

## CAPÍTULO SEXTO

# EL SERVICIO PÚBLICO

**E**l derecho administrativo se ha desarrollado en torno a un corto número de temas torales, uno de los más prominentes es el del servicio público, forjado en el marco de la solidaridad social como una técnica de protección al usuario, basada en la división del trabajo, que entraña la aspiración solidaria de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica que satisface una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares en la que cada cual puede identificar su propia necesidad individual, y escindirla del resto.

Algunos autores, persuadidos por las ideas neoliberales y globalizadoras de época recientes, han llegado a considerar que la idea del servicio público ha perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor español Gaspar Ariño Ortiz ha señalado: “El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Gaspar Ariño Ortiz, *et al*, “Significado actual de la noción del servicio público”, *El nuevo servicio público*, Sevilla, Instituto García Oviedo

La opinión del jurista hispano quizá pudiera ser aplicable a España –aun cuando contradiga al artículo 128 de la Constitución española–, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas considero que no es válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público se mantiene como un instrumento de indiscutible utilidad.

Mas esta idea no surge súbitamente, sino que resulta ser producto de un laborioso proceso teórico de elaboración en el que coparticipan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

A principios del siglo xx, la noción del servicio público, adquirió una importancia capital en algunos países, merced a los planteamientos de Georges Teissier, Leon Duguit, Gastón Jèze, Roger Bonnard, Vicente Errico Presutti y Arnoldo de Valles, entre otros autores, algunos de los cuales empezaron a publicar sus ideas acerca de este asunto, desde finales del siglo xix.

Paralelamente, también los legisladores se adueñaron de la locución “servicio público”, utilizándola con muy distintas acepciones y significados aun en un mismo ordenamiento legal, al grado de que la expresión servicio público o servicios públicos se encuentra a cada momento, tanto en los textos constitucionales, como en los artículos de las leyes y de los reglamentos, de donde ha pasado a la vida cotidiana a través de los medios de comunicación masiva, en los que no hay día en que no se mencionen los servicios públicos.

Empero, la doctrina de a mediados del siglo xx no sólo impugnó la noción de servicio público de sus antecesores inmediatos, sino que le escatimó tiempo y espacio, lo cual propició un estancamiento en la investigación jurídica de este tema, que en tales condiciones poco pudo avanzar en el desentrañamiento de la esencia del servicio público; pareciera que se hubiese llegado al término de su investigación, asignándose a su noción un sitio mucho más modesto que el otorgado por la doctrina a principios del siglo.

De esta suerte, pasada la euforia inicial desatada por el lanzamiento de la tesis duguitiana del servicio público, la noción enjuto su dimensión, disminuyó su peso, redujo su importancia en el plano de la teoría jurídica y de la administrativa, lo cual no obsta para que al estableci-

miento, operación y mantenimiento de los servicios públicos se apliquen, hoy en día, recursos sumamente cuantiosos.

## I. ORIGEN DE LA IDEA DEL SERVICIO PÚBLICO

La idea del servicio público empieza a conformarse, de manera vaga e imprecisa, en Francia y en España, en la primera mitad del siglo XIX, aun cuando desde la centuria anterior se hubiese utilizado la locución “servicio público”. En Francia, la idea del servicio público emerge en el ámbito jurisprudencial como un subproducto del deslinde de competencias. En España es también un producto marginal, originado al regularse la desamortización de los bienes eclesiásticos.

El mayor aporte para el desarrollo definitivo de la noción del servicio público lo constituyen, sin duda alguna, las conclusiones del comisario de gobierno David y, bajo su influencia, el célebre *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos, dictado en el mismo asunto el 6 de febrero de 1873, cuyo texto, breve y poco conocido, es el siguiente:

CONSIDERANDO: Que la acción ejercida por el señor Blanco contra el Prefecto del Departamento de la Gironda, representante del Estado, tiene por objeto que se declare al Estado civilmente responsable, por aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, del daño ocasionado por la lesión de su hija, causada por actos de los obreros empleados en la Administración de Tabacos.

CONSIDERANDO: Que las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los actos de personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.

CONSIDERANDO: Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, y tiene sus propias reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y las necesidades de conciliar los intereses del Estado con los intereses privados.

RESUELVE que según las leyes antes citadas (L. 24 de agosto y 16 fructidor, año III) la autoridad administrativa es la única competente para conocer del asunto.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Tomado de Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant y Sylvie Hubac, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1962, p. 6.

Propician de manera relevante la gestación y el desarrollo de la idea del servicio público, entre otros factores que podemos citar: *a)* La teoría de la separación de poderes o separación de funciones del poder público; *b)* la separación de la jurisdicción administrativa de la judicial; *c)* el desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial; *d)* la secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social; *e)* la apertura al público de la *posta real*; *f)* la desamortización de los bienes eclesiásticos; *g)* el intervencionismo del *Welfare State* o *Estado de bienestar*; *h)* La creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa; *i)* La necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno; *j)* la necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales.

La locución “servicio público” se recibió en México al través de la Constitución de Cádiz de 1812, como sinónimo de ramo de la administración pública; fue la Constitución de 1857 el primer texto constitucional que la utilizó.

Envuelta en las tendencias de secularización de actividades y bienes eclesiásticos inherentes a la expulsión de los jesuitas, la idea del servicio público llegó a la Nueva España en pleno despotismo ilustrado, en la época de Carlos III. Aun sin utilizar la expresión “servicio público”, la idea respectiva subyace en diversas disposiciones de la Constitución española de 1812, del Reglamento Político del Imperio iturbidista y de la Constitución mexicana de 1824. La secularización de actividades eclesiásticas, para convertirlas en servicios públicos, se intenta en México durante la estancia del doctor Valentín Gómez Farías en la Presidencia de la Republica en 1833.

Como puede comprobarse fácilmente, la noción de servicio público tiene una aparición tardía en la doctrina mexicana; el primero en ocuparse de ella con alguna profundidad, por cierto para impugnarla, es el maestro Gabino Fraga, en su obra clásica *Derecho administrativo*, cuya primera edición aparece ya en el segundo tercio del siglo XX; y quien primero promueve y apoya la idea del servicio público en México es el profesor emérito de la UNAM, Andrés Serra Rojas en su libro intitulado *Derecho administrativo*, indispensable en toda biblioteca jurídica mexicana.

## II. PRINCIPALES VERTIENTES TEÓRICAS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Una vez configurada la idea del servicio público, tanto el legislador como el juzgador empezaron a referirse a ella como si fuese un concepto plenamente conocido, generalmente aceptado e indiscutido; otro tanto hizo el teórico del derecho. Empero, era indebido el manejo de la expresión “servicio público” como una idea universalmente aceptada, cuando apenas era una noción en ciernes, muy distante de alcanzar claridad y precisión, necesitada de aclararse, precisarse y definirse, como se puede apreciar en la noción propuesta en el último tercio del siglo XIX por Marcelo Martínez Alcubilla, al señalar: “Conócese bajo la denominación de servicios públicos los que están llamados a satisfacer cualquiera de las necesidades u obligaciones del Estado”.<sup>3</sup>

Con el criterio anterior, sería servicio público tanto el cobro de impuestos como la remuneración de los trabajadores al servicio del Estado; y en cambio, la satisfacción de necesidades de carácter general, como las relativas al suministro de agua potable, o a la recolección de basura, no encuadraba en esta interpretación del servicio público.

En la tarea definitoria del servicio público participaron un gran número de autores, lo que lejos de precisar la noción respectiva produjo confusión, pues se formularon tantas definiciones de servicio público como autores se ocuparon de él, por cierto en diferentes sentidos y con criterios distintos. De ahí que una de las nociones capitales del derecho administrativo, como es la del servicio público, sea así mismo una de las más discutidas, por lo cual, en opinión de varios autores, es difícil que exista una noción o idea más imprecisa que la relativa al servicio público.<sup>4</sup>

Pese a que cada autor que se ocupa del tema elabora su propio concepto o definición de servicio público, un examen detenido de tales interpretaciones evidencia que muchas son muy parecidas entre sí,

<sup>3</sup> Marcelo Martínez Alcubilla, *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina*, 2a. ed., Madrid, Imprenta de la V. e hijos de D. A. Peñuelas, 1870, t. 12, p. 654.

<sup>4</sup> *Vid.* Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, t. III, p. 323.

es decir, uno o varios autores repiten con ligeras variaciones la noción propuesta por otro, quien, a su vez, abrevó en la explicación del servicio público dada por un tercero, lo cual no quita que, de sus inicios a la fecha, la vaga idea del servicio público, en términos generales, haya sufrido una profunda transformación, porque como apunta Miguel Acosta Romero: “Su evolución es en la doctrina muy característica, lo que originalmente se consideró servicio público posteriormente dejó de serlo y nuevos contenidos fueron ocupando el vaso de cristal de los vocablos ‘servicio público’, sin que los autores se hayan puesto de acuerdo en aquello que con esas palabras quieren significar (...)”<sup>5</sup>

La similitud existente entre diversas nociones de servicio público elaboradas por diferentes autores permite advertir cuatro grandes vertientes en la formulación de la noción de servicio público, cada una de las cuales le asigna desigual dimensión y distinto peso; atendiendo a la importancia que le confieren –al servicio público– habremos de resumirlas en orden decreciente.

A. Teoría propuesta por León Duguit, que considera al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes.

B. Teoría formulada por Gastón Jèze, conforme a la cual el servicio público viene a ser toda actividad de la administración pública.

C. Teoría promovida por Maurice Hauriou, que entiende al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública.

D. Teorías que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público, entre las que figura la presentada por Henri Berthélemy.

Conviene enfatizar que la configuración y el diseño de la noción de servicio público se han visto afectados seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste en denominar de distinta manera una misma actividad; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese “diálogo de sordos” a que se refiere Marcel Waline, en el que “no hay posibilidad de entendimien-

<sup>5</sup> Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, 2a. ed., México, unam, 1975, p. 186.

to cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras”.<sup>6</sup>

No menos importante en la tarea de configurar la noción de servicio público ha sido el determinar si el acento público lo pone el órgano que presta el servicio, o la necesidad cuya satisfacción pretende, o el régimen jurídico al que se somete, o si es la ley la que lo imprime.

Mas, a pesar de tanta controversia en torno a la noción del servicio público, se da una realidad innegable: el derecho positivo de muchos países del mundo, acorde con la corriente doctrinaria que considera servicio público a tan sólo una parte de las actividades de la administración pública, ha asignado dicho carácter a un número importante de actividades que son desempeñadas directamente por las instituciones públicas, o se delega su realización a los particulares mediante el régimen de concesión u otro parecido.

Resulta impresionante la cantidad de recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados a la instalación y funcionamiento de los servicios públicos municipales, por lo que no deja de ser preocupante que actividades de la administración municipal, tan importantes en el aspecto económico, en el tecnológico, en el cultural, en el social y en el jurídico, como son las referidas a la prestación de los servicios públicos, provoquen actualmente, y desde hace más de una década, tan escaso interés en la investigación jurídica.

Sin duda es necesario un mayor empeño de los estudiosos del derecho a la tarea de escudriñar los aspectos jurídicos de los servicios públicos, en especial de los de carácter municipal, que en muchos países representan una porción muy elevada del producto nacional bruto; satisfacen importantes necesidades económicas, culturales y sociales de la población, al grado de que posiblemente, no haya quien se abstenga de utilizar tales servicios: transporte urbano, agua potable, drenaje, recolección de basura, rastros, panteones, alumbrado público, estacionamientos, mercados y centrales de abasto, entre otros.

Importa enfatizar que la prestación de los servicios públicos estimula la investigación tecnológica, por lo que la falta de investigación jurídica

<sup>6</sup> Marcel Waline, “La noción de servicio público”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 75, julio-septiembre de 1954, p. 1.

redunda en un marco legal deficiente para la estructuración y funcionamiento de tales servicios, por ir a la zaga del avance tecnológico.

### III. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER PÚBLICO DE UN SERVICIO

Un análisis somero de los conceptos de servicio público propuestos por diversos autores pone de manifiesto la discrepancia existente en la doctrina acerca del criterio para determinar el carácter público de un servicio, porque, para unos, el acento público lo pone el órgano a cuyo cargo corre su prestación, pues, a su juicio, sólo los órganos públicos pueden gestionar tal servicio; para otros, el calificativo público lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se somete el procedimiento de su organización y funcionamiento.

Empero, no termina ahí el disenso, porque no son pocos los que rechazan ambos criterios definitorios del carácter público del servicio, porque, en su opinión, tal rasgo lo habrá de imprimir el objeto del mismo, o como proponen otros, su finalidad, su *telos*, o en fin, su reconocimiento por la ley; diferencia doctrinaria que permite hablar del criterio orgánico, del formal, del funcional, del técnico, del jurídico, y del legal, entre otros, aun cuando, en algunos casos, dos o más denominaciones se refieren a un mismo criterio.

#### 1. *El criterio orgánico*

Diversos autores consideran al “servicio”, básicamente, como una organización, o sea, como un órgano que, obviamente, es capaz de actuar, de funcionar, de realizar actividades. Otros tratadistas entienden al servicio, primordialmente, como una actividad, como una función. En cuanto al vocablo “público”, un criterio –el orgánico– lo deriva del carácter del sujeto u órgano a cuyo cargo queda la prestación del servicio; lo cual significa que el servicio público sólo puede ser atribuido a persona pública.

Por tanto, el criterio orgánico ubica en el punto definitorio al elemento orgánico, es decir: a la persona, al órgano o a la institución a cuyo cargo queda la prestación del servicio. Porque, como señala Mi-



guel S. Marienhoff, “define o caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza”.<sup>7</sup>

Para la interpretación del servicio público el criterio orgánico se basa, pues, en el carácter de la institución o del órgano a cuyo cargo está la prestación del servicio. Si el órgano es público, el servicio que presta será igualmente público. Si la institución o la persona que lo presta son privadas, el servicio también será privado. Dicho de otra manera: sólo los órganos públicos pueden gestionar los servicios públicos. Como dice Marienhoff: “... Cuando en esta materia se habla de criterio ‘orgánico’ se entiende referir al que sólo considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por concesionarios”.<sup>8</sup>

Lo que cuenta en la determinación del servicio, para el criterio orgánico, no es la actividad a desarrollar, sino el órgano encargado de su prestación, lo cual motiva al profesor argentino Manuel María Díez a señalar: “En esta concepción orgánica, la expresión servicio público es utilizada para designar no una actividad, sino más bien una organización, vale decir, el aparato administrativo del servicio y el organismo que lo dirige. Así se dirá que un hospital constituye un servicio público”.<sup>9</sup>

Se le critica al criterio orgánico su excesiva amplitud que resulta en ocasiones injustificada, porque diversos órganos públicos pueden no prestar –y de hecho en diversos casos no prestan– servicios públicos. Entre los muchos partidarios del criterio orgánico figura Roger Bonnard, para quien “los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado”.<sup>10</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación empleó en diversas resoluciones, el criterio orgánico respecto del servicio público, tal como se advierte en la siguiente resolución del año de 1924:

En derecho administrativo, se entiende por servicio público, un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público, y por una organización pública. Es indispensable,

<sup>7</sup> Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. II, p. 20.

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 185.

<sup>10</sup> Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, París, Sirey, 1935, p. 235.

para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo entienda directamente y de por sí, con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales; y que consiguientemente, los funcionarios y empleados respectivos sean nombrados por el Poder Público y formen parte de la administración, quedando sujetos al estatuto respectivo, o, en otros términos, al conjunto de reglas que norman los debates y derechos de los funcionarios y empleados públicos, entre los cuales figuran la obligación de su encargo, y el derecho de recibir la retribución, que será fijada, forzosamente por la Cámara de Diputados, en los presupuestos de Egresos.

(Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparo penal directo, Blackaller, Ricardo, 6 de diciembre de 1924, mayoría 7 votos, *Semanario Judicial de la Federación*, t. xv, p. 1251). A efecto de reducir la diversidad de criterios para determinar el carácter público del servicio, conviene señalar que se identifican con el criterio orgánico: el formal y el subjetivo.

### 2. El criterio funcional

Conforme al criterio funcional –que con ligeras variantes también se le denomina objetivo, material o teleológico–, lo público del servicio deriva de la índole de la necesidad a satisfacer mediante la actividad desarrollada en la prestación del mismo; si tal actividad satisface una necesidad de carácter general, estaremos frente a un servicio público; en consecuencia, De acuerdo con el criterio funcional, un servicio será público si, y sólo si, la necesidad que satisface es de carácter general. Con este criterio funcional, Miguel S. Marienhoff define: “Por servicio público se ha de entender toda actividad de la administración pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.”<sup>11</sup>

### 3. El criterio jurídico

Con el argumento de que el servicio público reclama un régimen jurídico especial para asegurar la adecuada protección de los intereses generales, Gastón Jèze infirió que el carácter público de un servicio dado lo

<sup>11</sup> Miguel S. Marienhoff, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. II, p. 27.

imprime el régimen jurídico de orden público que lo regula;<sup>12</sup> se trata de un régimen en el que se subordinan los intereses privados al interés general, por lo que la regulación jurídica de dicho servicio es permanentemente modificable en aras de las necesidades que satisface; así, tal régimen está conformado mediante actos legislativos o reglamentarios que vienen a ser las normas del servicio. Acerca del criterio jurídico, Carlos García Oviedo explica: “Para que la finalidad propia del servicio público –la satisfacción de una necesidad colectiva– se cumpla debidamente, menester será que acompañe a la empresa una serie de notas determinantes de un régimen jurídico especial, que discrepan como es lógico, del régimen jurídico general de los servicios privados”.<sup>13</sup>

Entre las consecuencias de la utilización del criterio jurídico figuran diversas prerrogativas en favor de la Administración Pública, cuales son, entre otras, el ejercicio de su potestad imperativa —incluida la tarifaria y la expropiatoria—, el poder de policía, y la situación jurídica especial de los bienes afectos a la prestación del servicio.

#### 4. *El criterio legal*

Desde luego, el más pragmático de los criterios para determinar el carácter público de un servicio es el criterio legal; en la práctica, el derecho positivo de muchos países dispone que no hay más servicio público que el establecido por la ley. Empero, este criterio legal para determinar el carácter público de un servicio, no da lugar a suponer que todos los órganos creados, o las actividades desarrolladas, por disposición legal representan o significan un servicio público. El criterio legal acerca del concepto de servicio público lo expresa Serra Rojas en los siguientes términos: “Desde el punto de vista legal, la creación de un servicio público es la obra del legislador, que en una ley general de servicios públicos, o en una ley que organiza un servicio público especializado, determina la posibilidad de atención de dicho servicio. La creación de un servicio público se verifica por ley”.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Gastón Jèze, *op. cit.*, t. II-1, p. 4.

<sup>13</sup> Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, EISA, 1968, t. II, p. 2031.

<sup>14</sup> Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. I, p. 108.

A partir de las adiciones y reformas a la Constitución –cuyo decreto promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983–, el artículo 28 constitucional, adopta el criterio legal en el párrafo que dispone: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”.

El tratadista argentino José Canasi hace notar, con toda razón, que el solo hecho de que el Estado norme cualquier actividad o servicio no es suficiente para convertirlos en servicio público: “No basta que el Estado reglamente una actividad o un servicio cualquiera, para que por este hecho se convierta en servicio público. Es necesario que el legislador los erija en servicio público, cualquiera que sea el objeto de esa actividad o el de ese servicio en forma específica o genérica”.<sup>15</sup>

En la doctrina, el criterio legal para la determinación del servicio público es rechazado por muchos autores, por considerar que la determinación del legislador de considerar servicio público a cierta actividad, será una decisión arbitraria si no se da en la realidad la satisfacción de una necesidad de carácter general; sin embargo, como la consecuencia práctica de que determinadas actividades u órganos se consideren servicios públicos, consiste en que se sujeten a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, únicamente serán reguladas por esa normativa especial las actividades u órganos que la ley reconozca como servicios públicos.

En fin, conforme al criterio legal, no hay más servicio público que el determinado por la ley, por lo cual la voluntad del legislador monopoliza la creación del servicio público.

En síntesis, podríamos resumir los criterios empleados en la determinación del carácter público de un servicio dado, en el orgánico, el funcional, el jurídico y el legal, con la aclaración de que suelen emplearse varios criterios en la elaboración de cada concepto o definición de servicio público.

<sup>15</sup> José Canasi, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1974, vol. II, p. 12.

#### IV. SERVICIOS PÚBLICOS PROPIOS E IMPROPIOS

Como dijimos, el servicio público se ha tratado de explicar de acuerdo con diversos criterios, entre los que destacan el orgánico y el funcional, cuya contraposición resolvió el profesor italiano Arnaldo de Valles mediante la distinción de los servicios públicos propios y los servicios públicos improprios.

##### 1. *Servicio público propio*

El servicio público puede explicarse como una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado. Si tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la Administración pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución –por ejemplo, bajo el régimen de concesión–, estaremos frente a un servicio público en estricto sentido, o sea propiamente dicho.

##### 2. *Servicio público impropio*

Empero, cuando dicha actividad no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la Administración pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropioamente dicho, y para el que la doctrina emplea diversas denominaciones, como servicio público impropio, servicio público virtual, servicio de interés público o servicio reglamentado.

Conviene aclarar que el servicio público impropio no es una creación de la ley, sino que deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que, a diferencia de la actividad comercial ordinaria, obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye –salvo contadas excepciones– la fijación de una tarifa obligatoria.

En México, entre las principales manifestaciones del servicio público impropio o impropriamente dicho, figuran a nivel municipal: las farmacias, lecherías, panaderías y los servicios prestados por los alijadores, cargadores y estibadores en los centros de abasto.

## V. CARACTERES ESENCIALES DEL SERVICIO PÚBLICO

En opinión generalizada de la doctrina, el servicio público está investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales se desnatura o desvirtúa, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, para garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de satisfacer, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”.<sup>16</sup>

Existe consenso doctrinario de que los caracteres jurídicos esenciales del servicio público son la generalidad, la igualdad, la regularidad y la continuidad; algunos autores agregan la obligatoriedad, otros la adaptabilidad; no falta quien mencione la permanencia y, alguien más, la gratuidad.

### 1. *Generalidad*

También conocida como universalidad, la generalidad del servicio público consiste en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio.

El carácter esencial de generalidad de todo servicio público se vincula con los derechos humanos, porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más

<sup>16</sup> Marcel Waline, *Manuel Elementaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1933, p. 333

límite que el proveniente de la capacidad instalada para la prestación del servicio.

### 2. *Igualdad*

Llamada también *uniformidad*, la igualdad es consustancial a todo servicio público, y estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos sus usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma.

La *generalidad*, tanto como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el derecho internacional de los derechos humanos, al través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

### 3. *Regularidad*

En razón del carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general y uniforme, pero irregular, o sea, anormal, anómalo y deficiente.

Merced a su carácter esencial de regularidad, el servicio público contribuyó en buena medida al rompimiento del principio secular que erigía a la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, al sustraer del ámbito del consenso de los contratantes de dicho servicio, aspectos fundamentales del mismo, cuales son su calendario, su horario, sus condiciones técnicas, sus medidas de seguridad y su tarifa, los que no son materia de negociación de las partes, sino unilateralmente predeterminadas en una regulación jurídica exorbitante del derecho privado.

En la irregularidad del servicio público, o sea, en la inobservancia de las normas que regulan su prestación, independientemente de la responsabilidad del prestador del mismo, también puede haber culpa de la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otra puede intentar acción legal el usuario del servicio, en caso de irregularidad del mismo; por ello tiene razón Georges Vedel, cuando afirma: “Esta acción contractual dirigida contra el que administra el servicio,

que puede ser un concesionario, no supone un obstáculo para los recursos abiertos contra la Administración de que depende el servicio y fundados en el desconocimiento por parte de la misma de sus propias obligaciones de control del servicio”.<sup>17</sup>

#### 4. Continuidad

El carácter esencial por antonomasia del servicio público es el de continuidad, en cuya virtud dicho servicio no debe interrumpirse dentro de los horarios y de las fechas o circunstancias previstas en su propia regulación.

Debemos hacer hincapié en el hecho de que algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a su programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso del servicio de alumbrado público, cuya prestación se suele programar de la puesta a la salida del Sol del día siguiente. De esta suerte, la índole de la necesidad de carácter general que cada servicio público está destinado a satisfacer, habrá de determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad deberá evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio a la brevedad posible.

#### 5. Otros presuntos caracteres esenciales del servicio público

Además de los cuatro caracteres que acabamos de explicar, que a juicio de la generalidad de la doctrina son esenciales para todo servicio público, sea propio o impropio, algunos autores agregan otros que no han recibido el consenso generalizado de la doctrina, a los cuales nos referiremos a continuación.

##### A. La obligatoriedad

Para quienes la proponen como otro carácter esencial del servicio público, la obligatoriedad del servicio público entraña tanto el deber del

<sup>17</sup> Georges Vedel, *Derecho administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 71.



Estado de asegurar su prestación por todo el tiempo que subsista la necesidad de carácter general que está destinado a satisfacer, como la obligación del prestador del servicio a proporcionarlo mientras subsista dicha necesidad, si no hay un plazo establecido y el servicio está a cargo de la Administración pública, o durante el plazo señalado en la concesión o permiso, si se trata de servicios a cargo de particulares.

#### B. La adaptabilidad

Conocida también como mutabilidad, la adaptabilidad del servicio público consiste en la constante posibilidad de modificar su regulación a efecto mejorar las condiciones del servicio y de aprovechar los adelantos tecnológicos.

#### C. La permanencia

La permanencia del servicio público, que puede considerarse como una faceta de su obligatoriedad, se refleja en la obligación de mantener la prestación del servicio mientras subsista la necesidad de carácter general que pretende satisfacer.

#### D. La gratuidad

Por lo que ve a la gratuidad, que algunos autores han sugerido como uno de los caracteres esenciales del servicio público, creemos que no puede considerarse como tal, porque el servicio público a cargo de particulares, por definición está animado por el propósito de lucro, lo cual es antinómico de la gratuidad.

## VI. ELEMENTOS INDISPENSABLES DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público se configura con un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su integración y prestación, entre los que figuran: la necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención

estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfactoria, los recursos empleados en la prestación del servicio y su régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado.

*1. La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio*

Es dable decir que el servicio público nace de la necesidad humana, mas no de cualquiera, sino de la común carencia insatisfecha que tienen una y muchas personas respecto de algo, lo que no significa que sean todas las integrantes de una sociedad, pero sí tantas, que la convierten en una necesidad de carácter general cuya satisfacción se inserta en el *telos* del Estado, quien tiene el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra precisamente mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio público.

No existe consenso en la doctrina, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, acerca de la índole, o por lo menos de la denominación de la necesidad que satisface, porque no todos le reconocen su carácter general, sino que algunos, como Hauriou, la consideran una necesidad pública; otros –entre ellos Charles Blaevoet– la entienden como necesidad esencial; también hay quienes –Villegas Basavilbaso, por ejemplo– sostienen que la necesidad de referencia es de carácter colectivo; sin faltar los que, como Jèze, le llamen interés general.

No nos parece adecuado calificar de pública a la necesidad cuya satisfacción se da mediante la prestación del servicio público, porque se trata de la suma de necesidades individuales iguales que tiene un gran número de personas particulares, de ahí su carácter general; por ello consideramos conveniente reservar la locución de necesidad pública, no para la suma de necesidades particulares individuales, sino para las que tienen el Estado, la Administración pública o cualquier ente de derecho público.

Necesidad pública es, por tanto, la que tiene cualquier institución pública, ya sea Estado, municipio, administración pública, órgano legislativo o judicial, órgano constitucional autónomo u organismo descentralizado. Así, sería necesidad pública la que tiene el municipio de cobrar impuestos para cubrir los gastos municipales.

Tampoco nos parece aceptable la locución *interés general* en lugar de la de *necesidad de carácter general*, porque el servicio público debe

estar destinado a satisfacer las necesidades, o sean, las carencias de las cosas indispensables para una vida digna, decorosa y acorde con los adelantos de la civilización, y no el interés, es decir, el provecho o la utilidad general, cuya obtención se procura mediante el ejercicio de las funciones públicas o de las obras públicas. Sobre este asunto, Villegas Basavilbaso expresa: “El interés general –interés público– es diferente de la necesidad general, desde que no todos los intereses generales son necesarios, aunque toda necesidad general es de interés público. Desde este punto de vista, el interés general es el *genus* y la necesidad general es la *species*”.<sup>18</sup>

Para el mismo Villegas Basavilbaso, como para otros autores, la necesidad que satisface el servicio público debe denominarse *colectiva*, porque no es suficiente que sea una necesidad general, por ser indispensable que derive de la vida colectiva. La necesidad de alimentarse, arguyen, es sin duda general, más no colectiva, porque el hombre la siente independientemente de vivir en soledad o en sociedad; en cambio, la necesidad de transporte sólo se concibe en una vida comunitaria.

La argumentación referida en el párrafo anterior no nos parece razonable, por considerar que la suma de necesidades individuales iguales integrantes de la necesidad de carácter general debe ser satisfecha mediante el servicio público, independientemente de que quienes la tengan, vivan o no en una colectividad, si y sólo si requiere del desarrollo de una actividad técnica; porque toda persona tiene las necesidades de respirar y de dormir, más para satisfacerlas no se requiere normalmente de la realización de actividades técnicas, sin las cuales, en cambio, no se puede lograr la satisfacción de otras muchas necesidades, como las de abastecerse de agua potable y de energía eléctrica, las cuales suele tener casi toda persona, así viva sola en un medio rural, pues como dice Marienhoff:

No debe referirse o circunscribirse aquí el concepto de “necesidad” al hecho de que tal necesidad responda a un requerimiento de la vida en comunidad, en sociedad. El concepto de necesidad “colectiva” debe referirse al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado

<sup>18</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. III, p. 52.

de personas... En la época actual, la necesidad de luz, mediante “alumbrado”, no sólo la siente quien viva en un gran centro urbano, sino también quienes vivan en una zona rural... En lugar de necesidad o interés “colectivo” corresponde hablar de necesidad o interés “general”, entendiendo por tal una “suma apreciable de concordantes intereses individuales”.<sup>19</sup>

La expresión “necesidad colectiva” convendría reservarla para aquellas necesidades que tiene la sociedad como ente distinto a los individuos que la integran, como puede ser la de constituirse en Estado, o la de hacer imperar un orden jurídico, o de que exista una moral pública.

Consideramos que la necesidad cuya satisfacción constituye la razón de ser del servicio público es de carácter general, por tratarse de una necesidad individual que se generaliza, o sea, que adquiere carácter general a fuerza de ser registrada simultáneamente por muchas personas para quienes viene a ser una necesidad común, de la cual cada una de ellas puede escindir su necesidad individual, por ello la satisfacción puede darse de manera idéntica para todas ellas, a través de la actividad que implica la prestación del servicio público.<sup>20</sup>

En síntesis, reafirmamos nuestra opinión de considerar a la necesidad de carácter general, cuya satisfacción requiere del desarrollo de una actividad técnica, como el primer elemento del servicio público, por las razones que acabamos de exponer, mismas que estimamos válidas para rechazar las otras denominaciones de *necesidad pública, esencial o colectiva*, o la locución *interés general* que diversos autores usan en lugar de la *necesidad de carácter general*. En conclusión: sin una necesidad de carácter general qué satisfacer, mediante una actividad técnica, no se justifica ningún servicio público.<sup>21</sup>

## 2. La actividad destinada a satisfacer la referida necesidad

Es indiscutible que la actividad destinada a satisfacer la respectiva necesidad de carácter general es un elemento indispensable del servicio

<sup>19</sup> Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. II, pp. 31-32.

<sup>20</sup> Agustín A. Gordillo *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1980, t. 2, p. XIII-6-.

<sup>21</sup> Vid. Jorge Fernández Ruiz, “Apuntes para una teoría jurídica de la necesidad”, en *Actualización jurídica*, año I, núm. 1, México, febrero 1997, pp. 19-22.

público, porque sin el desempeño del conjunto de operaciones o tareas que implica, éste no puede prestarse. Empero, es importante determinar las características o rasgos específicos de tal actividad, toda vez que no puede ser de cualquier tipo.

Nos referimos no a una actividad cualquiera sino a aquella cuya realización requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos propios de ciencias, artes, industrias u oficios, específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados, lo que significa que nos referimos a una actividad técnica que está diseñada para producir efectos útiles en un ámbito determinado, habida cuenta que la técnica dirige la actividad hacia su fin natural o reflexivo; de ahí que las cosas producidas de acuerdo con la técnica sean superiores a las realizadas de manera empírica.

Luego entonces, la actividad adecuada del servicio público viene a ser de carácter técnico, porque su realización requiere del desarrollo de un conjunto de operaciones o tareas cuya ejecución se sujeta a procedimientos privativos de determinadas artes, ciencias, industrias u oficios, de acuerdo con las características y modalidades específicas del servicio público de que se trate.

El *telos* del servicio público viene a ser otro factor determinante de su actividad, habida cuenta que la finalidad a la que se destina consiste precisamente en la satisfacción de una necesidad de carácter general, lo que nos permite considerarla como una actividad satisfaciente, además de técnica.

Para que efectivamente resulte satisfaciente la actividad propia del servicio público, se requiere, además, que sea pertinente, en el sentido de que sea a propósito de lograr su fin. Por ejemplo, la actividad de transportar en andas a personas no puede considerarse a propósito de lograr el fin de una actividad técnica de transporte masivo de pasajeros en una gran ciudad, por lo cual resulta impertinente para tal efecto. En cambio, será pertinente dicha actividad si se realiza con el empleo de trenes eléctricos, por ejemplo.

De igual manera, la actividad propia del servicio público habrá de ser capaz, en el sentido de apta, proporcionada y suficiente para alcanzar sus fines. Así, la actividad de transporte en andas resultaría incapaz

como actividad técnica de transporte masivo, por ser inepta, desproporcionada e insuficiente para su fin. Por el contrario, la actividad de transporte masivo de pasajeros en una gran ciudad, por medio de trenes eléctricos, es capaz, por suficiente y proporcionada a una gran demanda, así como apta, por idónea para lograr su finalidad satisfactora.

Por último, la actividad satisfaciente elemento indispensable del servicio público, habrá de ser adecuada al servicio público correspondiente. En este orden de ideas, el transporte de pasajeros en andas, como actividad de transporte masivo en una gran ciudad, resulta actualmente inadecuado por ser inapropiado a las condiciones, circunstancia y objeto exigidas por un servicio público de ese tipo en una gran urbe, tanto por anacrónico como por su reducido aforo, corto alcance y escasa velocidad.

En resumen, la actividad, como elemento indispensable del servicio público, debe ser técnica y satisfaciente, por lo cual habrá de ser, además, pertinente, capaz y adecuada para alcanzar el logro de su fin satisfaciente.

### *3. El universo de usuarios potenciales del servicio público*

El servicio público es inimaginable sin usuarios, porque, por definición, se destina a satisfacer ciertas necesidades humanas de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, cuyos sujetos que las sienten constituyen su universo de usuarios potenciales que se convertirán en usuarios efectivos cuando accedan a su utilización, una vez cubiertos los requisitos correspondientes, en el caso de que los haya; en fin, sin usuarios no se genera la necesidad de carácter general y, por tanto, el servicio sería absurdo e injustificado.

### *4. La intervención estatal*

Sin duda, la intervención estatal constituye otro elemento indispensable del servicio público, porque sólo mediante ella se puede crear y, además, someterlo al régimen jurídico especial que le permite asumir sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad y continuidad.

Entre otras formas de intervención estatal está la realizada a través del régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuya elaboración

e interpretación, así como el control y vigilancia de su aplicación y observancia, competen a sus órganos de gobierno.

Otra manifestación de la intervención estatal se manifiesta en la prestación misma de los servicios públicos, cuando éstos están a cargo directo de la administración pública; así como a través del otorgamiento de las concesiones para la instalación, funcionamiento y explotación de los llamados *proprios*; o por medio de la expedición, revocación, cancelación o anulación de los permisos, licencias o autorizaciones para el funcionamiento de los servicios públicos conocidos como *impropios* o *virtuales*.

En fin, sin la intervención del Estado perdería el servicio público su régimen jurídico exorbitante del derecho privado que conlleva el aseguramiento de sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad y continuidad, por cuya razón, la intervención estatal es indispensable para la configuración y prestación del servicio público.

##### 5. *El sujeto que desarrolla la actividad satisfaciente*

No puede operar un servicio público sin un sujeto a cuyo cargo esté su prestación, quien por tal razón viene a ser el prestador del servicio, sin cuya actuación el servicio no puede funcionar, por lo cual el sujeto a cuyo cargo está dicha prestación también viene a ser uno de sus elementos indispensables, por ser imposible una actividad sin un sujeto que la desarrolle.

Importa aclarar que el sujeto a cuyo cargo queda la prestación del servicio público puede ser de derecho público o de derecho privado. Es de derecho público cuando el servicio está a cargo de la propia administración pública; el sujeto prestador del servicio público será de derecho privado cuando se trate de servicio público *propiamente dicho* que opere bajo el régimen de concesión, así como cuando se trate de los servicios públicos *impropios*.

##### 6. *Los recursos necesarios para la prestación del servicio*

Tampoco es posible la prestación de un servicio público sin destinar para ello los recursos mínimos requeridos para tal efecto, los cuales pueden agruparse en recursos humanos –conjunto de personas dedicadas a realizar las tareas imprescindibles para tal efecto–, recursos

materiales –bienes muebles e inmuebles, maquinaria, herramienta, mobiliario y equipo indispensables– y recursos financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

### 7. *Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado*

El último de los elementos esenciales que analizamos del servicio público, es el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, que algunos catalogan como de derecho público y otros autores consideran como en parte de derecho privado y en parte de derecho público, pero que en uno y en otro caso resulta exorbitante del derecho privado, lo cual se comprueba aun en el servicio público impropio o virtual, el cual queda sujeto a una norma de derecho público, por lo menos, mediante la imposición de un tope tarifario. Para Enrique Silva Cimma, ese régimen jurídico especial: “consiste en el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, que dictan los Poderes del Estado –con competencia para ello– cuando comprenden que una determinada necesidad general debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Se trata, generalmente, de un régimen de Derecho Público”.<sup>22</sup>

La base fundamental del régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, radica en la indiscutible desigualdad de los principales intereses involucrados en el servicio público, a saber: los intereses de los usuarios cuya necesidad de carácter general es la razón de ser del servicio, los intereses del prestador del servicio, los intereses de la sociedad y los intereses del Estado. A juicio de Gastón Jèze:

Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II, p. 145.

<sup>23</sup> Gaston Jèze, *op. cit.*, t. II, vol. 1, p. 4.



Vale decir que el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, que rige al servicio público, a pesar de no ser el mismo en todos los casos, por adecuarse específicamente a cada uno de ellos, tiene en común ciertos rasgos característicos que lo diferencian del referido a los servicios privados, y versan sobre la regularidad, la continuidad, la adaptabilidad, la obligatoriedad y el financiamiento del servicio, de los cuales ya nos hemos ocupado en páginas anteriores; así mismo, se refieren al poder de policía, al dominio público, a las restricciones al dominio privado, y a la expropiación.

#### A. El poder de policía

Respecto del servicio público, el poder de policía se traduce en la llamada policía de gestión de los servicios públicos cuyas labores pueden clasificarse en tres rubros, según se relacionen con los prestadores del servicio, con los usuarios, o con los bienes y la operación del servicio.

En lo relativo al prestador del servicio, la policía de gestión realiza una labor técnica permanente encaminada a exigir el cumplimiento de la norma vigente, en la prestación del servicio. En lo concerniente al usuario del servicio, la policía de gestión se limita a verificar que al acceder al servicio, el usuario cumpla los requisitos exigibles conforme a la normativa vigente y, durante el uso del servicio, guarde la actitud y la conducta previstas en ella. En lo tocante a la operación del servicio y a los bienes afectos al mismo, la policía de gestión se ejerce contra quienes indebidamente tratan de impedir, perturbar o interrumpir la prestación del servicio.

En relación con la labor de la policía de gestión del servicio público, Fritz Fleiner considera que los órganos del mismo, son competentes para defender directamente el servicio y están facultados para rechazar, sin más trámite y con uso de la coacción, cualquier traba al funcionamiento del servicio.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Vid. Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Editorial Labor, 1953, p. 127.

## B. El dominio público

Otra característica del régimen jurídico especial del servicio público versa sobre el dominio público, porque, como es fácilmente comprobable, los bienes afectos al servicio público guardan una situación jurídica especial. Según la opinión de Benjamín Villegas Basavilbaso, con la cual coincidimos, los bienes afectos a los servicios públicos propiamente dichos, guardan una situación jurídica especial que, de no existir, posibilitaría la libre enajenación de tales bienes por parte de sus propietarios, o su embargo y, en su caso, su remate, lo cual podría provocar la interrupción o suspensión del servicio público, en clara contradicción a sus caracteres esenciales de continuidad y permanencia. “Así, pues —afirma Villegas Basavilbaso—, la indisponibilidad de las cosas afectadas a los servicios públicos, en ausencia de ley que la establezca, deberá ser declarada judicialmente en cada caso de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza física de aquéllas”.<sup>25</sup>

## C. Restricciones al dominio privado

La prestación del servicio público y, por ende, la satisfacción de las necesidades de carácter general que atiende, requiere en ocasiones de la imposición de restricciones y servidumbres al dominio privado —otro de los rasgos característicos del régimen jurídico especial del servicio público—, mediante las cuales se limita el ejercicio del derecho de propiedad privada en beneficio del servicio público. Con toda razón, Villegas Basavilbaso, dice: “A los efectos de la cuestión en examen debe observarse que, en principio, estas limitaciones a la propiedad privada que el Estado ejerce, en ciertos casos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades colectivas, constituyen una nota específica que califica el servicio de público, y deben ser establecidas por acto legislativo”.<sup>26</sup>

## D. La expropiación

La posibilidad de la expropiación forzosa representa otro rasgo característico del régimen jurídico especial del servicio público, la que,

<sup>25</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 73.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 75.

como severa limitación a la propiedad privada, suele imponerse para lograr la instalación y el funcionamiento del servicio público, cuando no puede satisfacerse la necesidad de carácter general a la que se destina, sin la incorporación de la propiedad privada de los particulares al dominio público.

Habida cuenta que, como lo reconoce el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”, el instituto de la expropiación forzosa debe establecerse y regularse en la ley. En México, la misma Ley Fundamental tutela el derecho humano a la propiedad mediante la garantía contenida en el segundo párrafo del artículo 27 constitucional, al disponer: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Si bien la regulación del instituto de derecho público de la expropiación debe regularse en la ley, la aplicación al caso concreto se lleva a cabo mediante un acto administrativo fundado en la ley correspondiente.

## VII. LA DEFINICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público se ha tratado de definir tanto en la ley como en la jurisprudencia y en la doctrina, y como se puede comprobar fácilmente, es en la legislación en donde se ha registrado el menor número de intentos definitorios de esta categoría jurídica, lo que contrasta con la doctrina, en la que existen tantas definiciones como autores se han ocupado del servicio público.

### *1. La definición del servicio público en la legislación*

Poco propenso ha sido el legislador a incluir definiciones en el ordenamiento legal, por ello llama la atención la definición de servicio público contenida en la *Ley que establece las bases para el régimen de permisos, licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos y la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio del Estado y los Ayuntamientos*, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Guerrero*, de 10 de octubre de 1989, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 2o. Para efectos de la presente Ley, se entiende por servicio público la actividad técnica que puede prestarse en forma directa o indirecta para satisfacer necesidades colectivas conforme a principios de igualdad, generalidad, regularidad, adecuación y continuidad.

Como es evidente, en esta definición legal se incluyen los caracteres esenciales básicos de generalidad, igualdad, regularidad y continuidad que postula la doctrina, así como la finalidad de satisfacer necesidades *colectivas* mediante una actividad técnica que puede prestarse de forma directa o indirecta, mas no dice a cargo de quién, o sea a quién se atribuye la prestación del servicio, aun cuando pueda interpretarse que tal sujeto sea el Estado o el municipio, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Desde luego, una definición no requiere incluir todos los caracteres esenciales y los elementos indispensables de lo definido, sino sólo los necesarios para exponer el género próximo -actividad-, y la diferencia específica -técnica y satisfactora de necesidades colectivas-, aclarada con sus circunstancias de tiempo -continua- y de modo -igual, general, regular y adecuada-, sin ser tautológica, negativa, ni excesivamente larga.

En España, el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, definió: “Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia local de las entidades locales”.

## *2. La definición del servicio público en la jurisprudencia*

En Francia, la jurisprudencia viene a ser la principal protagonista en la conformación tanto de la idea como del concepto y de la definición del servicio público, mediante *arrêts* tan sonados como los relativos a los casos Rothschild, Dekeister, Blanco, Therond, Terrier, Feutry y el de Radio Atlantic, para no citar sino algunos de los más conocidos, cuya influencia ha trascendido las fronteras de Francia, respecto de la institución jurídica universal del servicio público.

En cambio, en México, la jurisprudencia no ha tenido una participación tan relevante, como en Francia y en España, en la configuración del concepto y de la definición del servicio público, lo cual no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen defini-

ciones del servicio público, inicialmente formulados a la luz del criterio orgánico, como el contenido en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida hace más de medio siglo, cuya parte medular señalaba:

En derecho administrativo se entiende por servicio público un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público y por una organización pública. Es indispensable, para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo atienda directamente y de por sí, con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales y que, consiguientemente, los funcionarios y empleados respectivos sean nombrados por el poder público y formen parte de la administración...<sup>27</sup>

Como salta a la vista, la anterior dista mucho de cumplir las reglas más elementales de la definición, por incluir en ella a lo definido, carecer de diferencia específica, ser obscura e innecesariamente extensa. En descargo de sus deficiencias debe tenerse presente que fue formulada en una época –1942–, en la cual las teorías relativas al servicio público eran poco conocidas en nuestro país, mas no así las reglas de la lógica.

Posteriormente, la Suprema Corte se ha pronunciado con mucha mayor propiedad y acierto en el tema, al hacer consistir al servicio público:

(...) en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes. (LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACION, SERVICIO PÚBLICO EN RELACION CON LA. *Apéndice de Jurisprudencia* de 1917 a 1965 del *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, Segunda Sala, pág. 191).

### 3. La definición del servicio público en la doctrina

Dado el gran número de definiciones propuestas en la doctrina acerca del servicio público, no vamos a examinar aquí todas ellas, porque además de ser tantas como autores se han ocupado de él, sería un ejercicio

<sup>27</sup> Tomado de: Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 120.

de poco provecho; por ello, apenas nos ocuparemos de algunas de las más representativas.

#### A. La definición de Duguit

En opinión del decano de la Universidad de Burdeos, el servicio público es “toda actividad cuyo cumplimiento deba ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes”.<sup>28</sup> El género próximo en esta definición viene a ser toda actividad, sin importar quien la realice, lo cual significa que no se trata forzosamente de una actividad del Estado; la diferencia específica la circunscribe a un sector de las actividades posibles: aquellas cuyo cumplimiento deba ser asegurado, reglado y controlado no por quien sea, sino, en una circunstancia de modo, por los gobernantes.

La anterior definición es más clara que lo definido, lo cual no se incluye en ella, además es breve y positiva; empero no equivale a lo definido, porque, al menos en la actualidad, a la luz de la doctrina jurídica imperante en materia administrativa, es mucho más que lo definido, por incluir prácticamente todo tipo de actividades del Estado como son, por ejemplo, las concernientes a las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional.

#### B. La definición de Jèze

En opinión de Gastón Jèze, el *enfant terrible* (niño terrible) de la llamada “Escuela del Servicio Público”:

Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3a. ed., París, Editions E. de Boccard, 1927-1930, t., II, p. 55.

<sup>29</sup> Gastón Jèze, *Principios generales de derecho administrativo*, ed. cit., t. II, vol. I, p. 4.

Jèze considera, pues, al servicio público como un procedimiento técnico cuyo objeto consiste en dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, con sujeción a un régimen jurídico especial, de derecho público. El género próximo viene a ser aquí un procedimiento, mas no cualquiera, sino el precisado por la diferencia específica, en dos aspectos: técnico y satisfactor de necesidades de carácter general. Esta *definitio* se complementa con las circunstancias de modo, relativas a la satisfacción de la necesidad: regular y continua, y con sujeción a un régimen jurídico especial de derecho público, capaz de modificar en todo momento la organización del procedimiento.

El tratadista argentino Benjamín Villegas Basavilbaso, considera a la referida construcción definitoria de Jèze sobre el servicio público “una de las más sistematizadas del derecho administrativo”;<sup>30</sup> mas, aun cuando sea más clara que lo definido, sea positiva, esté exenta de vicios tautológicos y no sea muy larga, no es equivalente a lo definido, al incluir, por una parte más y, por otra, menos de lo definido.

Afirmamos que comprende más de lo definido, porque incluye los procedimientos que satisfacen todas las necesidades de interés general, como son las del Estado y del municipio, ambas de indudable interés general, pero que en la mayoría de los casos se satisfacen mediante el ejercicio de funciones públicas o a través de la celebración de contratos administrativos de servicios personales, de arrendamientos, de adquisiciones y de obra pública, entre otros, que desde luego no son servicios públicos; de menos, porque no considera a los procedimientos sujetos a regímenes jurídicos mixtos, en parte de derecho público y en parte de derecho privado, pero siempre exorbitantes de este último, característicos de los servicios públicos propiamente dichos prestados bajo el régimen de concesión, o de los servicios públicos impropios o virtuales.

#### C. La definición de Díez

El prestigiado jurista argentino Manuel María Díez ha definido al servicio público como “la prestación que efectúa la administración

<sup>30</sup> Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 13.

en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”.<sup>31</sup>

Además del establecimiento del género próximo y de la determinación de la diferencia específica, se aprecia su claridad, concisión y positividad; igualmente se cuida de incurrir en el vicio de incluir lo definido en la *definitio*, sin embargo, uno y otra no son equivalentes, porque el primero incluye la prestación que no efectúa la administración –sino los particulares– para satisfacción de necesidades de carácter general, la cual no figura en la definición, por lo que ésta sólo resulta válida para una parte del servicio público, que es la del propio o propiamente dicho, pero no abarca al impropio o virtual.

#### D. La definición de Olivera Toro

El profesor mexicano Jorge Olivera Toro, propone la siguiente definición, parecida a la de Díez: “el servicio público es la actividad de la que es titular el Estado y que, en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas, de una manera regular, continua y uniforme”.<sup>32</sup>

En la anterior definición, el género próximo es la actividad estatal, en tanto que la especie viene a ser la actividad del Estado satisfactora de necesidades colectivas. Erróneamente, el autor indica que tal actividad satisface en forma directa o indirecta necesidades colectivas, pues lo que debió expresarse es que el Estado, como titular de tal actividad, la podrá desarrollar directa o indirectamente, porque las referidas necesidades siempre las habrá de satisfacer directamente la actividad; además, esta definición, al igual que la de Díez, tampoco es aplicable al servicio público impropio, porque excluye a las actividades cuya titularidad no corresponde al Estado, sino a los particulares, como acontece en el servicio público impropio.

#### E. Definición de Alcides Greca

El profesor santafecino, en su renombrada obra *Derecho y ciencia de la administración municipal*, plantea la siguiente definición omnicomprendiva del servicio público:

<sup>31</sup> Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 198.

<sup>32</sup> Jorge Olivera Toro, *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967. p. 57.



Toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que tendiendo a satisfacer necesidades públicas es realizada directamente por la administración pública, o indirectamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinen las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar su menor coste, efectividad, continuidad y eficacia.<sup>33</sup>

En relación con la anterior definición, habremos de hacer notar que en los casos de concesión, subrogación o arriendo del servicio público, efectivamente el Estado realiza indirectamente la prestación que le está atribuida, no así en los casos de servicios públicos impropios, pues tratándose de ellos, la prestación no es atribución del Estado, quien se concreta a otorgar un permiso o una licencia o autorización al particular, para que sea éste quien directamente –no por delegación del Estado ni del municipio– preste el servicio.

#### F. Mi propuesta de definición

Para establecer el género próximo del servicio público diremos que se trata de una actividad, no de la organización que la tiene a su cargo; no se trata de una prestación, pues el servicio se presta mediante la realización de la actividad; ni mucho menos es un procedimiento, porque es la actividad la que, en algunos casos, precisamente requiere de un procedimiento o de un conjunto de procedimientos, propios de ciencias, industrias u oficios específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados.

Una primera diferencia específica que nos conducirá a un nuevo género próximo, consiste en que la actividad relativa al servicio público es técnica, por lo que requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos, en los términos señalados en el párrafo anterior. Para los efectos del servicio público, podemos considerar a la “actividad técnica” como un nuevo género próximo, dado la gran diversidad de ac-

<sup>33</sup> Alcides Greca, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, 2a. ed., Santa Fe, Argentina, 1943, p. 194. *Vid.* en sentido parecido: Alcides Agustín Peduran, *Los municipios del siglo XXI*, Hurlingham, Provincia de Buenos Aires, Editorial Aguilar, s/f., p. 88.

tividades técnicas posibles, las cuales podemos clasificar en dos grupos: las que satisfacen necesidades de carácter general y las que no satisfacen dichas necesidades; la actividad técnica relativa al servicio público es del primer grupo.

En cuanto a lo que se pretende satisfacer mediante la actividad técnica del servicio público, afirmamos que es la necesidad de carácter general y no el interés general, ni la necesidad colectiva o de carácter colectivo, ni tampoco la necesidad pública, por las razones expuestas en páginas anteriores al referirnos a la necesidad como elemento del servicio público, en el apartado 6-A de este subcapítulo.

A la luz de los caracteres esenciales del servicio público y de la clasificación de las actividades estatales que las agrupa en funciones públicas, servicios públicos, actividades de interés público, obras públicas y actividades socioeconómicas simples, hemos propuesto la siguiente definición:

*Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.*

## VIII. LA DIVISIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

En atención al sujeto a quien está atribuido, el servicio público se divide en propiamente dicho o servicio público propio, y en impropio o servicio público impropio.

El servicio público es uno de los diversos tipos en que se clasifican las actividades estatales, otro tipo distinto es el de la función pública; las actividades socioeconómicas residuales, ya sean de interés público o simples, configuran también sendos tipos de actividades estatales.

El servicio público es clasificado por la doctrina en atención a diferentes criterios, dentro de los principales podemos citar los relativos a las características de sus usuarios: de *uti singuli* y de *uti universi*; por el ejercicio de autoridad: de gestión pública y de gestión privada;

por su aprovechamiento: voluntarios y obligatorios; por el carácter de la prestación: también voluntarios y obligatorios; por su importancia; indispensables, secundarios y superfluos; por el carácter de la necesidad: constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos; por razón de su cobro: gratuitos y onerosos; por su régimen jurídico: de régimen jurídico público y de régimen jurídico mixto; por razón de la competencia económica: de régimen de monopolio, de régimen de oligopolio y de régimen de competencia abierta; por el prestador del servicio: de gestión pública indiferenciada sin órgano especial, de gestión a cargo de establecimiento público sin personalidad jurídica propia, o como servicio público personificado, y en forma de sociedad privada; y por la titularidad o jurisdicción del servicio; conforme a este último criterio, los servicios públicos se pueden clasificar en generales, regionales, municipales y concurrentes.

### *1. Generales*

Se consideran servicios públicos generales, también conocidos como nacionales –o, en el caso de México, federales–, aquellos cuya prestación, regulación y control está atribuida al gobierno general del país; en tales casos hablamos de un servicio público general, llamado federal cuando se trata de un régimen de este tipo, como es el caso de México, entre cuyos servicios públicos federales podemos citar, entre otros, el del suministro de energía eléctrica, el de correos y el de teléfonos.

### *2. Regionales*

Se clasifican como servicios públicos regionales, los que se atribuyen al, y quedan bajo el control, del gobierno del departamento, región, provincia o entidad federativa y no del gobierno general del país; en México, para distinguirlos de los federales, se les denominan servicios públicos estatales, entre los cuales se puede mencionar al servicio público de taxis.

### *3. Municipales*

Lógicamente, los servicios públicos municipales son los atribuidos a la administración pública municipal; en México, por disposición con-

tenida en la fracción III del artículo 115 constitucional, el municipio atiende los de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales; alumbrado público; limpia, recolección, traslado y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones, y rastro; además, incluye calles, parques y jardines, que en rigor no son servicios públicos sino obras públicas.

#### 4. *Coincidentes y coexistentes*

En razón de la autoridad a quien compete el control de su prestación, en los servicios públicos se pueden distinguir los de la federación, los de las entidades federativas, los de los municipios, así como los atendidos simultáneamente por la federación, las entidades federativas y los municipios, los cuales, a la luz de la explicación hecha por el doctor Jorge Carpizo acerca de la división de competencias, los podemos a su vez clasificar en coincidentes y coexistentes.

Estaremos frente a un servicio público coincidente cuando su control se atribuye a dos o a las tres instancias de gobierno –federación, entidades federativas, municipios–, mas sólo a una de ellas se confiere establecer los criterios para distribuir su prestación y control; así ocurre, por ejemplo, con el servicio público de educación, atribuido por el artículo 3o. constitucional a la Federación, los Estados y los municipios, ya que en su fracción VIII confiere al Congreso de la Unión la expedición de las leyes destinadas a distribuir entre ellos la prestación de dicho servicio.

Consideramos servicios públicos coexistentes, los que en parte se asignan a la Federación, en parte a las entidades federativas, y en parte a los municipios, los servicios públicos de salud y de transporte colectivo de pasajeros, son ejemplos de esta clasificación.

## IX. PRECIOS, TASAS Y TARIFAS DEL SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos, con excepción de los clasificados como gratuitos, deben ser remunerados o retribuidos, lo cual significa que el usuario del servicio público deberá pagar un precio o tasa por el uso o aprovechamiento del servicio, determinado en una tarifa. Servicios

gratuitos son los atendidos con recursos fiscales, como suelen ser los llamados *uti universi* –alumbrado público, entre otros–, y algunos de los denominados *uti singuli*, como el servicio público de educación a cargo del Estado, por ejemplo.

### 1. *La remuneración al prestador del servicio*

Por definición, el servicio público oneroso implica que el usuario debe hacer el pago de una cantidad determinada a quien tiene a su cargo la prestación del mismo, o sea que los servicios públicos onerosos deben ser retribuidos por los usuarios en la medida y frecuencia con que los aprovechen. La retribución al prestador del servicio se denomina precio o tasa, según se trate de servicios voluntarios u obligatorios y se refleja en una tarifa determinada De acuerdo con diferentes factores y criterios.

### 2. *El precio*

En relación con los usuarios potenciales, los servicios públicos se clasifican en optativos o facultativos y en obligatorios. Los primeros son aquéllos que el usuario potencial resuelve si utiliza o no; los obligatorios son los que determinadas personas se ven compelidas a convertirse en sus derecho-habientes, aun en el caso extremo de que jamás los lleguen a aprovechar.

La retribución hecha por el uso de un servicio público oneroso se denomina precio, cuando su aprovechamiento es optativo para el usuario potencial, es decir, cuando éste no tiene la obligación legal o reglamentaria de utilizarlo. Así ocurre en el servicio público de rastro, entre otros; por ello, para Marienhoff: “Precio es la retribución correspondiente a los servicios ‘*uti singuli*’ de utilización facultativa para el usuario; por ejemplo: ferrocarriles, teléfonos, gas, energía eléctrica, etc”.<sup>34</sup>

La orientación del criterio para la determinación del precio de un servicio público dado variará según se trate de un servicio de gestión directa o concesionado, porque en el primer caso el precio estará encaminado a cubrir la amortización y la depreciación, más los gastos de mantenimiento, operación, administración y financiamiento; en tanto

<sup>34</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 134.

que en el servicio concesionado a particulares o a empresas de economía mixta, el precio habrá de procurar, además, la obtención de una ganancia o utilidad, porque lo anima el espíritu de lucro, a diferencia del servicio público, que por carecer de tal propósito, debe tender a su punto de equilibrio.

De igual manera, variará el precio por el uso del servicio público, según se le apoye o no con exenciones, franquicias o recursos fiscales; obviamente, siempre deberá ser inferior el precio de un servicio si se apoya con subvención o subsidio.

### 3. *La tasa*

Siempre que el aprovechamiento de los servicios públicos sea obligatorio para los usuarios potenciales, la retribución por la utilización del servicio, se le podrá denominar tasa, dado el carácter fiscal o parafiscal de la retribución, tal como ocurre en los servicios públicos municipales de agua potable y alcantarillado, entre otros; así, Marienhoff define: “Tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado”.<sup>35</sup>

Cabe hacer hincapié en que la tasa sólo rige en los servicios públicos onerosos de carácter obligatorio para el usuario, y que es una especie de tributo, género en el que también figuran el impuesto y la contribución de mejoras; se caracteriza por ser un tributo especial y referirse a un servicio público específico, así como por destinarse a compensar pecuniariamente una prestación pública determinada con miras a cubrir su costo, respecto del cual debe ser proporcional para lograr el punto de equilibrio, por no considerarse, por lo menos en la doctrina, fuente de recursos para el erario. En cambio, el impuesto es un tributo de tipo general, sin contraprestación, destinado a cubrir el gasto público sin especificidad.

El uso de la locución “tasas parafiscales” se hizo frecuente durante la segunda mitad del siglo XX para referirse a las que se aplican en los entes públicos distintos de la Administración central, por la prestación de servicios públicos obligatorios. En Francia, la ordenanza número

<sup>35</sup> *Ibidem*.

59-2, del 2 de enero de 1959, en su artículo 4 definió: “las tasas para-fiscales son tasas obligatorias percibidas, para un fin concreto, en beneficio de una persona moral distinta del Estado, de las colectividades locales y de los establecimientos públicos locales”.<sup>36</sup>

Con un concepto más amplio de las tasas para-fiscales, Maurice Du-verger las consideró como “extracciones efectuadas sobre sus usuarios, por algunos organismos públicos o semipúblicos, económicos o socia-les, con miras a asegurar su financiación autónoma, siendo el ejemplo más importante los aportes de la seguridad social”.<sup>37</sup>

En los términos de la Ley del Seguro Social, las personas vincu-ladas a otras por una relación de trabajo, son sujetos del régimen de aseguramiento obligatorio del servicio público de seguridad social, cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón. El personal de la Administración pública federal y de las fuerzas armadas tiene sus respectivos sistemas de seguridad social de régimen también obligatorio.

Lo anterior significa que a todo trabajador, inexcusablemente lo debe inscribir su empleador en el servicio público de seguridad social que le corresponda y pagar ambos las cuotas o aportaciones, que dado su carácter obligatorio se identifica con las tasas para-fiscales.

En principio, el monto tanto de la tasa como del precio del servicio público en mano pública, debe tender a lograr el punto de equilibrio en la prestación del servicio para no producir beneficios al erario, lo cual no se opone a que se generen remanentes en algunos ejercicios fiscales, bien para compensar los déficit de otros ejercicios, ya para realizar me-joras o ampliaciones al servicio. La obtención de remanentes excesivos y reiterados representaría un impuesto disfrazado.

#### 4. *El poder tarifario*

Como lo he reiterado antes, los servicios públicos están sujetos a un régimen exorbitante del derecho privado, como se evidencia en la de-terminación de los precios públicos, tasas o tarifas aplicables en cada

<sup>36</sup> Ministère des Finances, *Statistiques et études financières*, núm. 160, París, 1962, p. 362.

<sup>37</sup> Maurice Duverger, *Finances publiques*, Presses Universitaires, 1963, p. 92.

caso, acción reservada al Estado que así expresa su poder tarifario en esta materia, fincado en su potestad para determinar la política general del país, como lo explica Gaspar Ariño Ortiz, al afirmar:

(...) el poder tarifario sobre los servicios público surge históricamente en momentos de intervencionismo del Estado y como una consecuencia o manifestación más del poder general de ordenación económica. (...) De ahí que, con o sin expresa declaración formal, a éste corresponda su fijación unilateral, sin que sean hoy pensables condicionamientos o limitaciones contractuales. Esta conclusión constituye hoy un *principio general de derecho público con valor y vigencia propios, aplicable a cualquier servicio público, aun sin norma específica habilitante*.<sup>38</sup>

Cabe señalar que los derechos, tasas, o aportaciones que deben cubrirse por el uso de los servicios públicos de gestión directa del Estado, son expresiones del referido poder tarifario estatal cuyo sustento se ubica en la fracción VI del artículo 73 constitucional, que, en una manifestación de la potestad tributaria o impositiva del Estado, faculta al Congreso de la Unión a imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto, las cuales, según el Código Fiscal de la Federación, se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos; a las segundas, como ya vimos, la doctrina las denomina tasas parafiscales, y a los últimos les llama tasas.

De igual manera, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, prevé otra manifestación del poder tarifario del Estado al disponer, en su artículo 31, que corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: “Establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la administración pública federal, o bien, las bases para fijarlos (...)”.

##### 5. La tarifa

El pago que corresponda –precio o tasa– por el uso de un servicio público dado, se fija en una tarifa que, debidamente autorizada por

<sup>38</sup> Gaspar Ariño Ortiz, *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 75-76.



autoridad competente, da a conocer al usuario el importe a pagar para utilizar el servicio.

#### A. Etimología y concepto de tarifa

Proveniente de la voz áraba *tárif*, infinitivo del verbo *tarrafá*, traducible como publicar o dar a conocer, el vocablo *tarifa* comúnmente se explica como una lista de precios. En lo relativo a los servicios públicos, podemos entender por tarifa, la lista de precios o tasas legalmente aprobada, que debe hacerse del conocimiento de los potenciales usuarios.

#### B. Principios fundamentales de las tarifas

En la justipreciación o tasación justa y equitativa de los servicios públicos onerosos, es decir, en la determinación de los precios públicos o de las tasas que conformen las tarifas respectivas, conviene tener presentes los principios de igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad, razonabilidad y certeza que se exponen a continuación.

##### a. Igualdad

De acuerdo con el principio de igualdad, las tarifas de los servicios públicos deben tener como punto de partida el apotegma “a servicio igual precio o tasa igual”, lo que no impide la existencia de tarifas diferenciadas, siempre y cuando se establezcan, ya sea con base en la distinción de características o modalidades del servicio, como puede ser una tarifa mayor, para el uso del servicio de taxis en horario nocturno; o bien, con criterios de redistribución del ingreso y de la riqueza, como puede ser una tarifa inferior para los usuarios del servicio de agua potable de las zonas marginadas.

Tal diferenciación tarifaria podría expresarse para el primer caso, de la siguiente forma: trato igual en condiciones iguales y trato desigual en condiciones desiguales; en tanto que para el segundo caso podría enunciarse como trato igual para los iguales y desigual para los desiguales.

##### b. Justicia

Podrá considerarse justa la tarifa de un servicio público dado, si el monto del precio o de la tasa del mismo se determina bajo el supuesto

de una eficiente administración y, por tanto, la hipótesis de insumos a precios corrientes del mercado, para operar en punto de equilibrio los servicios de gestión directa, y con una utilidad equitativa para los concesionados. Con esto se logra que los servicios públicos sean pagados por los usuarios en la frecuencia y medida que los usen o estén a su disposición, sin subsidiar su prestación con recursos fiscales.

El subsidio del servicio público, en principio, se puede considerar injusto, porque implica destinar recursos fiscales para cubrirlo, lo que significa que contribuyentes no usuarios del servicio aporten recursos para abatir artificialmente el monto de su tasa o de su precio, en beneficio de quienes sí lo usan. Así, se consideraría injusta la tarifa que subsidiase un servicio público de transporte aéreo de lujo, porque la mayoría de los contribuyentes jamás utilizaría tal servicio y, por tanto, injustamente contribuiría a disminuir su precio o tasa, en beneficio de unos pocos usuarios de grandes recursos económicos.

En cambio, si la tarifa de un servicio público de transporte colectivo urbano de pasajeros, como el del Metro, se subsidia, será una minoría de económicamente pudientes la que contribuya a abatir artificialmente la tasa de un servicio público que nunca usará, pero que sí aprovechará la mayoría de contribuyentes, y que además beneficiará a toda la población, por contribuir a disminuir el uso de transporte automotor particular y, por ende, a abatir la contaminación ambiental.

Para que la tasa o precio de un servicio público dado sea justo, los salarios de los trabajadores que lo operan, habrán de ser similares a los de los trabajadores que realizan tareas semejantes, para no formar ni una elite laboral de salarios desmesurados que lesionen al erario o a la economía de los usuarios, ni tampoco un grupo explotado con remuneraciones por abajo de la media. Por el mismo motivo, los precios a que se adquieran los demás insumos del servicio público no deben ser superiores a los que rijan en el mercado.

De igual manera, la justicia tarifaria predica la eficiencia y la eficacia del servicio público, por ser injusto que el usuario sufra las consecuencias de una administración inepta o corrupta, lo que significa que las tarifas deben calcularse sobre el supuesto de una correcta y adecuada administración, independientemente de que el servicio esté a cargo de una institución pública o privada.

Tratándose de servicio público operado bajo el régimen de concesión, es de justicia que el concesionario perciba una utilidad razonable, la cual debe considerarse al fijar el monto de la tarifa, bajo el supuesto de una sana, correcta y adecuada administración; por tanto, es inadmisibles que repercutan en la tarifa las fallas o deficiencias administrativas del prestador del servicio, por lo cual le deberán mermar su utilidad o representarle pérdida.

En los servicios públicos prestados bajo gestión directa de la administración pública, de haber deficiencias administrativas que produzcan resultados financieros deficitarios, es de justicia la remoción de los servidores públicos responsables, a quienes, en su caso, se les habrá de fincar la responsabilidad correspondiente.

Asimismo será de estricta justicia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, para modificar una tarifa vigente, cuando por causas imprevisibles y no imputables al prestador del servicio, se alteren de manera substancial y significativa las circunstancias en que se aprobó, o alguno o algunos de los fundamentos esenciales que sustentaron la aprobación de la tarifa cuya modificación se pretende.

#### c. Equidad

Desde la perspectiva matemática, una tarifa será equitativa si lo que cuesta la operación del servicio público, más la respectiva amortización y depreciación y, en su caso, la justa utilidad del concesionario, se reparte alícuotamente entre sus usuarios para su pago.

#### d. Proporcionalidad

La tarifa del servicio público, para ser equitativa, deberá ser, además, proporcional, lo cual se logra mediante su determinación en función de la medida de su aprovechamiento, aun cuando no se logre una proporcionalidad matemáticamente exacta, porque, como señala Marienhoff:

Desde luego, lo expuesto no significa que la tasa o el precio del servicio deban equivaler matemáticamente a la prestación recibida por el usuario, pues tal exigencia sería insensata; sólo significa: lo que la tarifa ha de aplicarse a prestaciones efectivamente recibidas por el usuario, aunque el monto de lo que éste abone por ello no equivalga matemáticamente a la prestación que

recibe, bastando que entre el precio o tasa y la prestación recibida exista una ‘discreta equivalencia’ 2o. que la ‘proporcionalidad’ en materia de tarifas también debe existir en la determinación del módulo en cuyo mérito se cobrará la tasa o el precio.<sup>39</sup>

*e. Razonabilidad*

Sin duda resulta irrazonable una tarifa cuya aplicación en un servicio público dado dé lugar a utilidades o remanentes desmesurados; lo que no ocurrirá si, por el contrario, la utilidad o remanente que produce al prestador del servicio, no representa un exceso.

Tratándose de servicios públicos concesionados, una tarifa sería irrazonable si –en el supuesto de una sana, correcta y eficiente administración– generase pérdidas, o utilidades menores a las tasas bancarias, porque es absurdo que la empresa privada subsidie a un servicio público o corra riesgos y despliegue un esfuerzo considerable para lograr, cuando mucho, el equivalente a lo que paga una inversión bancaria de renta fija. Por contra, una utilidad que rebase el doble de la tasa bancaria más alta, seguramente sería irrazonable, dada la exclusividad que, en mayor o menor medida, implica la actividad de prestación del servicio público.

En el caso de servicios públicos de gestión directa, cuya prestación no está animada por el espíritu de lucro, no deben reportar utilidades; pero si la aplicación de una tarifa calculada para lograr el punto de equilibrio financiero, en la práctica da lugar a remanentes, con toda razón, éstos podrán aplicarse a cubrir déficit de ejercicios anteriores o a crear reservas para déficit de ejercicios subsiguientes. Mas, si tales remanentes fueren excesivos, o reiterados e importantes en varios años consecutivos, denunciarían la irrazonabilidad de la tarifa en cuestión.

*f. Certeza*

A fin de que, tanto el prestador del servicio como el potencial usuario de un servicio público determinado, puedan tener certeza de la correspondiente tarifa de precios o de tasas, ésta deberá ser debidamente aprobada y publicada por la autoridad competente, en la forma y tér-

<sup>39</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 146.

minos previstos en la ley o, en su caso, en el propio título de la concesión. En nuestra opinión, la tarifa debiera mantenerse en exhibición permanente, a la vista de los potenciales usuarios, en las instalaciones y oficinas del prestador del servicio, de acceso al público.

#### 6. *Naturaleza jurídica de la tarifa*

En la doctrina, como en la práctica, la tarifa del servicio público admite, respecto de su naturaleza jurídica, cuando menos tres versiones que conviene conocer: la tarifa contrato, la tarifa acto administrativo y la tarifa ley; porque como fundadamente hace notar Manuel María Díez: “El estudio de la naturaleza jurídica de las tarifas en lo relativo a las relaciones entre concesionario y concedente, tiene una gran importancia, porque de ella resultarán los principios aplicables al control del Estado en esa materia”.<sup>40</sup>

##### A. La tarifa contrato

Admite la tarifa contrato dos modalidades distintas; conforme a la primera, la tarifa es un contrato o el resultado de un contrato celebrado entre el Poder público y el operador del servicio. Conforme a la segunda versión, la tarifa se pacta entre el prestador y el usuario del servicio público.

##### a. Contrato entre Poder público y prestador del servicio

En opinión de George Dereux, el contrato que genera la tarifa de un servicio público se perfecciona cuando el Poder público aprueba el proyecto de tarifa propuesto por el prestador del servicio.<sup>41</sup> De acuerdo con este criterio, la tarifa del servicio público requiere siempre de un proyecto o propuesta de tarifa que debe formular el operador o prestador del mismo, así como de la aprobación del Poder público.

Semejante interpretación contractual de la tarifa tiene numerosos detractores y, en la actualidad, está casi olvidada. Se le objeta en razón

<sup>40</sup> Manuel María Díez, *Régimen jurídico de las comunicaciones*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, t. III, p. 81.

<sup>41</sup> , George Dereux, *De la nature juridique des tarifs de de chemins de fer*, París, Ed. Thése, 1906, p. 99.

de que el proyecto formulado por el operador del servicio no pasa de ser una propuesta que la autoridad va a considerar, pero no necesariamente a aprobar, porque puede ser modificada de manera importante e incluso desechada y sustituida totalmente por la autoridad. De esta suerte, conforme a tales argumentos, la aprobación y creación de la tarifa sería un acto unilateral de autoridad.

Se aduce también, para impugnar dicha versión contractual de la tarifa, que los contratos únicamente producen efectos entre las partes y no respecto de terceros, como serían los usuarios del servicio público, sin que ello se pueda convalidar mediante el mecanismo jurídico de la “estipulación por otro”, porque éste sólo puede operar para dar o hacer algo en provecho de un tercero extraño al contrato, mas no para imponerle obligaciones, como es en el caso de la tarifa.

*b. Contrato entre operador y usuario del servicio*

En la otra modalidad contractual de la tarifa, ésta se considera pactada de común acuerdo entre el prestador y el usuario del servicio público, tesis ampliamente impugnada, por considerarse que el servicio público siempre está sujeto a un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, en virtud del cual el Estado impone el precio o tasa del servicio público, dadas las circunstancias de mayor o menor exclusividad en que se desarrolla su actividad, con lo cual se pretende proteger los intereses del usuario.

*B. La tarifa como acto administrativo*

La tarifa se determina, conforme a esta modalidad, también conocida como tarifa reglamento, mediante un acto administrativo, debidamente previsto y autorizado por la ley, porque el legislador autoriza a la Administración pública a determinar las tarifas de los servicios públicos, dentro de ciertos lineamientos, sin que ello impida que el prestador del servicio proponga a la autoridad competente un proyecto de tarifa.

*C. La tarifa Ley*

Cuando la tarifa es determinada por la ley, adquiere una fuerza obligatoria incontestable, superior a la generada por un acto administrativo

o de derecho privado, por lo que las convenciones que se pactasen para variar o evitar su aplicación serían nulas; además contra de ella nadie podría alegar ignorancia y podría incluir sanciones, incluso penales, por su incumplimiento.

En la práctica, diversos servicios públicos han sido tarifados mediante ley, así, la Ley Federal de Derechos, determina las tasas o derechos de diversos servicios públicos de gestión directa, como los de telégrafos y de correos.

De igual manera, los servicios públicos de seguridad social son tarifados mediante ley, por ejemplo, la tarifa aplicable en el caso del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado –ISSSTE–, está contenida en su Ley.

#### *7. Consecuencias de la naturaleza jurídica de la tarifa*

En el supuesto de que las tarifas fuesen determinadas mediante contratos privados celebrados entre concesionario y usuario del servicio público, serían modificables mediante acuerdo de las partes, quedarían subordinadas a las leyes y reglamentos que pudieran oponerseles, y las controversias a que dieran lugar serían de la competencia de los tribunales judiciales correspondientes.

De fijarse las tarifas mediante contratos administrativos celebrados entre concedente y concesionario del servicio público, igualmente serían modificables por medio de acuerdo entre las partes; también se subordinarían a las leyes y reglamentos que se les pudiesen oponer, y la competencia para conocer de las controversias que generasen correspondería a los tribunales administrativos.

En rigor, la tarifa acto administrativo constituye, junto con sus reglas de aplicación, una tarifa reglamento, unilateralmente determinada por la autoridad facultada por la ley para tal efecto, pese a la posibilidad de que el concesionario o prestador del servicio proponga un proyecto tarifario, por cuya razón su modificación sólo se dará mediante otro acto administrativo o por medio de una ley, y las controversias que su aplicación genere serán resueltas por los tribunales administrativos. Las convenciones que en contra de la tarifa reglamento pactasen los usuarios con los prestadores del servicio público estarían viciadas de nulidad.

La tarifa ley sólo puede modificarse mediante otra ley, por cuya razón los convenios que pudieren efectuarse para alterar u obstruir su aplicación carecerían de validez, al igual que los actos administrativos encaminados a tal fin. La competencia para conocer de las controversias que su aplicación llegare a suscitar, la habrá de determinar la propia ley, la cual puede señalar sanciones para su incumplimiento.

No obstante sus evidentes ventajas, la tarifa ley tiene el grave inconveniente de su rigidez, lo cual puede provocar que su aprobación y, lo que es peor, su modificación, lleve largo tiempo, circunstancia que se agravaría en épocas de inestabilidad financiera, en las cuales se requiere de rápidas modificaciones tarifarias para que los precios y tasas de los servicios públicos recuperen, a la brevedad posible, sus caracteres de justicia, equidad y razonabilidad. De ahí que, en muchos casos se opte por la tarifa reglamento, cuya actualización es mucho más ágil.

#### 8. *Vigencia de la tarifa*

La vigencia de la tarifa suele ser indefinida y, en principio, no debe modificarse en tanto no varíen substancialmente las condiciones o circunstancias que motivaron su determinación, salvo en los casos a que se refiere la llamada cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de lo imprevisible; empero, es conveniente proceder a su revisión con alguna periodicidad, aun sin petición del prestador del servicio, tanto para evitar que se produzcan en exceso utilidades o remanentes, como para realizar ajustes que permitan mantener la igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad de la tarifa, en beneficio de los usuarios.

