

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES PRESTADOS POR PARTICULARES. EL CASO DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE EN EL MUNICIPIO DE AGUASCALIENTES

Claudio Antonio GRANADOS MACÍAS

Afirmar que el recurso de amparo sólo procede contra actos de autoridad, implica dar por bueno el presupuesto de que las lesiones de los derechos fundamentales sólo pueden motivarlas los poderes públicos.

Pedro de VEGA GARCÍA

SUMARIO: I. Introducción. II. Las tarifas. III. Las tarifas en los servicios públicos de gestión estatal. IV. Sistemas tarifarios en los servicios públicos de gestión privada. V. Sistema de regulación por tasa de rentabilidad. VI. Sistema de regulación por precios máximos. VII. La regulación en la prestación del servicio público concesionado de agua potable en el municipio de Aguascalientes y sus consecuencias. VIII. Acceso a la justicia de los usuarios de servicios públicos municipales prestados por particulares. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las profundas transformaciones de los años noventa generaron un nuevo mapa social, redefinieron la agenda pública y reconfiguraron los marcos institucionales. En este contexto de transformaciones, la sociedad civil se

desempeñó como sustituta del Estado asumiendo un rol reparador de las consecuencias negativas generadas por los mercados, ayudando a paliar las más diversas problemáticas sociales generadas por el cambio del Estado de bienestar a uno de corte liberal. En México, el presidente Carlos Salinas de Gortari lo llamó *neoliberalismo social*.

En este escenario se redefinió, por un lado, la concepción del rol estatal y la gestión pública y, por otro, el concepto de gobernabilidad. Esta gobernabilidad hace referencia al

pluralismo de actores, a la multiplicidad de ámbitos institucionales, a los medios formales e informales de interacción entre los sectores público y privado, a las complejas relaciones de interdependencia entre los sectores público y privado, a las relaciones de interdependencia entre niveles de gobierno y a la movilización de redes organizacionales que se dan en torno de las políticas públicas.¹

Este trabajo pretende dar cuenta de las prácticas de actores gubernamentales, de la sociedad civil, concesionarias y usuarios de servicios públicos municipales, en torno a la cuestión del acceso y consumo de los servicios públicos privatizados a través de una concesión, partiendo del estudio de los sistemas de retribución de los servicios y los medios de solución de conflictos en la relación entre usuarios y prestador a través de la protección del consumidor y la tutela jurisdiccional.

La retribución de la prestación de un servicio público es el elemento principal de cualquier política regulatoria. No en vano el Consejo de Estado francés ha caracterizado a la retribución del prestador como el aspecto central respecto del cual debe proceder cualquier análisis necesario para la resolución de un conflicto vinculado a un servicio público.²

Desde un punto de vista conceptual, todas las modalidades de regulación de la retribución de un servicio público persiguen un objetivo en común: compensar los efectos de la falta de concurrencia en el mercado.

¹ Rhodes, Rod, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, 1997. Citado por Martínez Nogueira, Roberto, *Transformación institucional y organizacional para el desarrollo agroalimentario y rural de América Central*, Guatemala, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 13.

² Campolieti, Federico, “Los sistemas de retribución de los servicios públicos. Responsabilidad, contratos y servicios públicos”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 65.

De ahí que la finalidad de la regulación se oriente a permitir que una determinada actividad económica funcione en condiciones aceptables para el interés público.

II. LAS TARIFAS

La tarifa, podemos señalar, es el primer medio de defensa del usuario de un servicio público cuando éste es prestado por el Estado o un particular en condiciones de monopolio, ya que las características del mismo no permiten la concurrencia en el mercado, como ocurre en el caso concreto del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aguascalientes.

Señalamos que la tarifa es un medio de defensa del usuario, ya que el cuadro tarifario que señala el precio que ha de pagarse por el consumo del servicio se fundamenta en diversos factores, como son la calidad del servicio, el destinatario del mismo, su capacidad económica, el sector al que se presta, el costo de producción y el mantenimiento de la red (caso del agua) entre otros más. El caso es que para la emisión de las tarifas, nuestro sistema jurídico contempla la operación de todo tipo de órganos reguladores, tuteladores y supervisores de la prestación de un servicio público que en su calidad de reguladores tienen la obligación de proteger el bienestar de los consumidores, y por tanto al emitir el cuadro tarifario, la emisión de éste tiene un propósito de defensa del usuario que tendrá la certeza del costo del servicio, el cual por sus condiciones no se deja a la especulación de las fuerzas del mercado.³

La tarifa es el conjunto de tasas o precios que retribuyen la prestación de un servicio público.⁴ Al respecto, señala el *Diccionario jurídico mexi-*

³ En el caso del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aguascalientes, el órgano regulador del mismo es la Comisión Ciudadana de Agua Potable y Alcantarillado del Municipio de Aguascalientes (CCAPAMA), y dentro de la integración del organismo rector existe un consejo ciudadano, que es el encargado de revisar y aprobar trimestralmente el cuadro tarifario a aplicarse a los usuarios del servicio. La integración de este órgano ciudadano contempla la participación de representantes de las cámaras empresariales, los colonos del ayuntamiento, el sector obrero, el Poder Legislativo, el Instituto del Agua, la Secretaría de Desarrollo Social y el propio ayuntamiento, presididos por el director del órgano regulador. Artículo 5o., fracción II, del Reglamento del Organismo Público Descentralizado de Agua Potable del Municipio de Aguascalientes.

⁴ Campolieti, *op. cit.*, nota 2, p. 65.

cano que el concepto de tarifa se encuentra íntimamente ligado a la figura de la concesión, en virtud de que el Estado otorga a los particulares la realización de aquellos servicios públicos que no puede atender en forma directa, y como contraprestación se establece una cuota general que servirá para cubrir el importe del servicio otorgado.⁵

Por su parte, Rafael Martínez Morales comenta:

la tarifa, denominada así en nuestro país, la cobra el concesionario; dicha tasa es previamente aprobada por el Estado, según su propio criterio, el cual se debe basar en que el importe de la tarifa tenga un carácter compensatorio, justo y razonable, y que permita un lucro equitativo, de acuerdo con los intereses comunes del concesionario y los usuarios. Se puede pensar que la tarifa entonces ha de ser cierta, de carácter reglamentario, fijada por la administración pública, modificable por ésta en cualquier momento, y que su importe sea justo.

La tarifa o cuadro tarifario representa un catálogo de tasas o precios que se aplica según las distintas categorías de usuarios. Por su parte, la tasa o el precio es la contribución económica exigida individualmente a cada usuario por la prestación del servicio.

En este esquema, los conceptos de “tasa” y “precio” no son sinónimos, sino que se hallan vinculados respectivamente con la utilización obligatoria o facultativa del servicio por parte del usuario y con el carácter en que se presta el servicio, según sea el caso.⁶

En relación con este último criterio de clasificación, cuando existe un servicio público que se presta en condición de monopolio legal o natural,⁷ seguramente existirá la fijación de una tarifa por parte de la autoridad estatal. En este caso, corresponde la utilización del concepto de “tasa” para denominar la retribución exigible al usuario.

En contrapartida, la idea de precio debe reservarse para aquellos servicios que normalmente se prestan en competencia. Si bien es posible

⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 3055.

⁶ Campolieti, Federico, *op. cit.*, nota 2, p. 66.

⁷ Existe monopolio natural cuando se logra mayor eficiencia económica atendiendo el mercado con un solo prestador que con varios prestadores. En estos casos el régimen de competencia no es deseable por antieconómico, al alejarse del principio de menores costos de producción. Bustamante, Jorge, *Desregulación*, citado por Campolieti, Federico, *op. cit.*, p. 67.

asociar el término “precio” a la retribución de un servicio público, en su formación intervienen factores de mercado aun cuando la regulación no siempre se encuentre ausente, a diferencia de la tasa, de estricto carácter reglamentario.

Puede ocurrir que en aquellos servicios públicos prestados en concurrencia, la regulación no haya considerado conveniente establecer cuadros tarifarios, y que la retribución del prestador se alcance a través del libre juego de la oferta y la demanda. En los casos en donde la competencia sea óptima, la regulación de precios es perniciosa en tanto termina identificándose con un costo adicional que en definitiva asumen los usuarios del servicio.

III. LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE GESTIÓN ESTATAL

Una de las variantes más intensas de intervención estatal en la economía de los sistemas capitalistas bajo el esquema keynesiano o de economía mixta, como ocurre con el modelo mexicano, es la prestación de los servicios públicos de modo directo por parte del Estado.

La asunción del Estado de actividades comerciales e industriales es un fenómeno que se produce continuamente después de la Segunda Guerra Mundial. En México es en el sexenio de Miguel Alemán⁸ donde el proceso inicia y se extiende hasta mediados de los años ochenta.

Los servicios públicos gestionados por el Estado se lo hacen a través de entes de derecho público, generalmente perteneciente a la administración centralizada, desconcentrada o descentralizada, u otros diversos. En los servicios públicos de gestión estatal, las tarifas son fijadas por el propio prestador, es decir, el Estado. Según lo determine la regulación de cada caso, la autoridad pública que fija las tarifas puede ser la propia administración central o la entidad estatal que presta el servicio.⁹

Las tarifas de los servicios públicos integran la ecuación general de la propia economía estatal. Si bien, en el caso en que el servicio sea presta-

⁸ El milagro político de México maravilló hasta 1968 a propios y extraños. Se dice que De Gaulle lo consideraba notable, que algunos gobiernos enviaron especialistas para analizarlo con miras a adoptarlo, que era la envidia de los gorilas, los dictadores militares latinoamericanos. Krauze, Enrique, *La presidencia imperial*, 5a. ed., México, Tusquets editores, 1999, p. 118.

⁹ Campolieti, Federico, *op. cit.*, nota 2, p. 68.

do por una persona jurídica descentralizada de la administración, existirá una contabilidad separada, pero lo cierto es que en la realidad sus cuentas no se distinguirán del presupuesto general. En última instancia, el principio de unidad del patrimonio estatal confundirá los ingresos y egresos de las entidades descentralizadas que prestan los distintos servicios con los propios del erario estatal.

En los servicios públicos de gestión estatal no siempre los valores establecidos en las tarifas son representativos del costo de prestación del servicio. Existe, ciertamente, un alto grado de discrecionalidad en la fijación de las tarifas.

Sucede frecuentemente que la prestación del servicio público no se atribuye solamente con las tasas que abonan los usuarios, sino que una parte de los costos es directamente afrontada con impuestos generales. En otros casos, consideraciones de interés público determinan que no se exija el pago de tasas por la prestación del servicio que, en definitiva, se subvenciona con otros ingresos. En México, hasta bien entrada la década de los años ochenta el financiamiento del gasto público se obtenía principalmente de la venta de petróleo,¹⁰ siendo nuestra economía dependiente de este recurso natural, que por consiguiente servía principalmente para subvencionar los gastos del Estado, con lo que se proporcionaban los recursos para cubrir los servicios públicos que prestaba la administración pública.

Es común también que las tarifas no sean fijadas con criterios económicos estrictos, sino que respondan a objetivos políticos concretos.¹¹

¹⁰ En 1982 estalló la crisis económica que cambió la configuración del sector público mexicano. Esta crisis puso al descubierto una economía petrolizada, dependiente del endeudamiento externo y con un sector público con muchas empresas, no todas ellas correspondientes al quehacer estatal. Cámara de Diputados, *Evolución y estadísticas del gasto público en México, 1980-2002*, México, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Congreso de la Unión, 2003, pp. VIII y IX.

¹¹ Es un hecho que en México se requieren urgentemente inversiones en la infraestructura hídrica de las principales ciudades para generar un proyecto de viabilidad a largo plazo que asegure el abasto del recurso a todos los usuarios del servicio; sin embargo, es un hecho que las pésimas políticas en torno al tema del agua en el país han generado su insostenible sistema de prestación al no haber un esquema de recuperación de los costos de extracción, suministro y recuperación del recurso, como lo señaló la Comisión Nacional del Agua en un comunicado que señala: “Sufren al cobrar el agua. El sistema de servicios de agua en México opera con números rojos. La Comisión Nacional del Agua recauda sólo 37 por ciento de los derechos por el aprovechamiento de aguas nacionales, y los organismos operadores estatales y municipales cobran solamente el 35 por ciento del líquido que surten. En tanto, más de 10 millones de mexicanos carecen de agua potable en

En algunos casos la fijación de las tarifas por parte del Estado persigue finalidades antiinflacionarias o de redistribución de ingresos. También es usual observar subsidios cruzados entre las distintas categorías de usuarios (luz, agua, en razón a su localización, grupo social, nivel de marginación, etcétera).

Todos estos ejemplos en los cuales la fijación de las tarifas procede de criterios políticos no sólo determina que resulte discutible su criterio de justicia,¹² sino que puede ser sumamente perjudicial para el servicio en el largo plazo en la medida en que no estén asegurados los costos de prestación y de expansión.

IV. SISTEMAS TARIFARIOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE GESTIÓN PRIVADA

Existen ciertos caracteres de las tarifas de los servicios públicos comúnmente respetados en todos los sistemas regulatorios basados en la gestión privada del servicio, los cuales podemos clasificar en:¹³

a) *Aprobación estatal del cuadro tarifario*. Las tarifas son aprobadas por la autoridad estatal competente a través del dictado de un acto administrativo de alcance general. De ello se deriva la naturaleza reglamentaria de la tarifa. Es usual que los contratos de concesión o las licencias otorgadas para la prestación de los servicios públicos garanticen al prestador, ciertas pautas relacionadas con las tarifas del servicio; por ejemplo, la neutralidad tributaria, los modos de actualización y ajuste, la cobertura de costos de prestación, etcétera. No obstante, esta circunstancia

su casa, y sólo el 30 por ciento de las aguas residuales municipales recibe tratamiento. El crecimiento demográfico y el deterioro de la infraestructura existente exigen inversiones que se estiman en 50 mil millones de pesos anuales. En 2006, se gastaron sólo 21 mil millones”. Para los organismos operadores, la utilización de criterios políticos al fijar las tarifas y la insuficiente inversión federal y estatal impiden enfrentar los rezagos. Alatorre, Adriana, *Agencia Reforma, Hidrocálido*, sección B, 27 de agosto de 2007, p. 1.

¹² En el caso mexicano, hay que recordar que la construcción del Estado revolucionario, cuya filosofía era eminentemente social, se basa en el principio de que el socialismo de Estado debe emprender dos tareas, íntimamente enlazadas por la base de una a la otra; levantar la condición de las clases inferiores y contener voluntariamente una acumulación inmoderada de las riquezas en determinadas capas sociales y entre determinados miembros de la clase poseedora. Astudillo Ursúa, Pedro, *Lecciones de historia del pensamiento económico*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 153.

¹³ Campolieti, Federico, *op. cit.*, nota 2, p. 69.

no desnaturaliza el carácter reglamentario de la tarifa, es decir, el nivel de precios del servicio dependerá de la fijación que realice la autoridad estatal aun cuando deba respetar los patrones establecidos en la licencia o en el contrato del prestador.

b) *Principio de razonabilidad de las tarifas*. Las tarifas deben ser justas y razonables, principio que vale tanto para el prestador del servicio como para el usuario. En la retribución de un servicio público en donde los precios no se forman con la libertad propia de las reglas de mercado existe un acto de autoridad que establece dicha retribución, que no debe ser ajeno al marco de razonabilidad exigido a toda actividad estatal.

c) *Principio de igualdad*. Este principio en materia tarifaria se deriva del principio de igualdad ante la ley.¹⁴ La regla general consiste en que la tarifa de un servicio público no puede discriminar injustamente a usuarios de la misma categoría o clase de servicio en similares condiciones.

d) *Principio de proporcionalidad*. Este principio se vincula con el costo del servicio, que debe ser proporcional al precio o tasa que abona el usuario.¹⁵ Siempre es más justo que un servicio sea costado económicamente por quienes efectivamente lo utilizan, en lugar de que lo sea por toda la comunidad indiscriminadamente. Por ello, cuando un servicio es retribuido total o parcialmente con impuestos o subsidios cruzados se atenta contra el principio de proporcionalidad. Por el mismo motivo, un servicio que se remunera con un cargo fijo no respeta el principio de proporcionalidad, dado que no refleja la distinción entre usuarios de acuerdo con el grado de utilización efectiva del servicio.¹⁶

¹⁴ Igualdad es un término ambiguo, porque puede examinarse a través de diversos sentidos. Se pueden reconocer, al menos los siguientes: a) como valor superior e informador del ordenamiento jurídico justo; b) como situación a alcanzar, o sea, igualdad material, y c) como regla de tratamiento entre semejantes. *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario 2005*, México, UNAM-Porrúa, 2005, p. 394.

¹⁵ En un aspecto general es la relación de conformidad que existe entre el todo y cada una de sus partes o de cosas relacionadas entre sí. En el derecho tributario, este principio exige que la carga impositiva derivada de los gastos públicos se ajuste a la capacidad contributiva de los sujetos obligados. *Diccionario Jurídico Mexicano, cit.*, nota 5, p. 2537. La Constitución claramente acoge este principio en el artículo 31, fracción IV, cuando señala: “Son obligaciones de los mexicanos: IV Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

¹⁶ El cargo fijo fomenta la sobreutilización del suministro y atenta contra la gestión eficiente del servicio. Kaufman, Gustavo, *Tarifas de servicios públicos*, citado por Campolieti, Federico, *op. cit.*, nota 2, p. 70.

e) *Garantía de razonable rentabilidad*. En actividades económicas reguladas es lógico que se garantice una tasa de rentabilidad razonable al prestador. Si una determinada actividad económica es sustraída del principio de libertad de ejercicio y cae en la órbita de la regulación, el único mecanismo que permite despejar los riesgos de explotación es garantizar una determinada rentabilidad. En el caso de los servicios públicos, la tarifa fijada por una autoridad estatal debe permitir que el prestador obtenga una ganancia justa y razonable.¹⁷ La garantía de razonable rentabilidad del prestador se justifica por cuanto su actividad es regulada. Esta garantía funciona simultáneamente como un mínimo y un máximo que integra la ecuación económica del prestador.

En este sentido, los sistemas tarifarios de regulación por tasa de rentabilidad (*rate return*) y de regulación por precios máximos (*price cap*) prevén en sus esquemas un justo retorno para la actividad desarrollada por el prestador del servicio, lo que se traduce también en un mecanismo de efectiva protección del usuario.

En el primer caso, se establece un porcentaje de ganancia invariable sobre el capital invertido que históricamente se ha fijado entre márgenes de un 5% a un 15%. Los porcentajes de rentabilidad se fijan según las circunstancias en que se presta el servicio, el riesgo propio de explotación, etcétera. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que una razonable tasa de rentabilidad es aquella que se aproxima a las ganancias obtenidas sobre el capital invertido en otros proyectos, en los cuales los riesgos involucrados y las condiciones de prestación del servicio son similares.¹⁸

En el sistema de regulación de precios máximos, los costos de prestación del servicio, las amortizaciones y la utilidad se incluyen en el precio máximo aprobado a priori por la autoridad estatal, tomando como referencia la prestación del servicio por parte de un prestador modelo con un estándar medio de eficiencia. Si el prestador logra ser más eficiente que el modelo ideado por la autoridad estatal, su ganancia o utilidad será mayor. Si su resultado económico es menos eficiente que el estándar medio utilizado como parámetro en la regulación, su ganancia será menor a la esperada.

¹⁷ Señala Acosta Romero que cuando el Estado agrava las condiciones de la prestación del servicio debe: I. Indemnizar al concesionario; II. Otorgarle subsidios fiscales, y III. Permitir la elevación de las tarifas. *Derecho administrativo. Parte general*, México, Porrúa, 2002, p. 473.

¹⁸ Campolieti, *op. cit.*, nota 2, p. 72.

V. SISTEMA DE REGULACIÓN POR TASA DE RENTABILIDAD

El sistema de regulación por tasa de rentabilidad fue utilizado fundamentalmente hasta finales de la década de 1980, con amplia difusión en el esquema regulatorio de Estados Unidos. Si bien no ha sido abandonado, su utilización como técnica de regulación tarifaria ha disminuido en la actualidad.

El sistema funciona a partir de que la autoridad regulatoria fija una tasa de retorno razonable para el prestador, que se aplica sobre el costo total de explotación del servicio. El prestador realiza imputaciones de gastos para la prestación del servicio, y una vez aprobados por la autoridad regulatoria tiene derecho a que se fije una tarifa representativa de sus costos y de la tasa de retorno establecida.

En este esquema la tarifa se compone de los costos de explotación, las amortizaciones y una tasa de retorno, que es la utilidad del prestador. El beneficio o ganancia para el prestador se alcanza multiplicando el capital invertido total por la tasa de retorno previamente fijada por la autoridad regulatoria.¹⁹

La tasa de retorno puede mantenerse invariable durante todo el periodo en que el prestador tiene a su cargo el servicio. Sin perjuicio de que en muchos casos la determinación de la tasa de retorno contiene cierta subjetividad que obedece a criterios de razonabilidad económica, es posible que en función de circunstancias particulares del servicio que se trate y de riesgos mayores o menores en momentos determinados se aumente o se disminuya el porcentaje de rentabilidad.

Los elementos que componen el costo del servicio son aquellos necesarios para la prestación del servicio. Existen distintos métodos para valorar estos costos. En efecto, es probable que en el momento en que se realiza la inversión sea ésta representativa de un determinado costo, pero al momento en que se la evalúa a los fines de la determinación de la tarifa ese costo haya variado y sea representativo de un valor distinto. Por ello, existen distintos métodos a ser considerados, como el costo real, el valor libro, el costo original de las inversiones, el costo de reposición, el valor fiscal de los bienes utilizados, el valor de mercado, etcétera. En

¹⁹ Bianchi, Alberto B., “La tarifa en los servicios públicos”, *Temas de derecho administrativo, en honor al profesor doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, p. 212.

Estados Unidos se admite que una tarifa justa y razonable es aquella que refleja el valor justo, que combina varios métodos de los precedentemente enumerados.

La idea básica de este modelo, podemos concluir, es la de permitir al operador regulado la recuperación de los costos invertidos, obteniendo además beneficios razonables en función del capital invertido. Así, se le permite cierta libertad al operador para que fije los precios de sus diferentes servicios, estableciendo un límite máximo de ingresos, calculados a partir de sus gastos (costos de operación, amortizaciones e impuestos) y la tasa permitida de rendimiento de capital.

El mayor inconveniente de la regulación por tasa de retorno es el de crear incentivos a los regulados diferentes de los que éstos tendrían en un entorno de concurrencia en el mercado, al no incentivar en absoluto las mejoras en eficiencia técnica, promoviendo incluso la sobreinversión o la subvención cruzada entre servicios regulados y no regulados. Asimismo, en contra de su aplicación, cabe señalar su alto costo regulatorio, ya que se necesita un grupo de profesionistas de diversas áreas, como abogados, contadores, economistas, entre otros, sólo para recopilar los datos de costos requeridos por este modelo, así como para determinar el perfil de amortización de los activos o la tasa de rendimiento de capital.²⁰

En definitiva, aunque el modelo de tasa de retorno tiene el atractivo político de controlar los beneficios obtenidos por el regulado, su principal defecto es su pobre promoción de la eficiencia, y como resultado a largo plazo, de reducciones en los precios, lo que ha generado que se busque un esquema que incentive la eficiencia, como ocurre con el sistema del *price cap*.

VI. SISTEMA DE REGULACIÓN POR PRECIOS MÁXIMOS

1. *Funcionamiento*

El sistema de precios máximos surge en Inglaterra durante la década de 1980, como una reacción al sistema de regulación por tasa de retorno. El sistema llamado *price cap* fue propuesto por Stephen Litt-

²⁰ Neder, Enrique Ángel, Comentario al trabajo “Trade performance and regulatory regimes”, Departamento de Economía y Finanzas, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, p. 5.

lechild²¹ en un informe gubernamental en 1983; se utilizó el sistema en la privatización de British Telecom.²² Sus ventajas permitieron que rápidamente se expandiera a otros sistemas regulatorios de Europa continental, junto con las ideas del libre mercado de Hayek impulsadas por la ex primera ministra inglesa Margaret Thatcher.

Bajo este sistema, conocido mundialmente como RPI-X, la autoridad regulatoria fija niveles tarifarios máximos por un periodo de tiempo determinado, ajustables según un índice de precios minoristas. El prestador es libre de exigir a los usuarios el pago del precio máximo fijado a un precio menor.

El precio máximo es fijado por la autoridad regulatoria de acuerdo con un estándar de eficiencia media, permitiendo que el prestador que alcance dicho estándar pueda cubrir los costos de la prestación del servicio y las amortizaciones, así como obtener una rentabilidad razonable.

Como el sistema de precios máximos consiste en la fijación de tarifas máximas por un periodo determinado, la regulación debe permitir que un prestador que opere eficientemente obtenga una tasa razonable de rentabilidad. Por ello, se deben estimar niveles de precios de los costos futuros para poder establecer un precio inicial razonable. Si la fijación del precio máximo inicial es correcta, el prestador puede obtener ganancias mayores a la rentabilidad promedio esperada, en la medida en que reduzca sus niveles de costos, para que resulten menores a los estimados.

En síntesis, si el prestador supera el índice de eficiencia que contiene su precio máximo, obtendrá una rentabilidad mayor. Del mismo modo, si el prestador no alcanza el nivel de eficiencia media requerido por la autoridad regulatoria y plasmado en el precio máximo, su rentabilidad será menor a la esperada.

²¹ Stephen Littlechild es profesor en la escuela de negocios de la Universidad de Cambridge y miembro de la Comisión de Fusiones del Reino Unido. En 1983 propuso lo que hoy se conoce como modelo de regulación de precios tope, como una alternativa para solucionar los problemas que acarrea la regulación de las empresas de servicios públicos en el Reino Unido, las cuales iban a ser privatizadas. En su propuesta original, Littlechild planteó que las tarifas de los servicios públicos debían ajustarse por una fórmula que considerara los cambios en los precios de la economía, es decir, la tasa de inflación, a la que se le restaría un factor de descuento, al que denominó factor X, en relación con los precios minoristas. http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/Regulaci%C3%B3n%20del%20sector_Promoviendo%20la%20competencia%20y%20la%20reducci%C3%B3n%20de%20tarifas.pdf, 11 de septiembre de 2007.

²² Campioletti, *op. cit.*, nota 2, p. 74.

2. *Revisiones y ajustes tarifarios bajo el sistema de price cap*

El sistema de precios máximos presenta un modo particular de ajustar la estructura y el nivel tarifario a través del tiempo. En general, se prevén tres tipos tarifarios.²³

A. Ajustes de tratamiento preestablecido o ajustes automáticos

Estos ajustes reflejan el cambio total de los índices de costos durante un mismo periodo de análisis, permitiendo mantener el precio real del servicio al adecuarlo a la realidad económica, sea inflacionaria o deflacionaria.

Estos ajustes conceden al prestador una estabilidad real de los ingresos, necesaria para adquirir el financiamiento de sus gastos de capital. A los cambios exógenos que representan los costos se contraponen un índice que neutraliza los efectos positivos o negativos de las variaciones.

La aplicación de este tipo de ajuste automático elimina la necesidad de realizar un estudio frecuente de costos. Se trata, por el contrario, de un proceso simple y transparente. Una vez que se verifica la variación del índice elegido, se altera la fórmula originaria, modificándose el resultado final de la tarifa.

B. Ajustes periódicos

En este caso, estos ajustes son producto de las revisiones integrales que se realizan a la finalización de un determinado periodo, con objeto de establecer los nuevos precios máximos que rigen durante el periodo siguiente.

En este caso, la regulación establece la realización de revisiones periódicas de tarifas, que por lo general se efectúan cada cinco años. A diferencia de las revisiones automáticas, las revisiones periódicas son integrales y se desarrollan a partir de modelos estadísticos y estudios de costos del operador.

²³ *Ibidem*, p. 76.

C. Ajustes no recurrentes

Con el precio máximo fijado para un periodo determinado, existen riesgos exógenos a la prestación del servicio; por ejemplo, la modificación por causas imprevisibles de los costos de los insumos necesarios o imprescindibles. Normalmente la regulación despeja este tipo de alza mediante la previsión de estos ajustes no recurrentes.

Por lo general, las normas regulatorias que prevén estos ajustes exigen que para su aplicación se verifique el acaecimiento de circunstancias extraordinarias y no previstas, que justifiquen una alteración de los precios máximos aun cuando no haya finalizado el periodo para el cual fueron fijados.

En muchos casos la regulación exige la participación de los usuarios en los procedimientos de determinación de la nueva tarifa a través de audiencias o consultas públicas.

Podemos concluir que la propiedad fundamental del modelo de precios máximos es la de incentivar la eficiencia técnica del operador regulado. Al fijarse un límite máximo para los precios que éste puede cobrar a sus clientes, el único medio de incrementar sus beneficios es mejorar su eficiencia técnica e innovar, esto es, aumentar su margen de beneficio reduciendo los costos.

VII. LA REGULACIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO CONCESIONADO DE AGUA POTABLE EN EL MUNICIPIO DE AGUASCALIENTES Y SUS CONSECUENCIAS

1. Actualidad en la prestación de los servicios públicos y su vinculación con los derechos sociales

Como ya lo hemos señalado, la reorientación económica, política y social del México actual ha obligado al Estado a replantearse la problemática de mantener, a través de sus instituciones, el mantenimiento y prestación de los servicios públicos considerados esenciales para el buen desarrollo del país. Temas como la concesión del servicio de agua potable y alcantarillado eran virtualmente impensables hace veinticinco años, lo que hoy es una realidad; todo debido a las ideas de un Estado más eficiente y ordenado, que requiere forzosamente la eficiencia como punto de subsistencia en una sociedad cada vez más demandante y ante un

contexto de libre mercado, que solicita mejores prestaciones para invertir en cualquier país. Hoy el concepto tradicional de servicio público consideramos debe evolucionar, y con él sus elementos y características.

Miguel Acosta Romero señala en su obra de derecho administrativo como concepto de servicio público

la actividad encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares mediante concesión.²⁴

A su vez, Manuel Añorve Baños propone un concepto de servicios públicos en el ámbito municipal, señalando:

los servicios públicos municipales se definen como la prestación concreta tendiente a satisfacer necesidades públicas y que es realizada directamente por la administración pública o por los particulares mediante concesión, arriendo o reglamentación legal, determinando las condiciones técnicas y económicas como deben prestarse, a fin de asegurar su menor costo, eficiencia, continuidad y eficacia.²⁵

Son sus caracteres, según Jorge Fernández Ruiz, “la generalidad, igualdad, regularidad, continuidad, obligatoriedad, adaptabilidad, permanencia y gratuidad”.²⁶

Una vez esbozados los elementos generales de los servicios públicos, comprendemos que atendiendo a sus diferentes elementos, algunos de éstos podrán constituirse en necesidades fundamentales para el simple sostenimiento de una sociedad. Baste señalar el servicio de agua potable y alcantarillado que brindan los municipios del país a sus ciudadanos, y sin el cual no sería viable el sostenimiento de una comunidad;²⁷ además

²⁴ Quintana Roldán, Carlos, *Derecho municipal*, 3a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 436.

²⁵ Añorve Baños, Manuel, *Servicios públicos municipales*, México, Porrúa, 1998, p. 89.

²⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1999, p. 108.

²⁷ En Aguascalientes, esos servicios (agua potable y alcantarillado) llegaron a un umbral crucial en su funcionamiento, y de la solución que se adopte dependerá una buena parte de su dimensión metropolitana. En 1989, 18 de las 93 principales urbes del país enfrentaban severos problemas de abastecimiento del agua que llegarán a otras tantas ciu-

el solo hecho de restringirlo vulnera un número importante de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, y que por sí mismos imponen su obligatoria distribución a los derechohabientes de ella (la restricción o negación del servicio de agua potable y alcantarillado a un ciudadano vulneraría el derecho a la vida, a un medio ambiente adecuado y a la salud, sólo a manera de ejemplo, sin contar los numerosos instrumentos internacionales signados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos, donde además se plantea crear como derecho fundamental el del uso y disfrute del agua potable ya señalado en el Foro Mundial del Agua, celebrado en la ciudad de México en el año 2006).

Durante el inicio del siglo XX el crecimiento de la población, el mejoramiento en la calidad de vida y los avances tecnológicos, generaron el establecimiento de Estados con una concepción distinta al del Estado liberal decimonónico, que atendía a reconocer al hombre una serie de derechos fundamentales inherentes a la persona como individuo no vinculado a una colectividad (derechos humanos de primera generación).

Lo anterior generó una lucha que llevaría a reconocer los derechos sociales de la masa que se identifica con las mismas carencias, defectos y vulneraciones frente al Estado mismo, o el particular que acumula poder político, económico y social, reconociendo al individuo colectivo desprotegido y se le conceden una serie de derechos propios del Estado social, como es el acceso a una vivienda digna, educación gratuita, derecho a la salud, etcétera, iniciando lo que sería catalogado como la creación de derechos fundamentales de segunda generación, y que se institucionalizaron en casi todo el mundo con una concepción de organización occidental después de la Segunda Guerra Mundial con la suscripción de la Carta Universal de los Derechos del Hombre, de 1945.

Los derechos sociales, o de segunda generación, produjeron un formalismo estatal que derivó en la no consecución y realización de lo inscrito en su texto constitucional y propuesta ideológica, constituyéndose los derechos sociales en los llamados derechos imposibles,²⁸ que en los paí-

dades en el mediano plazo. Ortiz Garza, José Alfredo, *Expansión urbana*, Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, p. 150.

²⁸ Germán Bidart Campos, en su obra de *Teoría de los derechos humanos*, señala que por derechos imposibles apuntamos a una categoría que, para el tema nos muestra la imposibilidad del disfrute de muchos derechos para muchos hombres cuando los condicionamientos o marcos del régimen político, por su disfuncionalidad o negatividad, ingresan al sistema insumos nocivos que bloquean o dificultan el acceso al goce de aquellos derechos, entre los que se cuentan fundamentalmente varios de tipo social, económico,

ses del primer mundo también han comenzado a honrar ese mote; esto, debido a que plantean el difícil asunto de la imposibilidad material o racional de cumplir con los preceptos constitucionales de bienestar social (derecho a vivienda digna, salud, etcétera). Algunas posiciones contemporáneas afirman que de todos modos si se modificara el presupuesto nacional, y, por ejemplo, los gastos de defensa militar u otros que puedan reputarse como discutibles y hasta desproporcionados, se derivarían en una política de prestación de servicios públicos, construcción de vivienda, o políticas de bienestar, difícilmente se podría hacer realidad la justicia social contenida en los llamados “derechos imposibles”.²⁹

Dicho de otro modo: el Estado debería primero cumplir con sus promesas hacia los habitantes, que son obligaciones constitucionales; y recién después, pensar en gastos de otro tipo. La realidad es que el Estado, durante más de medio siglo, atendió al reconocimiento de un sinnúmero de derechos fundamentales de nueva generación, que llevan en sí mismos implícita la imposibilidad material, real y, sobre todo, económica, de cumplimiento. Es por ello que en la actualidad el concepto de servicio público está en crisis, sobre todo el que lo vincula necesariamente como actividad originaria, obligatoria y gratuita del Estado, entre otros factores; la realidad estriba en que el Estado moderno es incapaz de sostener una infraestructura tendente a satisfacer todas las necesidades de la sociedad, replanteándose su verdadero papel, en cuanto a garante del Estado de derecho y ante una casi inevitable reordenación de sus funciones originarias dentro del concepto liberal de *laissez faire-laissez passer*, pero con un sentido social de proteger un *mínimo* de derechos sociales indispensables para el sostenimiento de la sociedad.

cultural, aunque acaso sean sólo derechos por analogado. Las dificultades de encarnadura en la dimensión sociológica las que a algunos incitan a desaconsejar que los derechos sociales y económicos se declaren en un catálogo incorporado a la Constitución formal, prefiriendo en todo caso su puesta en práctica por fuente de legislación infraconstitucional. No hay ningún escepticismo, sino más bien una doble precaución; por un lado, lo difícil de trasladar a una tabla normativa las exigencias de la justicia en el sector que suele llamarse de la “justicia social”; por otro, lo difícil de alcanzar formulaciones concisas y operables, con un lenguaje normativo capaz de funcionalizar la operatividad y con una capacidad de hacer “posibles” los derechos que un conjunto de condicionamientos desfavorables tiende a convertir en “imposibles”. Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 334 y 335.

²⁹ Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 325 y 326.

2. *La crisis del agua*

En los últimos doce años se ha cuestionado insistentemente (partidos políticos y agrupaciones civiles) la concesión de la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado que los gobiernos estatal y municipal del estado de Aguascalientes hicieron en octubre de 1993. Es verdad que en el momento de la concesión el tema se convirtió en un arma electoral y política que no tocaba el tema técnico o financiero que rodeaba al problema de la escasez del recurso, rehabilitación del sistema de extracción y distribución, así como de los costos inherentes a la prestación del servicio, hecho que ningún instituto político o agrupación se ha tomado la seriedad de estudiar y entender la naturaleza de esa asignación, ya que se trata de una de las políticas públicas que, con el tiempo, probaron tenazmente que fue una solución inteligente que refleja parte del cambio estructural de las políticas públicas del México moderno.³⁰

En el municipio de Aguascalientes, hoy existe una aceptación generalizada como en todo el mundo, en el sentido de que el asunto del agua, por su escasez creciente, es ya de seguridad nacional.³¹ Lo que el petróleo fue en el siglo XX, el agua lo será en el siglo XXI, y, por lo pronto, el enfoque y el manejo del agua por parte de los gobiernos son, junto con la educación y la competitividad económica, quizá la prioridad más urgente. La idea colectiva de que el agua es un “bien libre”; esto es, de libre y gratuita disposición, es una de las equivocaciones más graves para su adecuado manejo y disposición, al grado que ya es un problema, que a mediano plazo puede colapsar el desarrollo de diversas regiones del país.

Durante mucho tiempo se postuló que el uso adecuado del agua sería el resultado automático si se modificaban los patrones culturales a partir de un nuevo enfoque educativo, y que, en tal sentido, una pedagogía ecológica efectiva haría que los consumidores valoraran la escasez del recurso y, por ende, mejoraran su aprovechamiento. La tesis era muy bien intencionada, pero completamente ingenua,³² porque el tiempo demostró que ello no era suficiente para modificar los patrones culturales de uso.

³⁰ Granados Roldán, Otto, “La crisis del agua”, *Hidrocálido*, 28 de agosto de 2005, p. 7A.

³¹ Kissinger, Henry, *La diplomacia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, y Vandana Shiva, *Las guerras del agua*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003.

³² Baste recordar el programa impulsado por la antigua Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología que en el gobierno de Miguel de la Madrid, a través del *spot* publicitario

En consecuencia, se hizo un replanteamiento de fondo, en el que, para un mejor uso del agua, se requiere:³³

- a) Que el agua tenga precio;
- b) Modificar el uso de distribución del recurso de agua potable entre el sector agropecuario y el resto de los sectores económicos;
- c) Elevar el reúso del recurso hídrico, y
- d) Generar infraestructura para garantizar el abasto a largo plazo.

Las anteriores consideraciones fueron las que llevaron a la decisión de concesionar el servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aguascalientes y a construir el mayor número de plantas tratadoras de aguas residuales a nivel nacional.

3. Efectos de la imposición de tarifas en el municipio de Aguascalientes

La concesión de los servicios públicos, y en especial el de agua potable y alcantarillado, dada su naturaleza monopólica, desde el punto de vista económico, ha dado una serie de resultados, que han redundado en:

- a) Precios y tarifas que se aproximan a los costos reales de la prestación del servicio;
- b) Ajuste tarifario gradual, que permite a los usuarios, cambiar la cultura del no pago a la del pago por la prestación del servicio

Inducir un cambio en los patrones de consumo en razón de que se trata de un recurso limitado, cuyo costo es alto.

En un país de tan arraigada cultura estatista y de subsidio como México, la privatización se constituyó en la alternativa para el mejoramiento de la prestación del servicio de agua potable, y sobre todo en la modificación de los patrones de consumo y cuidado que la pedagogía ecologista aplaude, desde el punto de vista de la racionalidad del consumo del recurso.

La concesión de un servicio público como el del agua potable, aun en los casos relativamente exitosos, como en Chile o el de Cochabamba en Bolivia, que incluso llevó a una virtual paralización del país en el año

de “ciérrale”, buscó educar al pueblo mexicano, alentándolo a utilizar adecuadamente el preciado recurso natural del agua.

³³ Granados Roldán, Otto, *La crisis del agua, cit.*, nota 30, p. 7a.

2000, no han mostrado el apoyo, consenso o aprobación de la población. Toda privatización implica, en una primera fase, un alineamiento de tarifas, y sólo mucho tiempo después (como en Inglaterra y Argentina) reflejan una mejoría en los costos al usuario final.³⁴

Lo anterior explica la “rentabilidad política” en oponerse a las concesiones de todo tipo, y por consiguiente a la imposición de tarifas bajo el principio de razonable rentabilidad, aplicable a los concesionarios de los servicios concesionados.

La Unión Europea, a través de la directiva 2000/60, obliga a todos los países miembros, a que a través de sus políticas de gobierno cobre el agua y los costos ambientales y, más aún, el costo de oportunidad, es decir, los precios reales en el mercado de un recurso escaso. Así, los precios del agua en Europa han tendido a subir drásticamente, desde los 33.5 pesos por metro cúbico en España, hasta los 57 que cuesta ya en algunas partes de Alemania.

En Aguascalientes, en cambio, a pesar de los catorce años de concesión, el agua no ha alcanzado todavía, en sentido estricto, sus precios reales, pues la tarifa media ponderada entre los distintos sectores es de 8 pesos por metro cúbico. Algunos podrían alegar que el ingreso per cápita es mucho más alto en Europa que en México, pero lo que habría que analizar es el costo de “producción” del agua disponible, dependiendo de su disponibilidad, accesibilidad y rehabilitación, porque, por un lado, un litro de agua es lo mismo en Europa que en América, y, por otro lado, porque, en el caso de un bien tan específico que opera en un mercado inelástico, la disyuntiva no es si ese bien es caro o barato, sino si existe o no.

La idea de agua libre y sin costo, regresando al principio de gratuidad de los servicios públicos, es totalmente contraproducente, en la medida en que fomenta el uso irresponsable del recurso o del servicio público, que amenaza la calidad, capacidad de prestación y reserva del mismo, que compromete el futuro mismo del sistema hidrológico y el medio ambiente,³⁵ cuando es enarbolado el principio con fines políticos que crean la obligación absoluta del Estado a prestar el servicio sin lograr una retribución que le permita hacer autofinanciable el servicio.

Lo anterior no quiere decir que bajo un criterio puramente económico se vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos, y menos aún

³⁴ *Ibidem*, p. 7.

³⁵ En una nota periodística publicada en el diario *El País* se señalaba pagar más, única medida eficaz para ahorrar, Madrid, junio 28 de 2005, pp. 15 y ss.

que se le restrinja el servicio a los sectores más desprotegidos, los cuales, atendiendo a los tratados celebrados por el Estado mexicano, señalan la cantidad aceptable de agua que debe recibir un individuo para reconocerle su derecho a disfrutar de ese bien para allegarle un mínimo de calidad de vida.

La función de las tarifas es crucial para lograr el mejor uso, mantenimiento y prestación de los servicios públicos, adecuándose a la abundancia o escasez del recurso (en Aguascalientes no abunda el recurso, a diferencia de Canadá, donde abunda), la composición de los usuarios, lo que permitirá subsidios cruzados (en Cancún la zona hotelera paga el 90% de la facturación total, y permite aligerar el precio de los sectores pobres) y la existencia de una regulación que supervise, verifique y compruebe que, como hay incrementos reales en la eficiencia o productividad, decrete que la concesionaria debe bajar las tarifas en determinado momento (*price cap*).

Es evidente que este mecanismo puede, desde el punto de vista económico, dejar cierta discrecionalidad política a los reguladores, ya que incentiva a la concesionaria a falsear la información de los costos, o de plano, a abrir indebidos tratos entre la autoridad y el concesionario. Es mucho más transparente que, al tratarse de un monopolio natural regulado, los alineamientos tarifarios se determinaran desde el principio con base en los indicadores claros que emiten instituciones como el Banco de México o el INEGI, o bien los programas de inversión de la concesionaria.

En Aguascalientes hay una problemática generada desde 1963, cuando la entidad fue declarada zona de veda en materia hidráulica; esto quiere decir que, como estado semiárido, el agua es un recurso limitado, y se supone que la autoridad debe reducir al máximo nuevas explotaciones.³⁶ En la actualidad el sector industrial y de servicios aporta el 90% del

³⁶ En el periodo comprendido entre 1970 y 1990 la población económicamente activa (PEA) dependiente del sector terciario ascendió de manera considerable del 34.1 al 48.9%, para el 2000 se incrementa 54.77%. En contraste, la población ocupada en el sector primario se redujo considerablemente en el mismo periodo, al pasar de un 36.9 al 15%; esto nos indica una debacle de la economía agrícola en Aguascalientes y un fortalecimiento del desarrollo industrial. Más aún, para el año 2000 este dato disminuye todavía a 7.3%, que es una muestra clara del impacto de las políticas industriales y de un cambio de vocación productiva. El sector secundario avanzó considerablemente, mientras la economía agrícola iba en picada, al pasar de 21.3% en 1970 a 34.2% en 1990, y en el año 2000 a 35.32%. Ortiz Garza, José Alfredo, *Expansión urbana, cit.*, nota 27, p. 150.

PIB estatal,³⁷ generando una proporción equivalente de los empleos que existen en la entidad, y consume alrededor del 25% del agua, el sector agropecuario, en cambio, produce menos del 5% del PIB, y menos del 3% de los empleos, pero se lleva cerca del 70% del agua potable de la entidad. Éste es el problema central y el más grave en el uso del recurso actualmente.³⁸

El modelo de concesión del agua y su regulación tarifaria ha sido hoy todo un éxito en el manejo y uso del recurso. La experiencia se insertó en las tendencias internacionales del manejo del recurso, y el propio Programa Nacional Hidráulico 2001-006 del gobierno federal reconoció el concepto del agua, entendido como

un bien económico en sustitución del concepto de agua como un bien libre. De ahí que la política hidráulica comprenda la introducción de sistemas de precios y otros incentivos económicos. (Y) es conveniente la participación del sector privado a fin de aprovechar su experiencia técnica, acceder a tecnología de punta y utilizar su solvencia financiera. Además, con la participación del sector privado se asegura la continuidad en la gestión de los servicios, al ser ésta ajena a los cambios políticos que presentan las administraciones estatales y municipales.³⁹

Es básicamente por las tarifas, que los usuarios han tenido que modificar sus patrones de consumo. Desde 1993, los costos del agua en Aguascalientes han subido más del 300%, y algunas fuentes estiman que el consumo per cápita en la ciudad se ha reducido a la mitad por efecto del encarecimiento del líquido.⁴⁰ Por eso, entre las principales preocupaciones de los hidrocálidos, según Mitofsky, el tema del agua aparece en el noveno lugar (9.9%), muy por abajo del desempleo (6.6%) y la inseguridad (3.4%), y podría estar más bien referido a la cuestión estructural, es decir, la escasez del agua en el estado.

La reflexión final es que el agua es un derecho fundamental que no se puede restringir a los usuarios, respetando un mínimo de su goce, recono-

³⁷ La industria es un usuario mayor del líquido, pues consume 12.000,000 de metros cúbicos con sistemas autoabastecidos y 4.500,000 de metros cúbicos suministrados por los servicios municipales de agua (es decir, consume el 25% de la extracción), aunque se considera como usuario de bajo consumo, *ibidem*, p. 153.

³⁸ Granados Roldán, *op. cit.*, nota 30.

³⁹ www.semarnat.gob.mx/programas/hidraulico.shtml#mecanismos.

⁴⁰ www.consulta.com.mx.

ciendo también su calidad de bien económico muy escaso en el estado de Aguascalientes y en gran parte del país; que por razones de sobrevivencia todos debemos consumir menos agua, y aunque nos disguste, pagar más por ella; que es urgente reusar el agua masivamente; es indispensable un diagnóstico realista y actualizado del problema; debe seguirse aplicando el ajuste tarifario partiendo del principio de razonable rentabilidad, y contar con un mecanismo de protección de los usuarios del servicio de agua potable contra las violaciones de sus derechos fundamentales por parte de los particulares que tienen concesionado el servicio.

No podemos perder de vista que las culturas del agua, y no la naturaleza, son las que producen escasez o abundancia. Las culturas que desperdician el agua o destruyen la frágil red del ciclo del agua causan escasez, incluso en condiciones de abundancia. Aquellos que ahorran cada gota pueden generar abundancia a partir de la escasez.

VIII. ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES PRESTADOS POR PARTICULARES

1. *El agua como derecho fundamental*

Hablar de los derechos de los usuarios de servicios públicos, implica razonar acerca del término “derecho” el cual se compone de un conjunto de letras al que habitualmente otorgamos diferentes significados, atendiendo el contexto en que lo invocamos; interesa destacar solamente dos de estos significados, partiendo de los siguientes enunciados:

1. El derecho prohíbe el homicidio.
2. Todos los ciudadanos tienen el derecho de reunirse de forma pacífica siempre que no se porten armas.

En el primer enunciado, el término “derecho” hace referencia a un conjunto de reglas o de normas: es aquello que se suele denominar “derecho objetivo”. En el segundo, el mismo término se refiere, en cambio, a un atributo propio de ciertos sujetos: es lo que se denomina “derecho subjetivo”.⁴¹

Un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos, frente a otro sujeto o a otra clase de sujetos,

⁴¹ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 214.

a los que se les impone una obligación correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ése es el contenido del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.⁴²

Los derechos son atributos que corresponden a sujetos, en particular a sujetos humanos. Los derechos son cualidades que los hombres poseen, si, y sólo si, les son atribuidos por normas jurídicas, es decir, por el derecho objetivo. Es importante destacar dos elementos que pasan a constituir la noción de derecho (en sentido subjetivo): a) una pretensión, y b) una justificación que aporte el fundamento a dicha pretensión.⁴³

Un derecho (subjetivo) por definición, debe estar justificado por, o fundado en, una norma. Pero, naturalmente, las normas que aportan el fundamento a los diferentes derechos pueden pertenecer a sistemas normativos diferentes.

Para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo; es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida sólo por otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera; es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos los derechos están garantizados por mecanismos jurisdiccionales (no exclusivamente, porque los derechos pueden ser, y a menudo son, garantizados mediante otros sistemas; en general, funcionan como garantía de los derechos todas aquellas técnicas de organización constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes).⁴⁴

La tutela jurisdiccional de un derecho presupone por lo menos dos cosas:

1. Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso.
2. Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa.

⁴² *Ibidem*, p. 214.

⁴³ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 220.

En resumen, un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.

Sobre esta base podemos distinguir entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”:

a) Son verdaderos derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: ser susceptibles de tutela jurisdiccional; ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que será su titular.

b) Son derechos sobre el papel todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones.

Algunos derechos suelen ser denominados “fundamentales” con el objetivo de destacar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el término “fundamental” no significa solamente importancia. La expresión “derechos fundamentales” parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren fundamento del sistema jurídico.⁴⁵

El contenido de un derecho atribuido a un sujeto no es más que una obligación que recae sobre otro sujeto. Se puede clasificar a los derechos fundamentales si su contenido consiste en una obligación de hacer o de omitir, así que:

1. Por un lado existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados “sociales”, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho al agua, etcétera

2. Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (abstención) del Estado; como acontece con los derechos de libertad.

En la mayoría de los casos los derechos sociales son derechos imposibles. Las disposiciones, que en muchas Constituciones contemporáneas confieren derechos sociales, son celebradas de forma engañosa, ya que han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún verdadero derecho. Ello, por diferentes razones.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 221.

Las disposiciones constitucionales que confieren derechos sociales expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, es decir, normas que ordenan al legislador que realice un cierto programa de reforma económico-social o de perseguir determinados objetivos.⁴⁶

Sin embargo, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales si el legislador no dicta las leyes que hagan posible la operación de la garantía jurisdiccional, lo que ocasiona que un derecho fundamental de orden social o cuya naturaleza sea colectiva o difusa sea prácticamente condenado al fracaso en el sistema jurídico mexicano, al carecer de materialización, condenando al derecho a permanecer como un manifiesto de buenas intenciones o una declaración romántica cuya inspiración proviene de un noble propósito, impulsado por el afán modernista de reconocer derechos a una sociedad moderna, en un contexto social donde el derecho será virtualmente imposible de cumplir, por carecer el Estado de medios suficientes para materializarlo o cumplirlo.

De lo anterior se desprende que los usuarios de servicios públicos, partiendo de la naturaleza y clase del servicio público del que son usuarios, estarán en la posibilidad de sufrir en detrimento de su persona la violación de un “derecho”, o en el peor de los casos de un “derecho fundamental”, el cual, al no ser validado mediante un mecanismo de defensa, éste no será por tanto considerado como un derecho, y mucho menos como fundamental, reduciéndose todo a ser un breve manifiesto de buenos propósitos.

El caso que nos ocupa estudia en lo particular la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Aguascalientes, el cual es suministrado por una entidad del derecho privado, que en el uso de sus funciones puede vulnerar derechos fundamentales en perjuicio de los usuarios de un servicio reservado hasta hace poco tiempo con exclusividad al Estado.

En diversos foros mundiales se ha proclamado el derecho al agua como un derecho humano. Tal es el caso del celebrado en Ginebra en 2005, donde se señaló al respecto lo siguiente:

1. El acceso al agua es un derecho humano fundamental.
2. El agua es un bien común que pertenece a todos los seres humanos del que nadie puede apropiarse.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 224.

3. La gestión del agua debe ser democrática a todos los niveles.
4. La financiación necesaria del agua debe ser garantizada colectivamente.⁴⁷

Además, a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas, desde 2003, ha proclamado los principios del derecho al agua potable, destacando:

1. Es derecho de todo ser humano disponer de una cantidad suficiente para consumir agua potable.
2. El agua debe cumplir con los estándares máximos para ser consumida.
3. El centro de abastecimiento debe estar próximo a la residencia y ser de fácil acceso.
4. Acceder al consumo del agua no puede significar renunciar al consumo de otros bienes vitales.⁴⁸

Con frecuencia, en los debates internacionales se ha señalado que el reconocimiento del agua como derecho humano podría constituir el paso más importante para abordar el desafío de brindar a la población el elemento más básico de la vida. Un tema recurrente en el debate sobre el agua como derecho humano ha sido el reconocimiento de que contar con ésta es una precondition indispensable para alcanzar todos los demás derechos humanos. Se sostiene que sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable serían inalcanzables otros derechos establecidos, como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y para el bienestar, así como los derechos civiles y políticos.

Se considera que el lenguaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye el cimiento de las declaraciones posteriores, no estuvo destinado a incluir todos los derechos, sino más bien a reflejar los componentes de un nivel de vida adecuado. La exclusión del acceso al agua como un derecho explícito se debió sobre todo a su naturaleza; al igual que el aire, el agua fue considerada un elemento tan fundamental que se creyó innecesario mencionarla explícitamente.

Muchas de las organizaciones que diseñan las políticas públicas, así como los defensores de los derechos humanos, han hecho un llamado a

⁴⁷ Herren, Pascal y Joerchel, Abstiene, “Derecho al agua. Derecho humano”, *Fame*, Berna-Lausana, enero de 2005, p. 2.

⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

que se establezca que el acceso al agua potable es un derecho humano, porque consideran que este reconocimiento es un paso esencial para asegurar que se realicen acciones en nombre de aquellos que carecen de dicho acceso. Estas personas piensan que la obligación legal proveniente de dicho reconocimiento motivaría a los gobiernos de los países en vías de desarrollo y de los países donantes, a realizar cambios efectivos en las políticas internas y de ayuda, a asignar recursos, así como a brindar a los grupos de ciudadanos bases sólidas a partir de las cuales puedan ejercer presión sobre los gobiernos.

Sin embargo, ha sido a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que la comunidad internacional ha desarrollado con mayor detalle este derecho. Es importante decir que el Senado mexicano ratificó este Pacto el 18 de diciembre de 1980, acto jurídico que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981, donde se señaló que dicha norma comenzaría a ser vinculante para el país a partir del 23 de marzo de 1981. Al ratificar este instrumento, el Estado mexicano aceptó voluntariamente las obligaciones para realizar progresivamente, y utilizando el máximo de los recursos disponibles, el derecho al agua, que, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), es esencial para alcanzar un nivel de vida adecuado.⁴⁹

De acuerdo con el Comité DESC —órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo— el derecho al agua se desprende de los artículos 11.113 y 1214 del Pacto. Así lo ha establecido en su observación general núm. 1515 (OG 15), donde además ha detallado con mucha precisión el contenido esencial de dicho derecho, así como las obligaciones que adquieren los Estados al firmar el instrumento.

En la observación general 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Considera el Comité que este derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, porque

⁴⁹ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección a las personas y los ecosistemas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 18, enero-junio de 2008, p. 78.

es una condición necesaria para la supervivencia. Y aunque en la observación se señala que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, también los Estados deben reconocer que se trata de un bien que es indispensable para el ejercicio de otros derechos, como el de alimentación adecuada, higiene ambiental, salud, derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, derecho a disfrutar determinadas prácticas culturales.⁵⁰

Lo anterior nos da una clara idea de cómo un “derecho”, aun cuando se proclama y reconoce como “fundamental”, si no tiene un medio de defensa que lo haga valer, es un bello poema, un ideal, mas nunca un verdadero derecho.

2. La protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos prestados por particulares en Colombia

La protección de los derechos fundamentales frente a particulares en Colombia es una realidad constitucional desde 1991. La Corte Constitucional de aquel país ha entendido que la procedencia de lo que llaman “la acción de tutela contra particulares” procede en las siguientes hipótesis:

1. Contra acciones u omisiones de particulares que cumplen funciones públicas o que están encargados de la prestación de un servicio público;
2. Contra particulares cuyas acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo, y
3. Contra particulares respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.⁵¹

La Constitución colombiana previó que el legislador debía reglamentar la procedencia de la acción de tutela contra particulares, mandato que fue desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, en el cual se consagraron nueve causales de procedencia de tutela contra particulares. Estas nueve hipótesis parten de circunstancias en las cuales existe una posición de predominio de un particular frente a otro, de manera tal que, de no existir una intervención racionalizadora del Estado, quienes se hallan en una

⁵⁰ *Ibidem*, p. 79.

⁵¹ Casasola Mendoza, Fernando, *La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 3.

posición de desventaja podrían ver seriamente afectados sus derechos fundamentales. En ejercicio de su labor unificadora e interpretativa, la Corte Constitucional ha señalado en múltiples sentencias el alcance de cada una de estas causales. A continuación citamos uno de los fallos más representativos emitidos por la Corte en su acción de tutela.

Los primeros tres numerales del artículo 42 del decreto 2591 de 1991⁵² consagraban la viabilidad de la tutela contra particulares cuando contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la presentación del servicio público de educación, de salud o de la presentación de servicios públicos domiciliarios.

Dichas causales responden a la primera de las hipótesis de procedencia de la tutela contra particulares mencionada en el artículo 86 de la Constitución. Su presupuesto básico es el de considerar que quien presta un servicio público se encuentra en “una posesión de superioridad material con relevancia jurídica”, que es necesario racionalizar, en defensa de los derechos de los usuarios del servicio público de que se trate. No obstante, la Corte Constitucional encontró que resultaba inconstitucional restringir la tutela a los eventos en los cuales el particular prestara los servicios públicos de educación o salud. En su criterio, todo particular que presta un servicio público —cualquiera que ésta sea— se encuentra en una posición dominante respecto de los usuarios del mencionado servicio, de tal manera que debe poder ser susceptible de control mediante la acción de tutela. En consecuencia, en la actualidad la acción de tutela procede contra los particulares que presten servicios públicos, sin importar el tipo específico de servicio de que se trate. Sin embargo, la tutela sólo procede si se interpone contra una acción u omisión del particular en su condición de prestador del servicio público de que se trate.⁵³

3. *La protección de los usuarios como consumidores en México*

La protección a los usuarios de diversos servicios públicos que son prestados por particulares se ha venido realizando en nuestro país a tra-

⁵² El mencionado decreto reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución colombiana, que en su capítulo III regula la tutela contra particulares, comprendiendo los artículos 42 a 45, de los cuales el 42 contempla las nueve hipótesis en que se puede solicitar la tutela contra particulares. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?j=5304>.

⁵³ Casasola Mendoza, *op. cit.*, nota 51, pp. 4 y 5.

vés de organismos del Estado tuteladores de los derechos colectivos o difusos, como ocurre con la Procuraduría Federal de Protección de los Consumidores, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros o la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que a través de los llamados medios alternos de solución de controversias tratan de solventar las disputas donde hay una posible violación de los derechos de los usuarios de servicios públicos, como el caso del agua potable en el municipio de Aguascalientes, a través de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

El derecho de los usuarios del servicio de agua potable en la comuna aquicalidense de *acceso a los órganos jurisdiccionales y administrativos* se ve parcialmente otorgado en la Ley Federal de Protección del Consumidor en el artículo 1o., fracción V, y decimos parcialmente, ya que sólo permite, de la lectura de su texto, el acceso a los órganos *administrativos* con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, administrativa y técnica a los consumidores. Las omisiones en que incurre la fracción V del artículo 1o. no deben llevar a la conclusión de que en el ordenamiento mexicano no se reconoce el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales a los consumidores, pues tal derecho se encuentra establecido para todos los justiciables en el artículo 17 de la carta magna; sin embargo, el acceso aun es parcial, porque aun cuando se puede iniciar una acción tendente a resarcir un derecho violentado por vía estrictamente jurídica, el amparo es inefectivo contra violaciones cometidas por particulares; además, si éste en su caso se cometiera por un órgano del Estado, su efecto de considerarlo viable sería relativo y protector exclusivo del quejoso o quejosos en cuestión, sin proteger a los derechos de todo el colectivo afectado, y sólo puede hacerse, en todo caso, valer la responsabilidad civil, en donde se atenderá también el interés particular, pero difícilmente su validez se extenderá al conjunto global de los derechos colectivos de los consumidores.

El acceso del consumidor a la Procuraduría como órgano tutelador de los derechos del colectivo de consumidores se puede hacer fundamentalmente a través de dos medios:

1. La reclamación que el consumidor puede interponer contra el incumplimiento en que haya incurrido el proveedor, reclamación con la que se inicia el procedimiento conciliatorio, regulado en los artículos 99 a 116, en el que la Procuraduría deberá intentar la conciliación de los intereses del consumidor y el proveedor.

2. La denuncia que puede presentar sobre violaciones a las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, la cual, si se considera procedente, da lugar a un procedimiento administrativo en el que se otorga la garantía de audiencia al proveedor, y en el que, si se prueba la violación denunciada, la Procuraduría podrá imponer al proveedor la sanción administrativa que corresponda (multa,⁵⁴ clausura⁵⁵ o arresto⁵⁶); este procedimiento se denomina por “infracciones⁵⁷ a la ley”, y está regulado en los artículos 123 y 124.

4. *La protección a través del ombudsman*

El *ombudsman*, de gran importancia es la contribución, en palabras de Jorge Fernández Ruiz, realizada por Suecia para la defensa universal de los derechos humanos, cuyos orígenes se remontan a las postrimerías del siglo XVI, cuando apareció el *Konnungens Hogste Ombudsmannen* (Procurador Supremo de la Corona), encargado de supervisar la legalidad de los actos de los funcionarios públicos.⁵⁸

Sin variar sus funciones, en 1719, el *Hogste Ombudsmannen* cambió su denominación por la de *Justitiekansler* (canciller de Justicia), mis-

⁵⁴ Por multa, señala el *Diccionario jurídico mexicano*, la pena pecuniaria consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero; además, refiere que “la imposición de la multa no releva al infractor de cumplir la obligación que hubiere dejado de acatar”, pp. 2162 y 2163.

⁵⁵ La clausura es el mandato de cerrar, inhabilitar temporalmente o permanentemente un edificio, local o comercio, *Diccionario de la lengua española*, cit., p. 383.

⁵⁶ Por arresto se entiende uno de los medios de apremio de que se valen los jueces o autoridades para hacer cumplir sus determinaciones. Consiste en la privación de la libertad en un lugar diverso del destinado a sufrir la pena de prisión y que no exceda de 36 horas en la legislación vigente (artículo 21 constitucional), Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 24a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 105.

⁵⁷ La infracción es la contravención a normas de carácter administrativo derivada de una acción u omisión. Las leyes administrativas constituyen un conjunto de normas jurídicas que tienden a asegurar el orden público, otorgando derechos y obligaciones a los gobernados, limitando así la actuación de los individuos. Sin embargo, hay ocasiones en que los ciudadanos no respetan esas normas de carácter general, impersonal y abstracto, ya porque las cuestionan, o porque son objeto de controversia o violación, es entonces cuando el Estado interviene para hacer respetar el derecho violado, a través de la potestad sancionadora de la administración pública. *Diccionario jurídico*, cit., nota 5, p. 1711.

⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo de Aguascalientes*, México, Porrúa, 2006, p. 305.

mo que de 1766 a 1772 dejó de ser representante del rey, para serlo de la Asamblea Estamental, cuerpo que tuvo a su cargo su nombramiento. El *ombudsman* aparece con nitidez y con el nombre específico de *Justitieombudsman*, en la Constitución de Suecia de 1809, porque las funciones que le asignó esa ley fundamental en su artículo 96 consistían en controlar la observancia de las leyes por los tribunales competentes; a aquellos que en el ejercicio de su función hubieran, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo. Finlandia adoptó, en la segunda década del siglo XX, al *ombudsman*. Después de la Segunda Guerra Mundial, lo integraron Noruega y Dinamarca, lo que a los ojos de los demás países de la comunidad internacional dio a la institución un carácter escandinavo, que más tarde se convirtió en universal, cuando Nueva Zelanda, Israel, Portugal, España, México, y un número importante de países lo incorporaron a sus ordenamientos jurídicos.⁵⁹

La institución del *ombudsman* se ha establecido en México, de acuerdo con un esquema federal estructurado en dos ámbitos: el de las entidades federativas, y el ámbito nacional. Juntos integran el sistema nacional del *ombudsman* para protección de los derechos humanos. En el referido sistema encontramos dos instancias: la primera a cargo de los organismos públicos creados por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en cada una de las entidades federativas, para la protección de los derechos humanos. Tales organismos locales conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa cometidos por cualquier autoridad o servidor público local, salvo que se trate de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

La segunda instancia está a cargo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual conoce de inconformidades que se presentan respecto de las recomendaciones, de los acuerdos y de las omisiones de los organismos que tienen a su cargo la primera instancia, por medio de los dos recursos distintos: el recurso de queja y el de impugnación.

Respecto de quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa cometidos por autoridad o servidor público federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, existe una única instancia, la cual está a cargo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 306.

En Aguascalientes, se destaca el mérito de haber sido la primera entidad en todo el país en instituir la figura moderna del *ombudsman* en 1987, mezclada con la figura del Procurador de Protección Ciudadana, que a su vez fue inspirado por la figura del procurador de pobres impulsado por Ponciano Arriaga en la segunda mitad del siglo XIX. La Procuraduría de Protección Ciudadana surge antes de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Actualmente la institución se materializa a través de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, órgano autónomo en su gestión y presupuesto, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, con competencia para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de autoridades o servidores públicos del estado o de sus municipios, que violen derechos humanos, según lo previenen los artículos 102, apartado B, de la Constitución federal; 62, de la Constitución del Estado de Aguascalientes, y 4o. y 8o. de la Ley de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos; mas no será competente tratándose de asuntos electorales, laborales, jurisdiccionales, y de consultas formuladas por las disposiciones constitucionales y legales; sin embargo, sí tendrá competencia para conocer de quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales estatales que presuntamente hayan violado derechos humanos, solamente cuando dichos actos u omisiones tengan carácter estrictamente administrativo. Cabe destacar que esta competencia surge de su origen como órgano tutelador de los derechos humanos en el estado, ya que como se señala al inicio del presente párrafo, su creación se ha materializado en la figura de la Procuraduría de Protección Ciudadana, la cual tenía como marco jurídico la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, lo cual lo hizo un órgano de control de los actos emanados de la autoridad administrativa y jurisdiccional; ésta sólo en la emisión de actos de naturaleza administrativa. Se constituía ese primer *ombudsman* en un órgano de control que tenía atribuciones materiales de un tribunal contencioso administrativo y de los actuales órganos de protección de los derechos humanos de origen escandinavo.

En razón de su autonomía, la Comisión Estatal de Derechos Humanos no recibe instrucciones o indicaciones de ninguna autoridad o servidor público, y entre sus atribuciones destacan las siguientes, que inciden en el control de la administración pública del estado y de sus municipios:

1. Recibir, conocer, investigar y dar seguimiento a las quejas por violación a los derechos humanos, cometidas por los servidores públicos de los gobiernos estatal o municipales.

2. Hacer recomendaciones públicas autónomas, no *vinculatorias*, a la dependencia o entidad de la administración pública estatal o municipal que corresponda el servidor público responsable, de conformidad con lo que establece la ley que la rige.

3. Presentar denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, apartado B, de la Constitución federal, cuando tenga conocimiento de actos ilícitos o presuntamente delictivos, ejecutados por servidores públicos estatales o municipales, que violen los derechos humanos.

4. Advertir, por una sola ocasión, a las autoridades señaladas como responsables, sobre la no repetición del acto que se les imputa.

5. Vigilar que las condiciones de las personas privadas de su libertad que se encuentren en los separos de la policía ministerial o de seguridad pública estén apegadas a derecho y se garantice la plena vigencia de sus derechos humanos, pudiendo solicitar el reconocimiento médico de los detenidos cuando se presuman malos tratos o torturas, y exigir su presentación ante el personal de la Comisión.

6. Verificar el respeto de los derechos humanos en el Sistema Penitenciario y de Reeducación Social del Estado.

7. Adoptar medidas cautelares para proteger los derechos humanos de las personas en el estado, frente a las amenazas, perturbaciones, restricciones o violaciones de servidores públicos estatales o municipales.

8. Requerir el auxilio de las autoridades competentes, a efecto de obtener la información necesaria para la defensa de los derechos fundamentales.

De lo anterior se desprende que la figura del *ombudsman* es, sin duda, un referente en lo que hace a la protección de los derechos humanos, en un sentido lato; sin embargo, las características de sus resoluciones y su orientación estrictamente protectora de los derechos violentados por el Estado dejan fuera la pronunciación de la violación de los derechos de los usuarios de servicios públicos, cuando la prestación de éstos es efectuada por un particular; no obstante, a pesar de que la inercia es proteger aquellos derechos conculcados por las autoridades, las comisiones de derechos humanos tienen mayor libertad para efectuar pronunciamientos en contra de aquellas corporaciones que, ejerciendo un estatus de poder,

vulneran los derechos del individuo o de grupos colectivos. Tal es el caso de las corporaciones de policías privados, que pueden, en ejercicio de prevención del delito, lastimar los derechos fundamentales de la ciudadanía, y por tanto ya desde hace más de una década los *ombudsmen* locales han emitido recomendaciones al estado, en su calidad de regulador de estos corporativos privados. Situación similar pudiera manifestarse en contra de las violaciones a los derechos de los usuarios de servicios públicos por parte de estos organismos.

Sin embargo, resulta interesante, a efectos de nuestra investigación, que si en principio las quejas únicamente pueden dirigirse contra autoridades del estado, la ley que regula la CNDH, en su artículo sexto, faculta a la Comisión Nacional “para conocer e investigar presuntas violaciones de derechos humanos cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad”. Lo que abre la puerta para efectuar pronunciamientos y procedimientos cuando se esté en presencia de una violación de los derechos fundamentales cometidos por particulares, como es el caso de la violación de los derechos de los usuarios de servicios públicos prestados por particulares.

5. La protección contencioso administrativa de los usuarios del servicio público de agua potable concesionado

La Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo del Estado de Aguascalientes, publicada en el *Periódico Oficial del Estado*, del 28 de septiembre de 1999, rige el procedimiento que se sigue ante dicho órgano, y como previene su artículo 3o., en lo no previsto en la misma ley se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles del estado.

El Tribunal Contencioso Administrativo no es un tribunal común; es un verdadero tribunal de garantías, que autolimita las funciones de la autoridad cuando ésta vulnera o restringe los derechos de los gobernados con la emisión de actos de autoridad, logrando los tribunales de la materia ampliar su concepto de interés jurídico, avanzando en materia, de suspensión del acto reclamado, llegando incluso a sobrepasar en alcance a la suspensión en materia de amparo; sin embargo, aún no se ha logrado que el concepto de protección de los derechos conculcados por la

administración se amplíe a sectores afectados por las decisiones de las propias autoridades administrativas, que haciendo uso de sus facultades deleguen funciones propias en terceros, que en nombre de ellas realicen servicios públicos, y en su desempeño emitan actos materialmente administrativos.

Es fundamental, en materia administrativa, modificar los criterios tradicionales sobre interés jurídico para salvaguardar los derechos fundamentales conculcados por terceros, que emiten materialmente actos de autoridad en ejercicio de funciones administrativas, a nombre del Estado, al tener el carácter de concesionarios de servicios públicos, más aún cuando éstos son vitales para el funcionamiento de la sociedad, como es el caso del servicio de agua potable.⁶⁰

Un claro ejemplo de la evolución en la comprensión del interés legítimo y, sobre todo, el alcance de la protección y sujeción a proceso de entidades o corporaciones de terceros, que materialmente emiten actos de autoridad lesivos a los derechos fundamentales de los ciudadanos, se da en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en Argentina, que reformula y unifica una nueva hermenéutica en materia administrativa, que revoluciona e incluye conceptos protectores ya estructurados en otras latitudes, comentadas con antelación.

En 1994, la provincia bonaerense sufrió una importante reforma constitucional, que impactó directamente al sistema contencioso administrativo. En primer término, atribuyó competencia a los tribunales contencioso administrativos para conocer en jurisdicción especializada, de las violaciones que en materia administrativa surgieran por la actuación de los tres poderes del gobierno estatal.⁶¹ Innovación que conferiría dentro de una ley especial los procedimientos que regularían el cauce procesal.

El artículo 166 de la Constitución provincial dispuso en su párrafo quinto lo siguiente:

Los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en

⁶⁰ Señala la Ley Municipal para el Estado de Aguascalientes, que son dos los servicios públicos prestados por los ayuntamientos considerados como estratégicos: el de seguridad pública y el de agua potable y alcantarillado (artículo 79, fracciones I y II).

⁶¹ Bezzi, Ana María, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 9.

lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

El actual régimen atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos para conocer y decidir sobre las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la provincia, municipios, entes descentralizados y otras personas. De tal forma que entre las características distintivas de la pretensión procesal administrativa ya no cabe citar la condición de persona demandada, ni tampoco el presupuesto de un acto administrativo previo cuya anulación por ilegitimidad se solicita.

Fundamentalmente, el carácter distintivo de la pretensión procesal administrativa en el nuevo código procesal radica en su esencia material de rango constitucional, dado por el citado precepto fundamental.⁶²

El sistema jurídico resulta coherente, ya que asegura la tutela judicial continua, efectiva, y el acceso irrestricto a la justicia; armoniza con los artículos 80. y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,⁶³ que consagran como derechos fundamentales el debido proceso y la tutela judicial efectiva, respectivamente.

⁶² *Ibidem*, p. 11.

⁶³ Artículo 80., Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...” “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados parte se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y c) A garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Carbonell, Miguel (comp.), *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, vol. I, pp. 104 y 109.

Es preciso que se renueve el concepto y alcance del procedimiento contencioso administrativo en nuestro país, otorgándole atribuciones y competencia a los tribunales, para actuar en contra de personas o entidades que realicen funciones administrativas por delegación del Estado a través de un sistema de concesión, cuando se trate de la prestación de un servicio público.

Actualmente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Aguascalientes ha resuelto un asunto bajo el rubro 251/ 2004, donde se promovió un juicio de nulidad promovido por el Consejo de la Judicatura Federal en contra del director general de la Comisión Ciudadana de Agua Potable y Alcantarillado del Municipio de Aguascalientes y del Ayuntamiento de Aguascalientes, y como tercera interesada, la Concesionaria de Aguas de Aguascalientes, S. A., donde se solicita la anulación de la resolución emitida por el director de la Comisión de Agua, que niega al Consejo de la Judicatura Federal la exención de pago de derechos de agua, respecto del inmueble que ocupan los tribunales federales en la ciudad de Aguascalientes.

De lo actuado en el expediente en mención el tribunal consideró que no podía sujetar a su jurisdicción al concesionario, pues no está sujeto por el tribunal como autoridad; sin embargo, aun cuando participa del proceso como tercero interesado, éste se defiende tomando como argumento principal, en apoyo del declarado por la autoridad responsable, su calidad de persona moral, tal como lo impone la idea del Estado constitucional liberal;⁶⁴ sin embargo, el asunto no concluye aún, ya que se encuentra en revisión constitucional en la Segunda Sala de la Suprema Corte, la cual aún no se pronuncia, pero que estará en posibilidad de fallar sujetándose

⁶⁴ Partió la concepción liberal de la separación radical entre sociedad y el Estado, asignando a cada uno los términos del binomio de un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad. Asentada la legislación en la sacrosanta trilogía de la *generalidad de la ley*, la *igualdad ante la ley* y la *autonomía de la voluntad*, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de esos tres principios como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre sobre la tierra. Se planteó, de este modo, la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Vega García, Pedro de, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 690.

a precedentes ya conocidos por la Corte, como el caso 2/2000,⁶⁵ y con ello se podría establecer un criterio amplio y evolucionado de la protección de los derechos fundamentales de todos los individuos, incluyendo en ello a los usuarios.

Desde nuestro punto de vista, en el procedimiento contencioso administrativo, el Consejo de la Judicatura Federal no tomó en consideración el solicitar la nulidad de la concesión al Ayuntamiento de la ciudad de Aguascalientes, por no haber incluido en dicha concesión el deber del ente concesionario de respetar los derechos que tienen las instituciones públicas de recibir el servicio público, partiendo de las exenciones previstas en las leyes federales o locales, como ocurre en los casos previstos por la Ley General de Bienes Nacionales,⁶⁶ lo que hipotéticamente hubiera culminado en la probable nulidad del título de concesión.

La sujeción jurisdiccional, vinculando a los prestadores de servicios públicos proporcionados por particulares, es indispensable en el derecho mexicano, incluyendo soluciones ya probadas en otras latitudes, que tienen relación con nuestro mismo sistema jurídico, como es el caso de la sujeción que se hace en Buenos Aires de las personas del derecho privado que brindan un servicio público.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALATORRE, Adriana, “Agencia Reforma”, *Hidrocálido*, 27 de agosto de 2007, sección B.
- AÑORVE BAÑOS, Manuel, *Servicios públicos municipales*, México, Porrúa, 1998.
- ASTUDILLO URSÚA, Pedro, *Lecciones de historia del pensamiento económico*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002.

⁶⁵ En el año 2000 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un fallo donde admite que un particular puede conculcar derechos fundamentales. La sentencia señala que cuando un particular realiza la intervención de alguna comunicación privada, la misma entraña una ilicitud constitucional, lo que trae como consecuencia que dicha conducta no pueda ser admitida ni valorada como prueba por la autoridad correspondiente. Para la Segunda Sala, las normas constitucionales que resultan oponible tanto al Estado como a los particulares son aquellas que contienen principios universales. Mijangos González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007, p. 112.

⁶⁶ Artículos 1o., fracción II; 2o., fracciones IV y V; 3o., fracción III; 4o.; 6o., fracción VI; 23, segundo párrafo; 59, fracciones I y II y 60, fracción I.

- BEZZI, Ana María, *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- BIANCHI, Alberto B., “La tarifa en los servicios públicos”, en BOTASSI, Carlos (coord.), *Temas de derecho administrativo, en honor al profesor doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- Cámara de Diputados, *Evolución y estadísticas del gasto público en México, 1980-2002*, México, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Congreso de la Unión, 2003.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2006, vol. I.
- CASASOLA MENDOZA, Fernando, *La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Derecho administrativo. Parte general*, México, Porrúa, 2002.
- Diccionario jurídico mexicano*, 10a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1997.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario 2005*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo de Aguascalientes*, México, Porrúa, 2006.
- , *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1999.
- GRANADOS ROLDÁN, Otto, “La crisis del agua”, *Hidrocálido*, 28 de agosto de 2005.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “El derecho fundamental al agua en México, un instrumento de protección a las personas y los ecosistemas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 18, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, enero-junio de 2008.

- HERREN PASCAL, Joerchel Abstiene, “Derecho al agua-derecho humano”, *Fame 2005*, Berna-Lausana, enero de 2005.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?j=5304>.
http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/Regulaci%C3%B3n%20del%20sector_Promoviendo%20la%20competencia%20y%20la%20reducci%C3%B3n%20de%20tarifas.pdf.
<http://www.consulta.com.mx>.
<http://www.semarnat.gob.mx/programas/hidraulico.shtml#mecanismos>.
- KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial*, 5a. ed., México, Tusquets editores, 1999.
- MARTÍNEZ NOGUEIRA, Roberto, *Transformación institucional y organizacional para el desarrollo agroalimentario y rural de América central*, Guatemala, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.
- MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007.
- ORTIZ GARZA, José Alfredo, *Expansión urbana*, Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.
- “Pagar más, única medida eficaz para ahorrar”, *El País*, Madrid, junio 28 de 2005.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 24a. ed., México, Porrúa, 1998.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos, *Derecho municipal*, 3a. ed., México, Porrúa, 1999.
- VANDANA, Shiva, *Las guerras del agua*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.