

## LA PARTICIPACIÓN DEL ADMINISTRADO DENTRO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Gonzalo ARMIENTA HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Nacimiento del servicio público.* II. *Concepto de servicio público.* III. *Fines del Estado, función pública y servicio público.* IV. *Creación del servicio público. Régimen jurídico aplicable a los servicios públicos.* V. *Clasificación de los servicios públicos.* VI. *Características del servicio público.* VII. *Contraprestación de los servicios públicos y régimen fiscal.* VIII. *Diferentes formas de prestación de los servicios públicos.* IX. *Los particulares como prestadores de servicios públicos.* X. *Diferencia entre servicio público que presta un particular y el que presta una persona pública.* XI. *La concesión.* XII. *Obligaciones derivadas de la concesión.* XIII. *Ventajas y desventajas de la concesión.* XIV. *Conclusiones.*

### I. NACIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO

Resulta evidente que el hombre para vivir en sociedad requiere de satisfactores que en forma aislada no se podrían proporcionar, por lo que es indispensable la actividad del sector público para poder prestar dichos satisfactores a los pobladores de una comunidad, los cuales cada día se van incrementando, ya sea por la complejidad de la propia sociedad o en forma ficticia.

En la medida que una comunidad evoluciona se requieren, entre muchos otros servicios mayores, vías de comunicación, redes de energía eléctrica sumamente complejas, un sistema de aseo y limpia bastante extenso, actividades recreativas y deportivas que resultan indispensables para la convivencia sana de la sociedad.

En los inicios del siglo anterior resultaba relativamente fácil trasladarse dentro de las ciudades, en la actualidad metrópolis como el Distrito Federal no se pueden concebir sin un extenso sistema de comunicación subterránea.

Es por ello que resultaría imposible la convivencia de estas complejas comunidades modernas sin la participación del Estado, a lo cual García de Enterría señala que la función de derecho público no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales, sino que además debe alcanzar también a encauzar

adecuadamente una tarea de asistencia vital, de "...procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva... y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los entes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por él denominado".<sup>1</sup>

Por otra parte, si bien es cierto que las teorías liberales propiciaban una mayor participación del sector privado sustituyéndose al servicio burocrático, en la edad moderna ha entrado en una verdadera crisis el liberalismo y prueba de ello es la gran cantidad de países sobre todo en Latinoamérica que están optando por los regímenes socialistas modernos en donde el Estado nuevamente se hace cargo de la inmensa mayoría de los servicios públicos; un ejemplo entre muchos que podríamos citar es la reciente expropiación que efectuó el gobierno de Argentina a una empresa petrolera española.

Al respecto Carrillo Flores señala:

...que es un hecho objetivo cuya realidad no podemos negar, la crisis del liberalismo, a lo menos en sus postulados clásicos, entre los que ocupa destacado lugar la abstención casi completa del Estado de lo que no sea función de policía y vigilancia de la actividad privada... que el Estado está tomando atribuciones, para emplear la terminología política de Bonnard y de Fraga, está realizando intervenciones que no son explicables con criterio liberal; que el Estado está incorporando a la órbita de sus fines, para recuperar la fórmula de Zamboni, propósitos que antes estaban reservados a la iniciativa de los particulares; es evidente, en fin, que el Estado de hoy, en cuanto a su zona limítrofe frente a los particulares, ya no respeta las normas del siglo XIX.<sup>2</sup>

Serra Rojas sostiene que el liberalismo "...señala la limitada intervención oficial en las relaciones sociales, impidiendo que el interés del Estado se sobreponga indebidamente a los intereses privados. El Estado sólo se justifica por los servicios públicos que no pueden atender los particulares y por los fines sociales que tiene a su cargo".<sup>3</sup>

El ilustre fiscalista salmantino Eusebio González nos enseña: "...la prestación de algunos servicios públicos no puede hacerse eficazmente de acuerdo a los principios tradicionales. La distinción entre una administración ordinaria o de gestión y una administración extraordinaria o de inversión es consecuencia del creciente intervencionismo estatal en la vida económica".<sup>4</sup>

De los anteriores razonamientos llegamos a la conclusión que en los países de corte social la burocracia de nueva cuenta cobra mayor fuerza y que los particulares

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Civitas, 2001, p. 70.

<sup>2</sup> Carrillo Flores, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973, p. 55.

<sup>3</sup> Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política*, México, Porrúa, 1981, p. 451.

<sup>4</sup> González, Eusebio y González, Teresa, *Derecho tributario I*, Madrid, Plaza Universitaria Ediciones, 2004, p. 172.

cada vez van teniendo menos participación dentro de las actividades gubernamentales concretamente en la prestación de los servicios públicos pues su injerencia sólo la observamos en la prestación de algunos servicios públicos que las leyes autorizan al propio Estado para concesionarlos.

Carrillo Flores define a la burocracia como "...el gobierno del Estado realizado a través de técnicos no electos por el pueblo. Técnicos buenos o técnicos malos, pero al fin y al cabo la explicación de la burocracia la da el carácter técnico de la administración contemporánea".<sup>5</sup>

Sin embargo, en países con corte fundamentalmente capitalista como México los particulares tienen la oportunidad de realizar inversiones públicas para obtener ganancias sobre las mismas y en la actualidad estas inversiones se encuentran reguladas por una ley recientemente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* denominada "Ley de Asociaciones Público Privadas".<sup>6</sup>

## II. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

El concepto de servicio público ha sido muy controvertido a lo largo de la historia pues en un principio se pensó que toda actividad del Estado se debía considerar como servicio público y que, por lo tanto, el mismo debería de ser prestado exclusivamente por el Estado.

Posteriormente el concepto fue evolucionando y de esta forma se considera en la actualidad al servicio público como ciertos actos que deben satisfacer algunas necesidades de la colectividad.

Gutiérrez y González, para definir el concepto de servicio público, recurre primero al significado de las palabras indicándonos que "Servicio" viene de servir y servir significa estar al servicio de otro y que "Público" es lo perteneciente a todo el pueblo y que puede servir a todo el pueblo tanto un particular como un Estado, una entidad federativa o un municipio.<sup>7</sup>

El mismo Gutiérrez y González concluye que en un sentido amplio el servicio público es la actividad especializada que desarrolla una persona, para dar satisfacción, mediante prestaciones concretas y continuas a una necesidad, ya general o ya colectiva, mientras éstas subsistan,<sup>8</sup> y que en un sentido estricto el servicio público es la actividad especializada que desarrolla una persona particular o pública, ya por sí directamente, ya indirecta por medio de una persona empresa, para dar satisfacción, mediante prestaciones concretas y continuas, a una necesidad ya general, ya colectiva, mientras ésta subsista.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 57.

<sup>6</sup> *Diario Oficial de la Federación* de fecha 16 de enero de 2012.

<sup>7</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 926.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 927.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 930.

De acuerdo con las definiciones de este distinguido jurista se infiere que el servicio público lo puede prestar tanto una persona particular como una persona pública y al respecto indica que servicio público que presta una persona física o moral particular, es la actividad especializada que realiza, ya por sí en forma directa, para satisfacer, mientras económicamente le convenga y esté en posibilidad de satisfacerla, una necesidad colectiva, a través de prestaciones concretas y continuas, ajustando su actividad al régimen de derecho común,<sup>10</sup> y por lo que hace al servicio público que presta una persona pública se refiere a éste como "...la actividad especializada que realiza, ya por sí en forma directa, ya indirectamente por medio de otra persona, para satisfacer, mientras exista, una necesidad general o una colectiva, a través de prestaciones concretas y continuas, ajustando su actividad a un régimen de legislación administrativa especializada."<sup>11</sup>

Para María Diez la definición de servicio público se trata de una noción fugaz, difícil de concretar en una definición.<sup>12</sup> No obstante la anterior aseveración, María Diez señala:

Se pueden señalar tres direcciones en cuanto a la noción de servicio público:

- a) La que considera como servicio público toda la actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes.
- b) La que considera como servicio público toda la actividad de la administración pública.
- c) La que considera como servicio público una parte de la actividad de la administración pública.<sup>13</sup>

Al analizar estas tres direcciones María Diez concluye que no toda actividad estatal puede considerarse como un servicio público y, por lo tanto, está de acuerdo que el servicio público es sólo una parte de la actividad de la administración pública.

El mismo autor en forma más concreta define al servicio público: "...es la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general".<sup>14</sup>

De esta manera la mayoría de las definiciones de servicio público incluyen sus características. Así el *Diccionario* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM lo define como la "Institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suminis-

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 930 y 931.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> María Diez, Manuel, *Derecho administrativo*, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1967, t. III, p. 183.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 198.

tradas directamente por el Estado o por los particulares mediante concesión. Por su naturaleza, estará siempre sujeta a normas y principios de derecho público”.<sup>15</sup>

Para Marienhoff la noción conceptual de servicio público es muy adecuada para justificar el carácter de “*jus in fieri*” atribuido al derecho administrativo.<sup>16</sup>

El propio Marienhoff estima que el criterio más adecuado para definir el servicio público es el funcional que define o al servicio público “...no precisamente sobre la base de quien lo preste o realice, sino en mérito a la índole de la “necesidad” que por ese medio o con esa actividad se satisfaga”.<sup>17</sup>

### III. FINES DEL ESTADO, FUNCIÓN PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO

Aunque la doctrina ya ha hecho una clara diferenciación entre los fines del Estado, la función y los servicios públicos, no resulta ocioso dejar en claro las diferencias que existen entre estos conceptos pues en muchas ocasiones se han utilizado indistintamente.

De conformidad con Serra Rojas, la palabra fin se reduce a: “1. En sentido temporal, como el momento final; 2. En sentido espacial, como el límite; 3. En sentido ideal, como esencia, expresada en la definición o determinación; y 4. En sentido más general, como propósito, objetivo, un blanco o simplemente finalidad. Es en este último sentido que debemos emplear el término relacionando el término fin, con finalidad y con cauda final”.<sup>18</sup>

Siguiendo con el razonamiento de Serra Rojas a los fines del Estado los podemos identificar como los objetivos que tiene el Estado siendo los más importantes los económicos, los culturales y los de defensa de su territorio.

La función pública guarda una estrecha relación con los fines del Estado ya que el Estado realiza sus fines mediante la función pública.

De la misma manera es importante diferenciar la función pública con el servicio público pues en muchas ocasiones estas dos figuras se han confundido y es por ello que María Diez nos enseña una clara diferencia de estos conceptos:

La doctrina distingue el servicio público de la función pública. Se dice al respecto que la función pública es lo abstracto y lo general, mientras que el servicio público es lo concreto y lo particular”.<sup>19</sup> Y continúa: “...el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial, con la

<sup>15</sup> *Diccionario de investigaciones jurídicas P-Z*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 1987, p. 2906.

<sup>16</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, p. 18.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>18</sup> Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, nota 3, p. 436.

<sup>19</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 187.

adición de la función política de gobierno, mientras que el servicio público es el desarrollo de una actividad técnica, respecto de la que una administración pública asume una competencia específica”.<sup>20</sup>

De acuerdo con el razonamiento del ilustre maestro María Diez, la función pública solamente la podría realizar el Estado por lo que no puede existir duda de que los particulares no pueden llevar a cabo esta función pues ésta es inherente al Estado como pudiera ser la impartición de justicia y solamente le sería dable a los particulares desarrollar los servicios públicos, por lo que debemos de tener muy claro esta diferencia y no confundir una función pública de un servicio público pues sería a todas luces contrario a los principios elementales del derecho administrativo que una actividad que forme parte de la función pública se pueda concesionar a un particular.

#### IV. CREACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En nuestro derecho positivo no existe un ordenamiento que establezca en forma concreta cómo se crea un servicio público, sin embargo podemos colegir que tanto la ley como mediante decreto del Ejecutivo, se puede crear el servicio público dependiendo de la necesidad de la colectividad y éste podrá ser prestado tanto por el Estado generalmente mediante la organización paraestatal como por los particulares mediante la concesión del servicio. Al respecto el artículo 90 constitucional señala:

Artículo 90. La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala cuáles son los organismos paraestatales y concretamente se refiere a los organismos descentralizados, a las empresas de participación estatal mayoritaria y a los fideicomisos en sus artículos 45, 46 y 47:

Artículo 45. Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

Artículo 46. Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

<sup>20</sup> *Idem.*

I. Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;

II. Las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la administración pública federal o servidores públicos federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

Artículo 47. Los fideicomisos públicos a que se refiere el Artículo 3o., fracción III, de esta Ley, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la administración pública centralizada.

De esta manera cuando el Estado percibe la necesidad de prestar un servicio en virtud de una necesidad colectiva generalmente lo realiza mediante la organización paraestatal, pero ante la imposibilidad de prestarlo mediante su administración tiene la facultad de concesionarlo siempre que el servicio no constituya un elemento estratégico para el Estado como la extracción petrolera, la cual la realiza en forma exclusiva el organismo público descentralizado denominado Petróleos Mexicanos o la prestación del servicio de energía eléctrica, que realiza la Comisión Federal de Electricidad.

Sin embargo, el concepto de elemento estratégico para el Estado ha venido modificándose de acuerdo con los propios intereses económicos gubernamentales; como ejemplo podemos mencionar el servicio telefónico, el cual no hace mucho tiempo lo prestaba en forma exclusiva un organismo descentralizado y el Estado consideraba este servicio como estratégico y en la actualidad se presta casi monopolícamente mediante una empresa particular siendo el dueño mayoritario el hasta ahora hombre más rico del mundo.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en el régimen jurídico que debe de aplicarse a los servicios públicos ya que por una parte se señala que los servicios públicos se deben desenvolver de acuerdo con un régimen especial de derecho público

o que el régimen jurídico de servicio público tanto puede ser de derecho público como de derecho privado. Al respecto Marienhoff nos indica:

A mi criterio no cuadra sostener que el servicio público deba desarrollarse o realizarse de acuerdo al expresado “régimen o procedimiento jurídico especial de derecho público”, es decir de acuerdo a un régimen exorbitante del derecho privado, pues hay servicios públicos –los “impropios”– que no se prestan o realizan de acuerdo a ese régimen o procedimiento especial. Estimo que basta con que la actividad pertinente quede sujeta o encuadrada en el derecho público, lo que implicará someter dicha actividad a normas de “subordinación”.<sup>21</sup>

Por mi parte, estimo que no existe duda que cuando el servicio público lo presta el Estado el régimen aplicable a los mismos es el de derecho público, sin embargo, cuando estamos ante la presencia de servicios públicos prestados por particulares el régimen jurídico que los rige puede ampliarse y así María Diez nos señala: “...con la aparición de los llamados servicios públicos industriales y comerciales, el derecho público no fue la única disciplina aplicable para regirlos. Ello es así porque los servicios públicos industriales y comerciales se rigen parcialmente por el derecho público y parcialmente por el derecho privado”.<sup>22</sup>

Por otra parte, el 16 de enero de 2012 fue publicada en el *Diario Oficial* la Ley de Asociaciones Público Privadas, la cual tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país.

Esta ley constituye una muestra inequívoca de la influencia de la economía capitalista internacional a que está sujeto el Estado mexicano, que si bien es cierto en principio parece una iniciativa positiva pues regula en forma ordenada la participación de los particulares en las inversiones públicas también está dando las bases para que los particulares puedan invertir en casi todo tipo de actividades que tradicionalmente se han reservado al Estado como la prestación del servicio de energía eléctrica o la explotación indiscriminada de nuestros productos energéticos.

## V. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

María Diez nos enseña dos clases de servicios públicos, los denominados *uti singuli* y *uti universi*. Al referirse a estas dos clases de servicios públicos nos indica que en el caso de los servicios públicos *uti singuli*, éstos se dedican a satisfacer las necesidades particulares de los usuarios y que en el caso de los servicios *uti universo* la autoridad administrativa satisface las necesidades de la colectividad en general

<sup>21</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 15, p. 43.

<sup>22</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 195.



y nos da el ejemplo que podría hablarse de un servicio público *uti universi* al alumbrado, barrido y limpieza, sin embargo, concluye que a su juicio conviene restringir la noción de servicio público a los servicios públicos *uti singuli* ya que solamente en relación con éstos es posible configurar la actividad de la administración como una prestación administrativa a los administrados en sentido técnico.<sup>23</sup>

La aseveración que María Diez nos indica, la sostiene señalando que no cualquier actividad personal, aun cuando fuera dirigida en ventaja de otra, puede constituir un servicio público pues la actividad debe ser personal, por lo que los servicios públicos *uti universi* no permiten individualizar una relación jurídica concreta entre la administración y el administrado, por ejemplo, la iluminación de las vías públicas y que, por lo tanto, el conjunto de actividades administrativas destinadas a la ventaja genérica de los habitantes *uti universi* dará lugar en algunos supuestos a la función pública, por ejemplo, la policía.<sup>24</sup>

María Diez es claro al concluir que el servicio público debe ser dirigido a personas individualizadas y que la prestación deberá tener por objeto proporcionar utilidad a los particulares individualmente considerados.<sup>25</sup>

Desde un punto de vista menos general el propio María Diez clasifica a los servicios públicos bajo diversos criterios:

- a) Por la titularidad del servicio
- b) Por la necesidad de su prestación
- c) Por el carácter de su prestación
- d) Por la forma de su ejercicio
- e) Por razón de su utilización
- f) Por el carácter de la necesidad
- g) Por la naturaleza del servicio.<sup>26</sup>

## VI. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO PÚBLICO

Gutiérrez y González, al referirse a las características que reviste el servicio público prestado por el Estado, señala:

- a) *Continuidad.* Quiere decir que la necesidad pública debe ser satisfecha por todo el tiempo que exista, y siempre que se necesite.
- b) *Adaptación.* Que es la posibilidad de que la prestación se suministre con los elementos técnicos y más actuales, y que en ese sentido se vaya modificando su prestación, para hacerla mejor y más satisfactoria.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 210.

- c) *Igualdad*. Que se estima por todos los estados como una característica, ya que quiere decir que se proporcione a todos los habitantes del país, sin discriminación alguna de raza, sexo, o religión. Se debe prestar a todos y cobrarles igualmente las mismas tarifas.<sup>27</sup>

En lo particular considero que estas características no son propias del servicio público prestado por el Estado, ya que las mismas se aplican al servicio público prestado por los particulares.

De la misma manera María Diez indica que la doctrina señala cuatro caracteres fundamentales de los servicios públicos: continuidad, regularidad, igualdad y generalidad, sin embargo, ya en forma más precisa nos enseña que el carácter esencial del servicio público es la continuidad pues la existencia del servicio público significa que la prestación no puede interrumpirse ni paralizarse pues se ha establecido en beneficio de toda la colectividad.<sup>28</sup>

Marienhoff reconoce que la doctrina señala cuatro caracteres: continuidad, regularidad, uniformidad y generalidad.<sup>29</sup> Concluye que una de las características esenciales del servicio público es su continuidad lo cual significa que la prestación del servicio público no debe ser interrumpida pues su interrupción podría causarle trastornos al público.<sup>30</sup>

Marienhoff es reiterativo al indicar que en relación con la continuidad se debe de establecer la prohibición de huelga pues ésta suspende la prestación del servicio.<sup>31</sup>

## VII. CONTRAPRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y RÉGIMEN FISCAL

Es innegable que la prestación del servicio público debe generar un cobro que en nuestro derecho positivo mexicano se le denomina derecho, al respecto el artículo segundo, fracción cuarta, del Código Fiscal de la Federación señala:

Artículo 2o. Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:

...

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal

<sup>27</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 6, p. 935.

<sup>28</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 206.

<sup>29</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 15, p. 64.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 68.

de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

Cuando sean organismos descentralizados los que proporcionen la seguridad social a que hace mención la fracción II, las contribuciones correspondientes tendrán la naturaleza de aportaciones de seguridad social.

Considero que el término de derechos es equívoco por lo que la denominación correcta que debe utilizar el Código Fiscal de la Federación es el de precio público, tarifa o tasas, como lo indica María Diez: “Sea que el servicio lo preste directamente la administración o lo preste un concesionario, tendrá facultades para percibir las tasas o las tarifas fijadas en función del costo del servicio. Dichas tarifas las establecerá la administración a propuesta del concesionario, en el supuesto de que se prestara el servicio en esa forma”.<sup>32</sup>

De la misma manera Juan Martín Queralt establece que legalmente se califican como precios públicos las contraprestaciones “...recibidas por un ente público como consecuencia de la prestación de servicios o realización de actividades administrativas cuando es voluntaria su solicitud a su recepción y ese servicio es prestado o la actividad es realizada, también por el sector privado”.<sup>33</sup>

Vale decir que en nuestro derecho positivo la tarifa o el denominado derecho en nuestro Código Fiscal Federal no admite que la propuesta se realice por el particular que lo pudiera otorgar pues es una facultad legislativa el establecimiento de estos derechos.

Por otra parte, el particular que preste un servicio público estará sujeto a una contribución reglamentada en la “Ley del impuesto sobre servicios expresamente declarados de interés público por ley en los que intervengan empresas concesionarias de bienes del dominio directo de la nación”. Al respecto el artículo primero establece:

Artículo 1o. El impuesto a que esta Ley se refiere grava el importe total de los pagos que se efectúen por los servicios prestados por empresas que funcionen al amparo de concesiones federales para el uso de bienes del dominio directo de la nación, cuando la actividad del concesionario esté declarada expresamente de interés público por la ley.

Independientemente de lo establecido por la ley mencionada anteriormente, los concesionarios estarán sujetos a la ley del impuesto sobre la renta y a la ley del impuesto al valor agregado.

## VIII. DIFERENTES FORMAS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La prestación de los servicios públicos se puede efectuar tanto en forma directa por la administración pública como por los particulares.

<sup>32</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, pp. 216 y 217.

<sup>33</sup> Queralt, Martín, *Derecho tributario*, Madrid, Homson, 2007, p. 40.

María Díez nos enseña tres sistemas para prestación de los servicios públicos, por gestión directa, por gestión indirecta y por gestión mixta:

La gestión directa por la administración puede realizarse:

- a) Por la administración centralizada
- b) Por entidades autárquicas
- c) Por empresas del Estado
- d) Por sociedades del Estado

La gestión indirecta puede realizarse:

- a) De acuerdo con el sistema propiciado por la escuela liberal o individualista
- b) Por medio de locación de servicios
- c) Por medio de concesiones de los servicios públicos.
- d) Por medio de cooperativas.

En cuanto a la gestión mixta entendemos que debe considerarse el supuesto de lo realizado por las sociedades de economía mixta.<sup>34</sup>

Independientemente de las diferentes formas que podemos observar desde el punto de vista doctrinal para la prestación de los servicios públicos, para los efectos de este trabajo haré especial referencia al servicio público prestado por los particulares.

## IX. LOS PARTICULARES COMO PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

En la actualidad la mayoría de los Estados han determinado que el servicio público no sólo puede ser prestado o realizado por organismos estatales, sino también por personas o entes particulares o privados, y se ha llegado a aseverar que en la actualidad en los países de corte democrático, no obstante la creciente intervención estatal, la participación de los particulares resulta indispensable pues al ser tan dinámica esta forma de gobierno el Estado tiene que auxiliar para algunas actividades de la sociedad civil, como lo afirma Jorge Carpizo: “Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad...”<sup>35</sup>

Así lo ha señalado Marienhoff:

Originariamente hubo quien consideró servicio público toda la actividad del “Estado” cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes; hubo luego quien restringió dicho concepto, limitándolo a cierta actividad de la “Administración Pública”. Hasta entonces el servicio público sólo se concebía como una actividad

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>35</sup> Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 100.

desarrollada por órganos estatales. Pero actualmente un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene que el servicio público no sólo puede ser prestado o realizado por organismos estatales, sino también por personas o entes particulares o privados.<sup>36</sup>

El mismo Marienhoff señala que al servicio público prestado por los particulares se le denomina Servicio público impropio “...el servicio público ‘impropio’ resulta de una ‘actividad’ ejercida por los particulares o administrados con el objeto de satisfacer necesidades de carácter general”.<sup>37</sup>

Ahora bien, ¿cuáles serían los elementos fundamentales para la creación de un servicio público impropio?, la respuesta nos la da Marienhoff cuando señala que es “El interés público comprometido y el régimen de ‘derecho público’ aplicable”.<sup>38</sup>

Por lo que podemos apreciar, la doctrina administrativa le da un valor muy importante a los servicios públicos prestados por los particulares y cabe resaltar que los particulares van teniendo más injerencia en la toma de decisiones de la administración pública. Al respecto García de Enterría señala: “En este sentido, la idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no sólo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo *consensus*, una legitimidad nueva (*chevalier*) que permita superar la crisis actual del mando autoritario, generalizada a todas las esferas; constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos”.<sup>39</sup>

Manuel María Diez nos indica que los particulares pueden colaborar en la prestación de los servicios públicos y que esa colaboración se divide en espontánea y organizada y que a su vez la colaboración organizada se divide en colaboración por vía de descentralización y por vía de actividad paralela.<sup>40</sup>

En el caso particular de los servicios públicos que se prestan en nuestro territorio los particulares prestan servicios públicos por vía paralela pues los servicios públicos prestados vía descentralización son realmente servicios públicos prestados por el Estado pues la organización descentralizada forma parte de la administración pública.

## X. DIFERENCIA ENTRE SERVICIO PÚBLICO QUE PRESTA UN PARTICULAR Y EL QUE PRESTA UNA PERSONA PÚBLICA

En principio los servicios públicos los presta directamente el Estado, principalmente mediante su organización paraestatal, rigiéndose los mismos por la le-

<sup>36</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 15, p. 19.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>39</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 2001, p. 86.

<sup>40</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 219.

gislación que regula la actividad del propio Estado, pero cuando dichos servicios públicos los proporciona el particular, las características de la prestación no deben de ser diferentes pues de la misma manera deben de ser continuos y con un sentido de igualdad, por lo que considero que la diferencia importante entre un servicio público prestado por el Estado y uno prestado por los particulares es la legislación que el particular aplicará cuando, como consecuencia del servicio, se ocasione un daño al prestatario, pues en este supuesto la legislación aplicable será la de derecho privado.

Gutiérrez y González nos señala tres diferencias muy claras entre el servicio público que presta un particular y el que presta una persona pública:

- a) El particular satisfará la necesidad mientras le convenga económicamente, y esté en posibilidad de satisfacerla.  
El Estado debe satisfacer la necesidad mientras ella exista, aunque no le convenga económicamente, y siempre, aun a costa de pérdidas, debe estar en posibilidad de satisfacerla.
- b) Otra diferencia entre los dos conceptos que me pide distinguir, radica en que el particular da satisfacción a necesidades colectivas, y en cambio el Estado da satisfacción a necesidades tanto generales como colectivas.
- c) Una más, radica en que el que presta el servicio público particular, se sujeta normalmente al régimen de derecho común... En cambio el Estado en la prestación del servicio público, como en todo lo que hace, está sujeto a lo que determine una norma de derecho, y no podrá hacer sino lo que un ordenamiento jurídico le establezca.<sup>41</sup>

Al respecto María Diez señala que la prestación de la administración tiende a satisfacer, en forma directa o indirecta, el interés público, por lo que si se hace en forma directa es la misma administración la que realiza la prestación y si se hace en forma indirecta la prestación se lleva a cabo a través de los administrados, ya sea que éstos actúen en forma individual o bajo la forma de empresa.<sup>42</sup>

## XI. LA CONCESIÓN

La concesión es la forma jurídica por medio de la cual los particulares pueden prestar un servicio público. María Diez define la concesión como "...un modo de gestión de un servicio, por medio del cual una persona pública, que es el concedente, encarga, por contrato concluido con él, a una persona privada, el concesionario,

<sup>41</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 6, pp. 931-933.

<sup>42</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11 p. 2001.

la gestión de un servicio público a su costo y riesgo, mediante el derecho de obtener una remuneración por medio de las tarifas percibidas de los usuarios”.<sup>43</sup>

Por su parte, Bielsa define la concesión como “...un acto administrativo por el cual se atribuye a una persona, con el fin de que ésta realice el servicio público”.<sup>44</sup>

El propio Bielsa, al explicar la definición de la concesión, establece: “De esto se sigue: 1) la administración atribuye a otra persona física o jurídica (que es concesionario) la prestación de un servicio público (actividad originariamente pública); 2) el concesionario (a diferencia del funcionario, el órgano o el ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividad administrativa) no actúa en nombre del Estado sino en nombre propio y por cuenta propia”.<sup>45</sup>

Marienhoff define la concesión como “...el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona –individual o jurídica, privada o pública–, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público: dicha persona, llamada ‘concesionario’, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez”.<sup>46</sup>

De las definiciones que anteriormente transcribimos se pueden obtener las siguientes características que la mayoría de los autores coinciden al definir la concesión: 1. El Estado es el que la debe de otorgar. 2. El concesionario deberá ser un particular ya sea persona física o moral. 3. La explotación de un servicio público. 4. Los fines siempre son económicos. 5. El cobro de tarifas.

## XII. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA CONCESIÓN

Como es el particular el que realiza el servicio público, a éste, mediante el contrato de concesión, se le deben de fijar obligaciones muy precisas. Bielsa nos enseña tres obligaciones derivadas de la concesión:

1. El servicio público cuya explotación se concede debe realizarse de la forma establecida y convenida (legal y contractualmente), salvo modificaciones determinadas por el concedente en razón de la seguridad general y del interés público, o sea, de los usuarios del servicio.
2. El Estado (nación, provincia o comuna), mediante la concesión, atribuye a una persona privada un derecho personal y temporal siempre; y es temporal porque la realización de un servicio público es atribución de la administración pública, y ésta no puede “enajenar” sus atribuciones; sólo

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 262 y 263.

<sup>44</sup> Bielsa, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, Argentina, Ed. Depalma, 1966, p. 151.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, nota 15, p. 590.

puede conceder la realización del servicio en las condiciones que ella lo haría, y siempre por tiempo determinado, De ahí el carácter transitorio de la gestión por concesión.

3. La concesión de un servicio público obliga a la administración pública a la vigilancia y control sobre él, en cuanto concierne al interés público.<sup>47</sup>

### XIII. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CONCESIÓN

No obstante que la concesión es el acto jurídico más apropiado para otorgar a los particulares la posibilidad de prestar por su cuenta un servicio público obteniendo un provecho económico, se han encontrado tanto ventajas como desventajas y al respecto María Diez, citando a Villegas Basalvilbaso, señala las siguientes ventajas y desventajas:

1. Desde el punto de vista económico-financiero es un modo eficaz de organizar los servicios públicos utilizando capitales privados, con lo que se evita las erogaciones fiscales.
2. Como el servicio se presta por cuenta y riesgo del concesionario se preserva el Estado de la explotación.
3. Se asegura la más pronta ejecución de las obras y, por lo tanto, del funcionamiento del servicio.
4. Si se aplica al régimen de reversión, al extinguirse el término del contrato todos los bienes se incorporan al patrimonio del concedente.<sup>48</sup>

De acuerdo con el criterio particular del propio María Diez, la concesión presenta inconvenientes y según su criterio el más importante es el derivado de la facultad que adquiere el concesionario de obtener una remuneración en forma de tarifa, lo cual da lugar a problemas complejos en cuanto a la determinación del capital.<sup>49</sup>

Marienhoff es claro al señalar que existen más ventajas en la prestación del servicio público mediante concesión que la prestada por el Estado, por lo que transcribo su razonamiento: “En la alternativa de optar entre servicio a cargo directo del Estado y servicio prestado mediante concesionario, me decido francamente por este último sistema: tiene la enorme ventaja de facilitar todo lo atinente a la ‘responsabilidad’ por un servicio mal prestado. Al concesionario lo controla la administración pública, sea de oficio o a pedido de un administrado o de un usuario, mientras que si el que presta el servicio es el Estado, a veces al administrado o al usuario le resulta difícil no sólo ser amparado en su queja, sino, sobre todo, hacer

<sup>47</sup> Bielsa, Rafael, *op. cit.*, nota 41, p. 161.

<sup>48</sup> María Diez, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 264.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 265.



efectiva la responsabilidad estatal. Siempre será más complejo y difícil hacer efectiva la responsabilidad del Estado que la del concesionario”.<sup>50</sup>

De acuerdo con lo anterior se podría pensar que la principal desventaja que la concesión representa para los particulares es la imposibilidad de que el concesionario pueda establecer el precio de la prestación, sin embargo, más que una desventaja considero que puede ser una fortaleza de la concesión, sobre todo si se observa del lado del usuario.

#### XIV. CONCLUSIONES

Primera. El hombre para vivir en sociedad requiere de satisfactores que en forma aislada no se podrían proporcionar, por lo que es indispensable la actividad del sector público para poder brindarlos.

Segunda. En la edad moderna el liberalismo ha entrado en una verdadera crisis y prueba de ello es la gran cantidad de países, sobre todo en Latinoamérica, que están optando por los regímenes socialistas modernos en donde el Estado nuevamente se hace cargo de la inmensa mayoría de los servicios públicos, no obstante lo anterior no se podría concebir un Estado moderno sin la participación del sector privado en el quehacer gubernamental, sobre todo en la prestación de servicios públicos en aéreas no estratégicas.

Tercera. La función pública solamente la podría realizar el Estado por lo que no puede existir duda de que los particulares no pueden llevar a cabo esta función pues ésta es inherente al Estado, como pudiera ser la impartición de justicia y solamente le sería dable a los particulares desarrollar los servicios públicos.

Cuarta. En nuestro derecho positivo no existe un ordenamiento que establezca en forma concreta cómo se crea un servicio público, sin embargo, podemos colegir que tanto la ley como mediante decreto del Ejecutivo se puede crear el servicio público dependiendo de la necesidad de la colectividad.

Quinta. Cuando el servicio público lo presta el Estado el régimen aplicable a los mismos es el de derecho público, sin embargo, cuando estamos ante la presencia de servicios públicos prestados por particulares el régimen jurídico que los rige puede ampliarse al derecho privado.

Sexta. La prestación del servicio público debe generar un cobro que en nuestro derecho positivo mexicano se le denomina derecho, el cual es determinado exclusivamente por el Poder Legislativo sin la intervención de los particulares.

Séptima. La concesión es la forma jurídica más apropiada por medio de la cual los particulares pueden prestar un servicio público, siempre que no se trate de una actividad correspondiente a la función pública o que sea estratégica para el Estado ya que en estos supuestos es el Estado el que sin discusión alguna los debe realizar.

<sup>50</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 658.

## XV. BIBLIOGRAFÍA

- BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, Argentina, Ediciones Depalma, 1966.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- DICCIONARIO de investigaciones jurídicas P-Z*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 1987.
- GARCÍA DE Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Civitas, 2001.
- GONZÁLEZ, Eusebio y González, Teresa, *Derecho tributario I*, Madrid, Plaza Universitaria Ediciones, 2004.
- GUTIÉRREZ y González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 2003.
- MARÍA DIEZ, Manuel, *Derecho administrativo*, t. III, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1967.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993.
- QUERALT, Martín, *Derecho tributario*, Madrid, Homson, 2007.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia política*, México, Porrúa, 1981.