



PRESENTACIÓN

La elaboración de una teoría del servicio público, como elemento central del derecho administrativo contemporáneo, encuentra su origen en Francia hacia finales del siglo XVIII. Alcanzará su cumbre en los albores del siglo XX, cuando se redimensionó y definió al Estado, al nuevo Estado, a partir del elemento novedoso que constituían los servicios públicos. Duguit encuentra en éstos el punto culminante del concepto del Estado; afirma que en torno a dicha noción gravita “todo el derecho público moderno”. Adelanta así la importancia que deben tener los servicios públicos en la configuración del derecho moderno, especialmente en la elaboración del derecho administrativo.

El Estado se define entonces a partir de los servicios públicos. Afirma el profesor francés que “El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”.¹

Una vez que se desecha el concepto de soberanía como base del derecho público, es el concepto de servicios públicos el que toma su lugar. Ahora hay que darle contenido al concepto servicios públicos. En el transcurso del siglo tal noción ha experimentado mutaciones de todo tipo, acordes con los modelos políticos y sociales que caracterizan a los Estados contemporáneos. A pesar de tales cambios, el debate en torno a los servicios públicos desde el derecho administrativo no ha sido recurrente y, en tal sentido, en la enseñanza del derecho es apenas un rubro de la asignatura *Derecho administrativo*. Su estudio ha sido, pues, relegado, a pesar de la trascendencia del mismo.

Sólo para advertir la importancia del tema, sobre todo en la formación de nuestros profesionales jurídicos, vale la pena retomar a León Duguit,

¹ Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Granada, Comares, 2005, p. 65. La primera edición de esta obra, en francés, se publicó en 1911. La primera edición en español es de 1921, y es traducción tomada de la tercera edición francesa de 1918.

quien dedica el segundo capítulo de *Las transformaciones del derecho público* al servicio público. Abre con las siguientes afirmaciones:

La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público.²

Duguit deja abonado el terreno para que la doctrina administrativista se ocupe, a profundidad, del tema. En efecto, esboza ya una definición de servicio público, según la cual por éste debe entenderse toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada (y por tanto realizada) sino por la intervención de la fuerza gobernante.³

A decir de diversos autores, el concepto de servicio público aparece como un criterio de interpretación de la regla de la separación de las autoridades administrativas, respecto de las judiciales.⁴ En México, han si-

² Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público* [versión al español de Adolfo Posada y Ramón Jaén], Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85. Hay otra edición: *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, p. 27.

³ Duguit, *Manual de derecho constitucional, cit.*, nota 1, p. 65.

⁴ Miguel Acosta Romero señala que la ley del 16-25 de agosto de 1790 y el decreto del 16 Fructidor año III, prohibían a los tribunales civiles el conocimiento de litigios administrativos, “así, fue en función de la separación de las jurisdicciones administrativa y judicial que se elaboró todo un sistema doctrinal sobre la base del concepto de servicio público, para que la primera conociera de las controversias que surgieran en relación a la actividad de la Administración Pública. A mediados del siglo XIX, la regla de la separación de poderes era interpretada en el sentido de prohibir absolutamente a los tribunales judiciales conocer de cualquier materia del contencioso administrativo”. Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del acto administrativo. Primer curso*, 17a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 988.

do pocos los estudios que han profundizado en el tema,⁵ especialmente por cuanto hace a la definición del concepto⁶ y la crisis que atraviesa.⁷

Si bien el tratamiento doctrinal presenta esa *generalidad*, lo cierto es que hay excepciones. Uno de los autores mexicanos que han dado especial lugar al estudio del servicio público es don Jorge Fernández Ruiz, distinguido investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Este libro colectivo sigue en parte las preocupaciones que esbozó en su obra *Derecho administrativo (servicios públicos)*⁸ y luego en *Servicios públicos municipales*,⁹ obras que son sin lugar a dudas pioneras en el tratamiento de este tema en México.

En otras latitudes, Agustín Gordillo señala que el servicio público es una actividad realizada monopólicamente por particulares, por delegación y bajo control del Estado, con un régimen de derecho público en el cual se fijaban las tarifas, se ordenaban y controlaban las inversiones, se controlaba la prestación del servicio, se aplicaban sanciones en caso de incumplimiento de metas cuantitativas o cualitativas de inversión, etcétera.

Por su parte, Fernández Ruiz, siguiendo a Duguit, señala que “servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de

⁵ De la década de los cincuenta son las aportaciones de Manuel Fraga publicadas en *La Justicia* (núms. 331, 332 y 333, correspondientes a 1957 y 1958). Sin embargo, no hay una bibliografía mexicana específica sobre el tema de los servicios públicos, sino hasta la década de los noventa, cuando aparece el libro de Jorge Fernández Ruiz mencionado en la nota 8.

⁶ Tempranamente señalaba José Castro Estrada que “la noción de servicio público, entendiéndose por tal el procedimiento o la actividad por virtud de los cuales el Estado, directa o indirectamente satisface necesidades colectivas, es una forma continua, segura, rápida y exacta; sin agotar totalmente el contenido de la actividad del Estado, puede afirmarse que constituye la piedra angular sobre la cual se construye el edificio de la moderna Administración en los países de auténtico régimen democrático”. Castro Estrada, José, “La teoría del servicio público en el derecho mexicano”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 4, septiembre-diciembre de 1939, pp. 451-459.

⁷ Véase Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. II, pp. 196-198. Este autor señala que elementos esenciales de la noción de servicio público entraron en crisis hace tiempo, y aunque se refiere al derecho argentino, en parte su argumentación resulta válida para el caso mexicano. En México, algunos autores se han referido a la crisis del servicio público pero presentado y contextualizado desde la situación de los Estados europeos. Véase Valls, Sergio y Matute, Carlos, *Nuevo derecho administrativo*, México, Porrúa, 2003, pp. 361-363.

⁸ México, Porrúa, 1995.

⁹ México, Instituto Nacional de Administración Pública-UNAM, 2002.

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”.¹⁰

Estas definiciones nos dan ya la pauta para entender que el concepto de servicio público alude a una situación particular en la prestación de determinados servicios a la población. Esta connotación no es aceptada en todos los sistemas jurídicos, incluso dentro de la doctrina administrativista existen diversos autores que consideran que la noción de servicio público resulta irrelevante.¹¹

A pesar de lo manifestado, se ha ido conformando una doctrina del servicio público que incluye diversas tipologías. Así, por ejemplo, la doctrina administrativa distingue entre servicio público propio e impropio,¹² voluntario y obligatorio, de gestión pública y de gestión privada,

¹⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa-UNAM, 1995, p. 165. También puede verse la definición que ofrece en *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 70.

¹¹ Desde la época misma del inicio del concepto de servicio público encontramos ya voces que se levantan contra el mismo. Fernández Ruiz cita a Henri Berthèlemy, contemporáneo de León Duguit, quien rechaza la noción de servicio público acuñada por su compañero ya que según éste carece de utilidad al no obtener beneficio alguno del servicio público. Esto es así, dado que el servicio público engloba puntos tan diversos como “una corte de apelación, una caja de ahorros, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional”, entre otros. También hay que citar a Manuel María Díez o a Gabino Fraga, entre quienes se oponen a la idea de servicio público. Fraga considera inaceptable la idea “a) Porque la noción de ‘servicio público’ no corresponde dentro de la doctrina que se examina a un concepto bien definido. b) Porque dicha noción es puramente doctrinaria, sin que esté de acuerdo con la realidad. c) Porque esos mismos términos no abarcan toda la actividad del Estado que pretende comprender. d) Porque, por otro lado, incluyen una parte de la actividad privada. e) Porque existe otra noción que, sin tener los inconvenientes señalados, sustituye en todos sus aspectos la función que se atribuye a la de servicio público”. *Ibidem*, pp. 41-43.

¹² Estas expresiones tienen orígenes diversos; por lo que hace a los servicios públicos impropios, resultan de las investigaciones de De Valles, la de los servicios públicos virtuales reconocen como origen la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y los comentarios que de la misma nos ofrecen los autores franceses. Además, es importante agregar que para algunos autores, el concepto servicio público impropio se basa más en consideraciones políticas que jurídicas.

gratuito y oneroso, entre otros.¹³ El *servicio público propio* es aquel que se encuentra encomendado directamente al Estado o a un concesionario; en cambio, los *servicios públicos impropios* son aquellos que tienen las características de un servicio público, pero no es el Estado quien lo presta, ya que éste únicamente se encarga de reglamentarlo, y son los particulares los encargados de prestarlo.¹⁴ Los servicios públicos impropios son también denominados *actividades individuales de interés público*.¹⁵ Esta noción es empleada por la legislación mexicana.¹⁶

Debe decirse que una característica importante del *servicio público impropio* es que no se encuentra establecido en la ley, derivándose de un permiso o autorización otorgados por la autoridad competente al liberar

¹³ Para advertir la diversidad existente, baste señalar que Fernández Ruiz, al ocuparse de la clasificación del servicio público, señala: “La doctrina clasifica al servicio público conforme a diversos criterios, los principales podemos agruparlos, por las características de sus usuarios, en de *uti singuli* y de *uti universi*, según se pueda o no identificar a los usuarios; por el tipo de prestador del servicio, se distinguen los de gestión pública y de gestión privada; por su aprovechamiento: en voluntarios y obligatorios; por el carácter de la prestación: también en voluntarios y obligatorios; por su importancia: en indispensables, secundarios y superfluos; por el carácter de la necesidad: constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos; por razón de su cobro: gratuitos y onerosos; por razón de la competencia económica: de régimen de monopolio y de régimen de oligopolio; y por razón de competencia, en federales, de las entidades federativas, municipales y concurrentes”. Fernández Ruiz, *Derecho administrativo y administración pública, cit.*, nota 9, p. 70.

¹⁴ En último término, la intervención administrativa, por estrecha que sea, presupone una actividad que sigue siendo privada. Con todas las cortapisas que se quiera, pero privada. Véase en este sentido González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, UNAM, 1971, p. 27.

¹⁵ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Montevideo, 1952, t. I, p. 86. Este autor señala que se utiliza esta terminología porque la posición de los particulares que ejercen estas actividades es distinta de la de aquellos que explotan servicios públicos. Mientras en el primer caso ejercen un derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en el segundo no pueden actuar sino por virtud de una concesión otorgada por la administración. En esto reside la diferencia de regímenes.

¹⁶ Por cuanto hace a la noción genérica de servicio público, hay que citar la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público, expedida por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1996, que señala en su artículo 128: “Para efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regular y continua, uniforme y en igualdad de condiciones”.

el ejercicio de un derecho individual ilimitado. Eso sí, se trata de una actividad destinada a satisfacer necesidades públicas de carácter general.

Otro rasgo relevante es el de que este tipo de prestaciones públicas en manos de los particulares requiere del pago de una tarifa, la cual, en principio, es autorizada (o fijada, en algunos casos) por la autoridad competente. Esta tarifa tiene como finalidad la de remunerar las prestaciones que otorga el prestador del servicio. De acuerdo con Fernández Ruiz, la tarifa presenta diversas modalidades: “si la demanda supera normalmente a la oferta la tarifa habrá de ser fija e inderogable, porque al otorgarse condiciones de preferencia a algunos, podría provocar la exclusión de otros, contra la obligación de prestarse a quien quiera, en el orden en que se presenta”.¹⁷

Puede advertirse que el papel del Estado en el servicio público impropio se encuentra más acotado que en el servicio público propio. No obstante esta afirmación, resulta evidente que el papel que asume el Estado es de primordial importancia ya que, pese a no prestarlo directamente, si regula la actividad privada destinada a satisfacer las necesidades públicas. Este rol estatal tiene como objeto el que el servicio público no pierda su esencia primordial, que es satisfacer necesidades de interés general.¹⁸

En muchos aspectos resulta evidente la evolución que ha mostrado el servicio público como categoría jurídica y la prestación de servicios públicos como parte de la administración pública. Esto es más palpable si consideramos que esta categoría jurídica tuvo su etapa de auge en un momento muy particular de la historia, en el cual se observa una etapa de crecimiento del ente estatal, misma que se refleja también en el compromiso social que el Estado asume con las mayorías. Para Jorge Fernández Ruiz,

En consonancia con las ideas del solidarismo, cuya esencia podría resumirse en la expresión “todos vamos en el mismo barco”, la parte tiende a unirse a sus semejantes para constituir un todo al servicio del bien común, en benefi-

¹⁷ Fernández Ruiz, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, cit., nota 8, p. 92.

¹⁸ Fernández Ruiz cita a Marcel Waline para enfatizar lo que representa el servicio público como garantía de la satisfacción de las necesidad pública o general: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, la *ultima ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”. *Ibidem*, p. 115.

cio social de todas las partes. En consecuencia, el Estado no debe ni puede concretarse a ser simple policía, reducido a vigilar que el quehacer de los agentes sociales no dañe la libertad o los derechos de otros, ni perjudique o altere el orden público, como postula el pensamiento liberal.¹⁹

En el Estado del solidarismo, el Estado evoluciona hacia el intervencionismo, y por ende se convierte en el principal promotor de la justicia, con el objetivo de intervenir al mercado para corregir los excesos del mercado, cuyo efecto regula, planifica, distribuye y orienta todos estos fines, hacia el bien común del grupo social.

No obstante lo anterior, la falta de moderación de los gobiernos intervencionistas, aunado a diversos factores de tipo social, político, cultural e ideológico, contribuyeron al descrédito y posterior desplome del Estado interventor, para cederle paso al modelo neoliberal, que es el que ha provocado que el concepto de servicio público esté pasando la peor de sus crisis desde la época de entrada del Estado en la economía como un activo protagonista en la producción y el mercado de bienes y servicios, que tuvo su clímax en el proceso de nacionalizaciones experimentado al final de la Segunda Guerra Mundial.

El destacado jurista anglosajón, Roscoe Pound, escribía ya en 1949:

Las sociedades de hoy demandan servicios que van mucho más allá de aquellos que el Estado liberal, encargado de mantener el orden y reparar las injusticias, podía ofrecer. En una sociedad industrial compleja resulta cada vez más difícil conseguir por propia iniciativa personal muchas cosas que el público desea ver realizadas y rápidamente. Agencias y entidades administrativas encargadas de promover el bienestar general han llegado así a ser una necesidad y están aquí para muchos años. Resultaría fútil luchar contra la idea de un *service state* que guarde el debido equilibrio con la idea de espontánea iniciativa individual característica de América. Lo que uno debe resistir y combatir, no es la prestación por el Estado de muchos servicios públicos que aquel pueda llevar a cabo sin atentar a nuestro sistema legal y político, sino la idea de que todos los servicios deben y pueden solamente ser realizados por el Gobierno.²⁰

¹⁹ Fernández Ruiz, *Derecho administrativo y administración pública*, cit., nota 10, p. 29.

²⁰ Pound, Roscoe, "The Rise of the Service State and its Consequences", *Harvard Law Review*, 1949, p. 77.

Como se observa, el concepto servicio público se encuentra fuertemente motivado por diversas cuestiones, entre las que destacan: políticas, económicas e ideológicas, ya que son estas nociones las responsables de la evolución del servicio público. Si bien no se está ante el fin de la historia, sí, muy probablemente, ante un punto de inflexión en ella. Se están presentando numerosos fenómenos relevantes a una gran velocidad, ante los cuales es preciso reflexionar que, con mayor ambición y responsabilidad, es importante encauzar los esfuerzos en beneficio de una sociedad más justa e igualitaria en la que los hombres puedan convivir en un entorno de solidaridad que les permita desarrollarse y formarse para poder enfrentar con dignidad los retos que les depara el mañana.

Resulta obvio, por lo que se ha comentado, que el servicio público ya no se puede entender como se entendía anteriormente, razón por la que se ha de intentar desentrañar lo que es el servicio público y lo que significa para el derecho; lo que ha significado y lo que significa en el presente.

Primeramente la expresión apunta a una noción con un origen o utilización extrajurídica, lo que es muy frecuente que se presente en otras categorías jurídico-públicas. Por eso se podría hablar, de alguna forma, del carácter de mito que tiene el servicio público con lo que de idealización o proclama político-social ello supone.

En segundo lugar, hay que señalar enfáticamente que ya desde el comienzo la multivocidad de la expresión, incluso dentro del derecho positivo, permite cierta explicación crítica de la vigencia utópica de la institución que floreció en Francia y de ahí habría de establecerse a otros órdenes jurídicos. No cabe duda que el servicio público es un instrumento maleable que permite su adaptación a la variedad imprevisible de las circunstancias reales. De manera que no ha faltado quien llame a poner atención acerca de la falsedad de la construcción del servicio público como una realidad francesa, que permitió ser exportada con rango de validez universal, como una categoría estática construida de una vez por todas. Ciertamente, pocos podrían suscribir tal tesis.

Desde otras perspectivas, el servicio público puede entenderse como el resultado jurídico de determinados compromisos ideológicos, políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. También se puede entender como un acuerdo entre el Estado y la sociedad, o entre los gobernantes y los gobernados, si se prefiere seguir la terminología que utilizó Duguit.

Lo anterior es una de las razones máximas de las dificultades que le plantean estas ideologías al concepto que se aborda en esta obra, y que provoca la erosión y replanteamiento de la noción de servicio público. Las mismas cuestiones, o por lo menos análogas preguntas, que hubo necesidad de hacer sobre la justificación del servicio público en el siglo XIX y primer tercio del siglo XX se siguen formulando hoy en día; pero además sobre la gestión económica a cargo del Estado y sobre las llamadas privatizaciones de las empresas públicas. Esto se explica a la luz de los objetivos de política económica y mejoras de las magnitudes macroeconómicas coyunturales, sin dejar de mencionar que nos encontramos nuevamente en el meollo de la concepción del Estado, de sus relaciones con la sociedad, con la dirección que éste debe tomar para atender los derechos de la sociedad.

Otra causa importante del declive de esta figura viene de su excesivo éxito, de pretender explicarlo todo, al utilizar esta técnica interventora para asumir actividades que cada vez más se distancian del origen de esta figura. Un ejemplo de esta afirmación es el caso de los servicios públicos asistenciales o sociales, de la educación o de las comunicaciones, y la consecuencia inmediata de esto es la hipertrofia y la desestabilización de esta figura jurídica; dicho de otra forma: la opinión pública es indiferente a interesarse en los servicios públicos cuando el encargado de gestionarlos es el Estado, pero cuando éstos pasan a la órbita de los particulares el debate encuentra defensores y espectadores. Como se puede observar el servicio público ilustra de manera muy nítida el carácter público del derecho. No obstante, buena parte de la legitimidad de los gobernantes se expresa en las obligaciones que el gobernante contrae con los ciudadanos, por lo que la crisis del servicio público se manifiesta también en una crisis del Estado mismo, la cual creemos que se manifiesta en la entrega de importantes actividades estatales a los particulares ya sea por medio de la privatización o de la concesión. Independientemente de cualquiera que fuera la falta de moderación de la empresa privada se observa en las fuertes manifestaciones de rechazo público a estas medidas.

Sin embargo, la noción sigue siendo importante. En el caso mexicano, habrá que estar atento al desarrollo que puede tener la figura, de cara a la adición del artículo 113 constitucional, que en su segundo párrafo señala: “La responsabilidad del Estado por los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una

indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

La figura de la responsabilidad civil encuentra en el concepto de falla en el servicio uno de sus elementos de análisis más destacados, lo que a su vez resulta ser un marco favorable para el auge del estudio de los servicios públicos. Pero no sólo eso, las características de multiculturalidad que se observan en los Estados contemporáneos ofrecen una variada gama de opciones para el estudio de los servicios públicos: educación, salud, justicia, etcétera.

El conflicto entre los nuevos elementos que conforman la realidad social, política, económica y cultural de los Estados contemporáneos es lo que motiva las reflexiones de esta obra colectiva. La invitación a los colaboradores tenía tal perspectiva y expectativa: revisar una institución central del derecho público a la luz de las necesidades y retos que enfrentan las sociedades contemporáneas. La respuesta está en los treinta y un ensayos aquí reunidos.

Mi agradecimiento a todos los colaboradores por su participación entusiasta en este proyecto académico, que busca renovar el interés de los estudiosos del derecho administrativo en la institución de los servicios públicos, que ha demostrado ser pilar en la construcción de una doctrina administrativista que dé un nuevo perfil a la actividad estatal, especialmente en estas épocas de cambios constantes y apresurados.

Agradezco en especial a Luis Gerardo Rodríguez Lozano, quien ha sido un excelente colaborador en la consecución del primero de los volúmenes que habremos de dedicar al estudio de los servicios públicos, ahora en Iberoamérica, más adelante en el caso mexicano, en forma general y particular.

La coordinación de esta obra es fruto de mi breve estancia como investigador adscrito al área de derecho administrativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco a don Jorge Fernández Ruiz, así como a Miguel Alejandro López Olvera, el apoyo incondicional que me brindaron y que sirvió, entre otros, para ponerme en contacto con la mayoría de colaboradores de esta obra colectiva, que espero sugiera nuevas indagaciones a los administrativistas en Iberoamérica.

David CIENFUEGOS SALGADO