejorar el sistema. Asimismo, el asociativismo municipal para conseguir mejores condiciones de mercado o el ejercicio mancomunado de la actividad también serviría de ayuda.

Finalmente, estimo que cualquier mejora solo será posible con un refortalecimiento ético de la función pública y una adecuada fiscalización de la legalidad y gestión de estos servicios. En espera de un mejor futuro, para la recolección de los residuos sólidos domiciliarios, acabo esta breve comunicación, esperando la primacía de la moral y las buenas costumbres en lo público, ya que ellas pueden más que las mejores leyes.

5. Bibliografía.

- HUIDOBRO SALAS, RAMÓN.
 - DERECHO Y ADMINISTRACIÓN COMUNAL, Tomo III del Tratado de Derecho Administrativo, Legalpublishing Chile, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, 200 pp.
 - CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL EN CHILE”, en el libro: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Volumen I, ADRUS EDITORES S.A.C, Lima, Perú, 2013, pp.503-521.