

## ELEMENTOS PARA DELIMITAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN MÉXICO

Federico Fabricio SANTIAGO SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Los elementos integradores de los servicios públicos.* III. *Los servicios públicos expresamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* IV. *Reflexiones finales.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A pesar de que existe en el mundo una tendencia a privilegiar la libre competencia y desregulación en las actividades económicas y, por ende, en aquellas que implican acciones destinadas a satisfacer necesidades de carácter general, como son los servicios públicos, en México se han conservado una serie de principios que continúan reservando el monopolio del establecimiento y regulación de estas actividades a los órganos estatales de los distintos órdenes de gobierno, al permitir que únicamente los particulares participen en la prestación de ciertos servicios públicos bajo la figura jurídica de la concesión, pero manteniendo siempre el gobierno la regulación del servicio y el establecimiento de las tarifas.

Así, en México, los servicios que han sido considerados como “públicos”, ya sea porque su prestación se encuentre a cargo de los órganos de poder público —criterio orgánico—, sea porque tengan como función el satisfacer una necesidad de carácter general —criterio funcional— o porque su regulación se encuentre sujeta a un régimen jurídico especial de derecho público —criterio jurídico—, invariablemente han adoptado el carácter de servicios públicos, debido a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el penúltimo párrafo de su artículo 28, que serán las disposiciones de la misma Constitución, y de las

leyes emanadas de ella, las que realizarán la sujeción de una actividad a un régimen de servicio público —criterio legal—.

De esta manera, es la Constitución la fuente principal de donde emana el “criterio legal” que faculta al Congreso de la Unión, a las legislaturas de los estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para determinar, en las leyes que expiden o en las reformas que realizan, aquellas actividades que deben ser consideradas servicios públicos, otorgando a la Federación la competencia sobre algunos, dejando otros bajo la competencia local de los estados e integrando otros tantos a la competencia de la esfera municipal, además de que se contemplan servicios públicos en los que pueden existir competencias concurrentes de los tres órdenes de gobierno. En esta multiplicidad de actividades, órganos que las desempeñan y competencias sobre su regulación, dentro del mundo de los servicios públicos mexicanos, se hace cada vez más común encontrar una falta de homogeneidad en su construcción doctrinal y legislativa, lo que ha generado serias diferencias de forma y fondo respecto a aquellos requisitos que debe satisfacer una actividad para sujetarla al régimen de servicio público en nuestro país; es decir, al expedir una ley de competencia federal, el Congreso de la Unión puede considerar algunos elementos de una determinada actividad como integradoras de un servicio público, mas no necesariamente serán los mismos elementos que una legislatura local tomará en cuenta al sujetar determinadas actividades al régimen de servicios públicos de competencia local en su Constitución estatal, o bien al determinar en sus leyes orgánicas municipales cuáles actividades serán consideradas como servicios públicos de competencia municipal y, a su vez, los municipios llegan a determinar —de manera inconstitucional— que son otros los elementos que integran una actividad al régimen de servicios públicos cuando expiden sus códigos o reglamentos municipales e incorporan actividades no contempladas como servicios públicos en la Constitución federal, en su Constitución local ni en las leyes orgánicas municipales.

Esta problemática de construcción legislativa en los servicios públicos de México se ve agravada por una serie de confusiones legales que han venido equiparando a los servicios públicos con la actividad gubernamental, con el ejercicio de las funciones públicas, con las obras públicas, con los servicios que prestan los ciudadanos a la nación e, inclusive, con las actividades socioeconómicas residuales del gobierno, lo que no sólo ha provocado serios problemas didácticos y doctrinales, sino que puede

provocar serios conflictos competenciales y económicos entre los distintos órdenes de gobierno, pues no hay que olvidar que mientras los servicios públicos son susceptibles de ser prestados por los particulares por medio de una concesión, la actividad gubernamental y el ejercicio de las funciones públicas forman parte esencial de la potestad del gobierno y, por ende, no son susceptibles de ser concesionadas bajo ningún concepto. Este principio, que se encuentra en peligro, toda vez que si una ley contempla de manera errónea a una actividad gubernamental o al ejercicio de una función pública como un servicio público, puede darse el caso de que una función pública sea prestada, vía concesión, por los particulares.

Sirva este pequeño estudio para ayudar a discernir cuáles deben ser los elementos que los legisladores deberían tomar en cuenta para sujetar una actividad al régimen de servicio público, evitando así que algunas actividades sean erróneamente clasificadas como servicios públicos.

## II. LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Existen en la doctrina jurídica administrativa una gran cantidad de intentos para delimitar conceptualmente a los servicios públicos, tratando de encontrar un criterio que englobe a todas las actividades que deben sujetarse a ese régimen, así como estableciendo las características que deben satisfacer para ser consideradas como servicio público. A pesar de esa gran riqueza teórica, se sigue discutiendo sobre la delimitación conceptual de los servicios públicos, de tal forma que no es posible encontrar unanimidad en cuanto a un criterio que explique qué es lo que hace que un servicio sea “público”, así como qué elementos y características deben conformar a estas actividades. Sin embargo, trataremos de desentrañar, hasta sus límites más recónditos, los elementos esenciales de los servicios públicos, en cuya ausencia una actividad no debe ser considerada como tal.

### *1. Los criterios para determinar las actividades susceptibles de ser sujetadas al régimen de los servicios públicos*

De un universo de actividades desarrolladas por los seres humanos, sólo una pequeña parte son considerados por los sistemas jurídicos como servicios públicos, siendo reguladas por normas especiales —diferentes

al derecho común o privado— y distinguiéndolas de aquellas actividades que pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona sin ninguna limitante que su propia capacidad. La pregunta obligada sería: ¿qué es lo que diferencia a las actividades consideradas servicios públicos de las demás? La respuesta no es tan obvia ni tan sencilla como desearíamos. Por principio, debemos delimitar al género y después a la especie.

No todas las actividades que puede llevar a cabo el hombre responden a la misma naturaleza, ya que, a pesar de que todas las actividades realizadas por aquél encierran —de una manera u otra— la producción de satisfactores de necesidades simples o complejas, no todos esos satisfactores pueden alcanzarse por un simple individuo, pues, por un lado, existen actividades que pueden ser desarrolladas por una persona, sin que se requiera de un despliegue de recursos cognitivos y técnicos complicados, en la que cualquier individuo que se lo proponga puede desplegar su actividad, como por ejemplo en el ejercicio de las libertades de expresión y tránsito, en las que sólo basta que una persona sepa comunicarse o bien desplazarse; sin embargo, por otra parte, existen actividades que requieren de una serie de recursos financieros, técnicos o materiales que rebasan a las capacidades de los individuos, y cuya realización implica, necesariamente, la colaboración del gobierno para la obtención del satisfactor buscado, además de aquellas actividades que implican la utilización de bienes, tecnología o procesos técnicos restringidos a los gobernados por el propio sistema jurídico. Son estas actividades tendientes a desarrollar satisfactores complejos en su producción e inalcanzables para el hombre promedio por sí mismo, las que conforman el género de los servicios públicos.

Ahora bien, dentro de este grupo de acciones, gravosas y complicadas para el individuo por sí mismo, debemos distinguir aquellas que deben ser sujetas por el gobierno a un régimen jurídico especial, con el objetivo de facilitar los satisfactores que producen a la generalidad de los individuos, ya que no todas ameritan la intervención estatal, descubriendo así la especie de actividades de los servicios públicos. Comenzaremos por analizar los criterios que históricamente han tratado de delimitar a este conjunto de actividades que configuran a los servicios públicos.

#### *A. El criterio subjetivo u orgánico*

Ha habido estudiosos que intentaron determinar a los servicios públicos en razón de los sujetos que los llevan a cabo, estableciendo el criterio

subjetivo u orgánico, en el que lo realmente importante para determinar a un servicio público es el sujeto u órgano que despliega su actividad para llevar a cabo la satisfacción de una necesidad imperante en la generalidad de los gobernados. Así resume Jorge Fernández Ruiz los postulados de este criterio, cuando analiza los diversos criterios que han intentado delimitar a los servicios públicos:

Para la interpretación de 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 prestado por éste será igualmente público. Si la institución o la persona que lo presta es de carácter privado, el servicio también será privado. Dicho de otra manera: sólo los órganos públicos pueden gestionar los servicios públicos...<sup>1</sup>

Simple, pero poco preciso resulta este criterio orgánico, ya que puede llegar a confundir la actividad de los órganos estatales con los servicios públicos, siendo que no toda la actividad desarrollada por el gobierno es para atender necesidades de la población, pues gran número de las acciones gubernamentales no generan satisfactores a los individuos, sino que más bien son funciones públicas tendientes a mantener la estabilidad institucional; es decir, gran parte de la actividad gubernamental se despliega para mantener al propio gobierno y a sus instituciones, lo cual no genera estrictamente un satisfactor para los gobernados. Otra característica de este criterio es que no permite que los particulares puedan llevar a cabo las actividades consideradas servicios públicos, pues si lo hicieran estos servicios perderían su carácter “público”.

### *B. El criterio funcional u objetivo*

Este criterio considera como la piedra angular de los servicios públicos al hecho de que su objeto o finalidad sea la atención de necesidades de carácter general; es decir, su carácter público deviene de que sean actividades tendientes a proveer satisfactores que atiendan necesidades de la colectividad, como lo establece Alfonso Nava Negrete, al analizar el concepto de servicio público, y afirmar que “Su esencia misma, su razón de ser, es

<sup>1</sup> *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM, 2002, p. 100.

que el servicio público sólo lo sea cuando satisfaga necesidades de la colectividad, de la sociedad en general”.<sup>2</sup>

Tampoco es suficiente este criterio para delimitar el espectro de los servicios públicos, pues si bien es cierto que todos los servicios públicos persiguen la satisfacción de necesidades de la población en general, también lo es que no todas las actividades que satisfacen necesidades colectivas o generales constituyen servicios públicos.

No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero éste criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto “múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado”: pueden citarse las panaderías y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc. ...<sup>3</sup>

Es allí, en la insuficiencia del criterio funcional para delimitar a los servicios públicos, donde radica uno de los principales problemas que ha llevado, según múltiples doctrinarios, a tener una crisis del concepto tradicional de servicio público; no obstante, este criterio funcional sí descubre uno de los elementos esenciales de los servicios públicos: su objeto, el cual invariablemente será el acercar satisfactores a las necesidades que tienen un arraigo en la mayoría de la población. Pero ¿qué tipo de necesidades son susceptibles de ser satisfechas vía servicio público? En opinión de un servidor, dentro de este universo de actividades tendientes a satisfacer necesidades de carácter general, sólo deberían ser sujetas al régimen de servicios públicos —en razón de equilibrar las libertades ciudadanas y la intervención estatal— aquellas actividades que generan satisfactores complejos e inalcanzables para el individuo común, debido a la restricción en la tecnología o en los procesos técnicos que implican, al excesivo gasto de recursos materiales o financieros que requieren o porque los bienes que producen esos satisfactores se encuentren restringidos a los gobernados, por lo que para satisfacer esas necesidades mayoritariamente requeridas por la población es necesario que los gobiernos asuman su control e incluso su prestación.

<sup>2</sup> *Derecho administrativo mexicano*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 422.

<sup>3</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, 6a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. II, pp. VI-37.

### C. *El criterio jurídico*

Otro de los criterios sostenidos en la doctrina para tratar de explicar la naturaleza jurídica de los servicios públicos sustenta que debido a la importancia de que se asegure el funcionamiento de modo regular y continuo de las actividades que generan los satisfactores, ciertas actividades deben ser reguladas por un régimen jurídico especial, distinto al derecho común o privado, en el que se antepone el interés general a los intereses privados, y cuya regulación constituye el elemento que les da el carácter de servicios públicos.

El criterio jurídico que, en la configuración del concepto de servicio público, reclama un régimen jurídico especial para asegurar la adecuada protección de los intereses generales relativo al servicio público, gana adeptos, porque garantiza la prestación regular y continua del servicio público, mediante un régimen jurídico especial de derecho público, conformado mediante actos legislativos o reglamentarios que vienen a ser las normas del servicio, las cuales deben ser modificables o sustituibles en todo momento.<sup>4</sup>

Resulta lógico que, al ser el bienestar de la mayoría uno de los pilares filosóficos de los actuales regímenes democráticos y una de las finalidades fundamentales del Estado, sea de vital importancia que los gobiernos asuman la tarea de propiciar el bienestar de los gobernados a través de la satisfacción de algunas de sus necesidades más apremiantes y de una regulación especial que, en aras de anteponer el bienestar colectivo a los intereses individuales, asegura la continuidad de su prestación y la regularidad en los satisfactores que proporciona.

El servicio público como título jurídico exorbitante propio del Derecho administrativo, invocado por un Estado que no debe renunciar a su función gestora del bien común, es el medio para asegurar la obligatoriedad debida al usuario, a través del control y la regulación policial o, en su caso, la prestación directa —con titularidad o sin ella— o bien indirecta.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo de Aguascalientes*, México, Porrúa, 2005, p. 170.

<sup>5</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, p. 45.

Sin embargo, tampoco basta este criterio para delimitar conceptualmente al servicio público, ya que, efectivamente, todas las actividades sujetas al régimen de servicios públicos requieren de una reglamentación especial que asegure su prestación regular y continua —al protegerlas del libre mercado y sus fluctuaciones reguladas por el derecho privado— en razón del beneficio público que generan; mas también es cierto que no todas las actividades que son reguladas por un régimen especial de derecho público en México constituyen servicios públicos, como, por ejemplo, en los casos de la industria farmacéutica y la actividad de los intermediarios financieros, cuyas actividades se encuentran regidas en gran parte por normas de derecho público, sin ser consideradas como servicios públicos por la ley. Aquí el segundo problema que ha hecho flaquear a los conceptos tradicionales de servicio público y que ha permitido el surgimiento del concepto de “servicios públicos impropios”, que es utilizado para describir aquellas actividades que, a pesar de suministrar satisfactores a necesidades de carácter general y de ser reguladas por normas de derecho público, no son consideradas como tales por la ley, por lo que en atención al criterio legal que sigue el sistema jurídico mexicano —y que analizaremos enseguida— no constituyen servicios públicos en sentido estricto.

A pesar de la insuficiencia de este criterio para delimitar a los servicios públicos, es importante rescatar el elemento esencial que contiene: las actividades que generan satisfactores de necesidades colectivas imposibles de alcanzar por los particulares requieren de un control gubernamental mediante una regulación especial de derecho público que garantice su continuidad y acceso a la mayoría de los usuarios, anteponiendo el interés general a los intereses particulares.

#### *D. El criterio legal*

Sólo aquello que la ley establezca como servicio público será considerado como tal. Con esta breve y concisa sentencia podemos abreviar al último de los criterios para delimitar a los servicios públicos: el criterio legal. Práctico y carente de dogmática resulta delegar en el Legislador la responsabilidad de determinar qué actividades tienen cabida en el concepto de servicios públicos, mas lo pragmático no siempre deviene en lo correcto.

Este criterio de delimitación de los servicios públicos es el que se encuentra vigente en nuestro país, dado que nuestra Constitución lo acoge

en el penúltimo párrafo de su artículo 28, al establecer que “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley...”.

Peligroso resulta dejar la determinación de los servicios públicos en un órgano colegiado que no se encuentra obligado a imprimir el rigor científico a sus decisiones y que, peor aún, resuelve de acuerdo con los intereses políticos reinantes en el momento. El problema no es que el Legislador no tenga la capacidad de delimitar correctamente a las actividades susceptibles de sujetarse al régimen de servicios públicos, sino que cualquier cosa que sea votada mayoritariamente como servicio público lo será, sin importar si es una función pública, una obra pública, una actividad socioeconómica residual del gobierno o una actividad económica privada. Bajo este criterio todo es susceptible de ser catalogado como servicio público, siempre y cuando agote su sujeción mediante el debido proceso legislativo.

Cierto es que en un país como México, en el que el sistema jurídico es iuspositivista, se vuelve indispensable plasmar en la ley las decisiones políticas para que surtan efecto, como en el caso en el que el gobierno identifica una necesidad de carácter general, que resulta de imposible satisfacción para el ciudadano común por sí mismo, y la sujeta a la regulación del gobierno como un servicio público para garantizar sus satisfactores al mayor número posible de usuarios —en cumplimiento de los fines para los que ha sido creado el Estado—; sin embargo, también lo es el hecho de que se requiere de parámetros específicos que garanticen que sólo ese tipo de actividades se sujeten a dicho régimen. No sólo se trata de construir categorías doctrinales que respondan a esa fijación humana de clasificarlo todo, sino de optimizar los recursos públicos en actividades que acerquen a los gobernados a su bienestar, pues no debemos olvidar que al sujetar una actividad al régimen de servicio público se utilizan recursos públicos para suministrarlo por el gobierno, o bien se le permite a los gobernados obtener recursos a partir de bienes propiedad de la nación o de actividades reservadas, primariamente, al gobierno. Por tanto, podemos concluir que el hecho de que un servicio público reciba tal carácter de la ley no implica que por ese simple hecho lo sea en la realidad, pero sí deja descubierto otro elemento del servicio público: su necesario establecimiento en la ley para darle vigencia formal.

## *2. La necesidad de un criterio integral de delimitación de los servicios públicos*

Poco es el mérito que tiene reordenar las ideas que ya han sido concebidas por los grandes estudiosos del derecho administrativo para tratar de estructurarlas desde una óptica personal; sin embargo —como se mencionó en la introducción del presente trabajo—, este es un ensayo que tiene como finalidad tratar de comprender la esencia de lo que en el mundo del deber ser constituye un servicio público; por lo tanto, intentaré exponer lo que considero podría ser un criterio que retoma los postulados esenciales de cada opinión expuesta para tratar de delimitar al servicio público desde una perspectiva integral.

Como hemos observado, cada criterio que ha tratado de delimitar conceptualmente a los servicios públicos a partir de la exaltación de una de sus características ha encontrado una serie de complicaciones teóricas y prácticas que, según algunos respetables doctrinarios, han llevado al concepto de servicio público a una crisis, por lo que resulta de especial interés el encontrar una óptica que delimite de una forma más incluyente a aquellas actividades que por sus propias características son susceptibles de ser catalogadas como servicios públicos, independientemente de si son reconocidas o no por el sistema jurídico como tales.

Si pudiéramos hacer una disección del servicio público para poder estudiar sus entrañas, encontraríamos que, invariablemente, se encuentra constituido por dos tipos de elementos: unos esenciales y otros formales. Por principio, auscultaremos aquellos sin los cuales no se puede hablar de un servicio público en ningún sentido: los elementos esenciales del servicio público, que están constituidos por su objeto y por el control gubernamental que se hace de ellos.

### *A. Los elementos esenciales de los servicios públicos*

Las actividades que son susceptibles de ser consideradas servicios públicos se encuentran integradas, primariamente, por dos elementos esenciales que les imprimen una serie de características propias y diferentes al resto de las actividades encaminadas a satisfacer necesidades de carácter general o a aquellas que se encuentran reguladas por un régimen jurídico especial de derecho público. La conjunción de estos dos elementos esenciales arroja como resultado la sustancia de la que debe componerse

un servicio público; sin embargo, se debe advertir que no por el simple hecho de que una actividad se integre de esa “sustancia” constituye un servicio público propiamente dicho, ya que, de acuerdo con el criterio legal de determinación de los servicios públicos vigente en México, sólo la Constitución y la ley podrán declararla como tal, sin que esto impida que pueda considerarse a dicha actividad como un “servicio público impropio” por la doctrina y la jurisprudencia.

#### *a.* El objeto de los servicios públicos

El objeto del servicio público es la finalidad que persigue, la aspiración para la que es creado, y consiste en suministrar satisfactores a necesidades de carácter general de los gobernados, que no pueden ser alcanzados por ellos mismos debido a la restricción en la tecnología y los procesos técnicos que requieren, a la utilización de exorbitantes recursos materiales o humanos que implican, o a las restricciones que la ley hace de los bienes que se requieren para su obtención por los particulares.

De tal manera, el servicio público se deberá limitar únicamente a actividades que implican la producción de satisfactores complicados en su obtención para los gobernados por sí mismos, pues de no ser así se puede incurrir en una excesiva intervención gubernamental que sujete actividades que generan satisfactores simples al régimen especial de los servicios públicos, con lo que se podrían desperdiciar recursos públicos al ser prestados por el gobierno o se podrían vulnerar la libertades económicas de los ciudadanos, al sujetar satisfactores simples a un régimen especial que los separe del derecho privado y del libre mercado, siendo que dichos satisfactores pueden ser alcanzados sin problemas por la iniciativa privada e incluso resultan más accesibles para la población bajo ese régimen. Por tanto, el objeto de los servicios públicos se debería circunscribir a tres tipos de actividades que tienden a obtener satisfactores de necesidades de carácter general, a saber:

- Actividades que producen satisfactores que requieren de procesos técnicos o de tecnología que se encuentran restringidos a la industria privada, debido a que el gobierno los ha reservado para sí, ya sea porque forman parte de áreas económicas estratégicas o bien por la existencia de políticas sanitarias, e incluso ecológicas, que regulan los riesgos de dichos procesos y la utilización de deter-

minada tecnología, sometiéndolos a un estricto control gubernamental. Como estos procesos o tecnologías no pueden ser utilizados libremente por los particulares, lógico es que para que los gobernados puedan obtener los satisfactores que producen, el gobierno se encuentra obligado a prestarlos por sí mismo o a permitir que sean prestados por los particulares mediante el otorgamiento de concesiones —previa satisfacción de los requisitos de seguridad que se les impongan—, por lo que son susceptibles de ser catalogados como servicios públicos. Ejemplos de estas actividades en México los constituyen las actividades de salubridad general, correos, telégrafos, producción petroquímica, producción de energía nuclear, producción y suministro de energía eléctrica, la producción de medicamentos, los servicios financieros, los servicios de rastro, así como la explotación de ciertas especies de flora y fauna, entre muchas otras.

- Actividades que implican un exorbitante gasto de recursos materiales o humanos para la obtención de satisfactores, en las que el número de los usuarios se torna difuso —por tratarse de satisfactores universales en los que no se puede saber realmente quién y en qué cantidad los utiliza— o cuyo costeo para obtener los satisfactores de manera regular y continua resulta extremadamente oneroso para los particulares, pues su financiamiento sería realizado por ellos mismos, independientemente del grado de utilización que hagan de estos satisfactores. En este caso encontramos necesidades de la colectividad que no pueden ser satisfechas por los propios individuos, debido a que se tornan extremadamente gravosas, ya que la obtención no interrumpida de los satisfactores de dichas necesidades implica un despliegue de recursos mucho mayor del que pueden realizar la mayoría de ellos. Debido a que estas actividades no podrían ser desarrolladas por la mayoría de los particulares, por las razones antes descritas, son susceptibles de ser asumidas por el gobierno, para permitir que sus satisfactores puedan llegar a la mayoría de los gobernados que los requieren de manera regular y continua, cumpliendo con el objeto del servicio público de satisfacer necesidades de carácter general. Algunos ejemplos de estas actividades en nuestro país podrían constituirlos, entre otros, el alumbrado público, la educación pública en todos sus niveles y el drenaje, cuyos satisfactores se tornarían extremadamente gravosos

para los usuarios si el financiamiento de la infraestructura y personal necesarios para su prestación regular y continua no se llevara a cabo por el gobierno con la utilización, primordialmente, de recursos públicos.

- Actividades que implican el aprovechamiento de bienes propiedad del Estado para la obtención de satisfactores de carácter general, en las que dichos bienes no pueden ser explotados libremente por los particulares, debido a que se encuentran bajo el régimen de propiedad del dominio público, el cual reserva su disposición y aprovechamiento para los distintos órdenes de gobierno. En este caso, existen necesidades de la colectividad que sólo pueden ser atendidas mediante la obtención de satisfactores a partir de bienes reservados a los gobiernos, por lo que para acercar dichos satisfactores a la mayoría de los gobernados se torna necesario que el propio gobierno asuma su prestación o bien que permita la explotación de algunos bienes a los particulares que pretendan obtener esos satisfactores para suministrarlos al público en general, constituyéndose servicios públicos que tienen como objeto satisfacer necesidades colectivas. Algunos ejemplos de este tipo de actividades podrían ser el suministro de agua potable, el suministro de productos minerales o el suministro de derivados del petróleo, cuyos satisfactores de necesidades colectivas implican la explotación de bienes propiedad del Estado.

#### *b.* El control gubernamental

El otro elemento esencial de los servicios públicos consiste en que las actividades que satisfacen necesidades colectivas e inalcanzables para los gobernados por sí mismos deben ser declaradas de interés público e intervenidas por el gobierno asumiendo el dominio sobre su creación, desarrollo y características, para lo cual se requiere de un régimen especial de derecho público que garantice la continuidad y regularidad de los satisfactores que producen, estableciendo limitantes y parámetros que anteponen el interés general —presente en el derecho público— a los intereses de los particulares —presentes en el libre mercado regido por el derecho privado—, al permitir el acceso a esos satisfactores a todo individuo de manera uniforme o indiscriminada. Estos limitantes y paráme-

tros se concentran en imprimir ciertas características a dichas actividades que las separan de las normas de derecho común y que les permiten garantizar la producción de satisfactores de manera ininterrumpida, regular en cuanto a calidad y precio, y a la mano de cualquier persona que la requiera sin más requisitos ni distinciones que aquellos que la ley prevea para su mejor desempeño. De este modo, cuando una actividad tendiente a satisfacer necesidades de la colectividad requiere de un régimen diferente al de la libre competencia, para garantizar la continuidad y regularidad de los satisfactores que produce y su acceso indiscriminado a los gobernados, el gobierno debe establecer un control de dicha actividad mediante la creación de un régimen de derecho público que imprima las siguientes características a dicha actividad:

- a) Generalidad, en cuanto al acceso a los satisfactores generados por la actividad de que se trate para todos los individuos que los requieran, los cuales únicamente deberán satisfacer los requisitos de accesibilidad impuestos en la ley a todos los peticionarios del servicio.
- b) Igualdad en lo que se refiere a brindar el mismo trato a todos los peticionarios que se encuentren en la misma situación jurídica, sin hacer distinciones de sexo, edad, religión, nivel de educación, origen étnico, capacidades físicas, condición social, nivel económico o cualquier otra tendiente a discriminar a un individuo frente a otros que se encuentren en la misma situación jurídica frente a la ley.
- c) Regularidad en cuanto a la calidad de los satisfactores generados y al financiamiento de la actividad de que se trate. El gobierno debe controlar la calidad de los satisfactores producidos para garantizar la certeza al usuario de que obtendrá un satisfactor adecuado a sus necesidades que cumple con las especificaciones sanitarias y cualitativas indispensables. Por otro lado, el gobierno debe mantener para sí el control sobre el financiamiento de la actividad, regulando los precios o tarifas que el usuario pagará como contraprestación a los satisfactores entregados para evitar el encarecimiento que se genera en el libre mercado de acuerdo con las leyes económicas de la oferta y la demanda, o regulando en los presupuestos de egresos la asignación de recursos públicos cuando considere necesario asumir la prestación de la actividad por sí mismo.
- d) Continuidad en lo que respecta a la prestación de los satisfactores, toda vez que, al tratarse de necesidades colectivas que implican un

interés público, no puede sujetarse su satisfacción a la voluntad de los prestadores, por lo que el gobierno debe regular en la ley los horarios y fechas de la prestación de los satisfactores, procurando que las actividades y sus satisfactores no sean interrumpidos por ningún motivo ni por persona alguna.

### *B. Los elementos formales del servicio público*

A pesar de que una actividad produzca satisfactores, inalcanzables para los individuos por sí mismos, que respondan a necesidades colectivas y que se encuentre controlada por el gobierno para garantizar la regularidad y continuidad de dichos satisfactores, así como el acceso indiscriminado de los gobernados a ellos, no nos encontraremos en presencia de un servicio público propiamente dicho, sino hasta el momento en que se satisfagan dos requisitos formales que la perfeccionen y le den plena vigencia jurídica como servicio público: la reserva de la prestación de dicha actividad al gobierno y la declaración que haga la ley de la sujeción de esa actividad al régimen de servicios públicos.

#### *a. La reserva que el gobierno hace para sí de la prestación de la actividad*

Como regla general, las actividades que constituyen a los servicios públicos en México se encuentran reservadas al gobierno en cuanto a su prestación, debido al interés público que existe en que sus satisfactores lleguen a la generalidad de los gobernados. No obstante, en algunas actividades consideradas servicios públicos, el Legislador ha autorizado que, de manera excepcional, el gobierno permita que los particulares lleven a cabo la prestación de los satisfactores de manera temporal, ya sea porque el propio gobierno se encuentre imposibilitado materialmente para la prestación o porque de esa forma se cumpla de una manera más efectiva y amplia con el objeto del servicio público. Así, encontramos que las concesiones de servicios públicos son la excepción a la regla, y no una característica formal de los servicios públicos, ya que el gobierno mantiene en todo momento la potestad de que sean prestados únicamente por él mismo o de retirar las concesiones otorgadas a los particulares por razones de incumplimiento o de utilidad pública. El problema se presenta

cuando el Legislador establece un control gubernamental sobre la actividad, pero no reserva la realización de la actividad al gobierno, ya que en este caso los particulares pueden desarrollarla libremente, siempre y cuando cumplan con los parámetros y restricciones propios de dicho control, por lo que el gobierno no puede restringir la prestación, y en caso de querer asumirla deberá ser considerado como un prestador más de la actividad. De este modo, para que una actividad considerada como servicio público se perfeccione, se debe reservar su prestación al gobierno, sin detrimento de que, excepcionalmente, se permita su prestación temporal a los particulares en algunos casos, pero manteniendo el gobierno la potestad de prestarlo por sí mismo exclusivamente, es decir, estableciendo a su favor un monopolio de facto en cuanto a su prestación, que le permita excluir a los particulares de dicha prestación cuando la utilidad pública lo requiera.

*b. La declaración en la ley de la sujeción de una actividad al régimen de servicios públicos*

El otro elemento de forma necesario para que una actividad se perfeccione como un servicio público propiamente dicho en México radica en que el Legislador debe hacer una publicación de su voluntad de sujetarla a tal régimen en la ley. De acuerdo con el “criterio legal” de delimitación de servicios públicos, seguido por el sistema jurídico mexicano, una actividad sólo será considerada como servicio público cuando sea la Constitución, o las leyes emanadas de ésta, las que establezcan expresamente la sujeción de esa actividad al régimen jurídico de los servicios públicos. De tal modo, a pesar de que una actividad produzca satisfactores, inalcanzables para los individuos por sí mismos, que respondan a necesidades de carácter general; de que esa actividad se encuentre controlada por el gobierno para garantizar la regularidad y continuidad de sus satisfactores, así como el acceso indiscriminado de los gobernados a dichos satisfactores, y de que la prestación de la actividad se encuentre reservada al gobierno exclusivamente, salvo que en algunos casos, de manera excepcional, la ley permita su prestación por los particulares mediante concesiones otorgadas por el propio gobierno; esa actividad no constituirá un servicio público vigente, sino hasta el momento en que el Legislador lo declare como tal en una ley —o reforma de ley— que satisfaga el debido

proceso legislativo y que respete las modalidades y las limitantes impuestas, en esta materia, por la propia Constitución federal. Sólo en este caso podemos hablar de un servicio público sin recurrir a criterios doctrinales que le den tal carácter, pues a pesar de que la mayoría de los estudiosos contemporáneos del derecho administrativo han aceptado la existencia de los llamados “servicios públicos impropios” para referirse a aquellas actividades que cumplen con los elementos esenciales del servicio público antes descritas —pero que carecen de los elementos formales en comento—, la clasificación de los servicios públicos impropios no es sino un intento de aproximar al Legislador a la especie de actividades que son susceptibles de ser consideradas por la ley como servicios públicos, sin que se pueda obligar a nuestros legisladores a tomar en cuenta dichos parámetros al momento de realizar dicha sujeción.

### III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Nuestra Constitución Política, que data de 1917, ha sufrido una serie de reformas a través de su existencia, que le han cambiado el rostro, a tal grado que si los “constituyentes” pudieran darle un vistazo al texto vigente seguramente no reconocerían en él a su obra original. Por este motivo, la reforma paulatina y a veces incongruente de nuestra Constitución ha generado que en materia de servicios públicos se tenga actualmente una confusión doctrinal acerca de cuáles son los servicios públicos expresamente regulados en nuestra carta magna, toda vez que del texto mismo de este ordenamiento jurídico se derivan algunas incongruencias y faltas de claridad en el uso del término “servicio público”.

Existen casos en los que la Constitución federal utiliza de manera correcta el concepto de servicio público, al otorgar éste a verdaderas actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general; controladas por el gobierno para garantizar la regularidad y continuidad de los satisfactores que producen, así como el acceso indiscriminado de los gobernados a ellos, cuya prestación se reserva exclusivamente al propio gobierno, salvo que de manera excepcional se permita su prestación a los particulares, y cuya sujeción al régimen de servicios públicos se encuentra declarada en la propia Constitución. No obstante, también este térmi-

no “servicio público” se ha empleado de manera confusa por la carta magna, por lo que se hace necesario desentrañar cuándo es bien utilizado este concepto y cuándo no.

1. *Los cuestionablemente llamados “servicios públicos” en la Constitución*

No en todos los casos en los que la Constitución utiliza el concepto de servicios públicos lo hace en referencia a las actividades concernientes a la satisfacción de los intereses generales que venimos estudiando, con lo que puede llegar a provocar confusiones de tipo didáctico, e inclusive competencial, toda vez que se llega a utilizar este término para referirse a una serie de actividades que no son susceptibles de ser catalogadas como servicios públicos, debido a que su naturaleza jurídica es totalmente diferente a lo que debe entenderse como tales.

A. *Los servicios prestados por los ciudadanos a la nación regulados en el artículo 5o. constitucional*

En primer lugar, encontramos que el párrafo cuarto del artículo 5o. constitucional utiliza la expresión “servicios públicos” al referirse a una serie de actividades que deben ser desempeñadas por los ciudadanos de manera obligatoria como parte de los deberes que tienen para con la nación. Dichas obligaciones se encuentran desarrolladas de una manera más precisa en el artículo 36 de la propia carta magna, y es obvio que estas obligaciones ciudadanas no constituyen servicios públicos, por lo que el citado artículo 5o. constitucional se torna impreciso al establecer:

Artículo 5o...

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta...

Es fácil observar que no se trata de servicios públicos cuando se establece que los ciudadanos nos encontramos obligados realizar el servicio de las armas, consistente en prestar el servicio militar y en alistarnos en la guardia nacional, de acuerdo con lo estipulado en la Ley del Servicio

Militar, dado que estas actividades no cumplen con los elementos esenciales y formales propios de un servicio público, además de que no se les da ese carácter en dicha ley reglamentaria, al establecer:

Artículo 1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se declara obligatorio y de orden público el servicio de las armas para todos los mexicanos por nacimiento o naturalización, quienes lo prestarán en el Ejército o en la Armada, como soldados, clases u oficiales, de acuerdo con sus capacidades y aptitudes.

En caso de guerra internacional, el Servicio Militar también será obligatorio para los extranjeros, nacionales de los países cobeligerantes de México, que residan en la República.

A los extranjeros que deban prestar servicios militares en México, se les aplicarán, como si fueran mexicanos, todas las disposiciones de esta Ley y de sus Reglamentos; exceptuando lo estipulado o lo que pueda estipularse al respecto, en acuerdos o convenios internacionales.

De este modo, el servicio ciudadano de las armas —y no el servicio público de las armas— es un concepto que debe entenderse, como aquella obligación —consagrada en el artículo 36 constitucional— de todos los ciudadanos de asistir a recibir instrucción militar durante un año, así como integrarse a las reservas y guardia nacional cuando así sea requerido. Al respecto, la Ley del Servicio Militar establece:

Artículo 5. El servicio de las armas se prestará:

Por un año en el Ejército activo, quienes tengan 18 años de edad.

Hasta los 30 años, en la 1a. Reserva.

Hasta los 40 años, en la 2a. Reserva.

Hasta los 45 años, en la Guardia Nacional.

Las clases y oficiales servirán en la 1a. Reserva hasta los 33 y 36 años respectivamente y hasta los 45 y 50 en la 2a. Reserva.

Por otro lado, al referirse la Constitución en su artículo 5o. al “servicio público” de jurados, se trata de describir a otra obligación de los ciudadanos, la cual consiste en llevar a cabo una actividad de valoración de pruebas y emisión de un veredicto en un proceso jurisdiccional llamado “jurado popular federal” o “jurado federal de ciudadanos”, el cual ejerce funciones jurisdiccionales de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual establece en su artículo 1o. que el Poder

Judicial de la Federación puede ser ejercido por el jurado federal de ciudadanos, dándole competencia para conocer y resolver acerca de algunos delitos, al establecer:

Artículo 56. El Jurado Federal de Ciudadanos es competente para resolver, por medio de un veredicto, las cuestiones de hecho que le sean sometidas por los jueces de distrito con arreglo a la ley.

Artículo 57. El Jurado Federal de Ciudadanos conocerá de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación, y los demás que determinen las leyes.

Artículo 61. Todo individuo que reúna los requisitos que exige el artículo 59 de esta ley, tiene obligación de desempeñar el cargo de jurado, en los términos de este Título y del Código Federal de Procedimientos Penales.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse por este “jurado popular”, lo encontramos regulado por el capítulo II del título noveno del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde queda de manifiesta la obligación de los ciudadanos elegidos como jurados de valorar las pruebas presentadas y de generar un veredicto de acuerdo con su apreciación de dichas pruebas, actividades ambas que de manera indiscutible no constituyen servicios públicos, pues no cumplen con los elementos esenciales y formales antes estudiados, ya que sólo se trata de actividades jurisdiccionales obligatorias para aquellos ciudadanos que han sido seleccionados para desarrollarlas. Esta actividad jurisdiccional a cargo de los jurados queda reafirmada en el Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

Artículo 336. A continuación, el Presidente de los Debates dirigirá a los jurados la siguiente instrucción:

“La ley no toma en cuenta a los jurados los medios por los cuales forman su convicción; no les fija ninguna regla de la cual dependa la prueba plena y suficiente; sólo les manda interrogarse a sí mismos y examinar con la sinceridad de su conciencia la impresión que sobre ella produzcan las pruebas rendidas en favor o en contra del acusado. La ley se limita a hacerles esta pregunta, que resume todos sus deberes: Tenéis la íntima convicción de que el acusado cometió el hecho que se le imputa? Los jurados faltan a su principal deber si toman en cuenta la suerte que, en virtud de su decisión, deba caber al acusado por lo que disponen las Leyes Penales”.

En seguida el Presidente de los Debates entregará el proceso e interrogatorio al jurado de más edad, quien hará de Presidente del Jurado, funcionando el más joven como secretario.

Suspendida la audiencia, los jurados pasarán a la sala de deliberaciones, sin poder salir de ella ni tener comunicación alguna, con las personas de fuera, sino hasta que el veredicto esté firmado.

Los jurados supernumerarios que no estuvieren supliendo a algún propietario, permanecerán en la sala de audiencias, para cubrir cualquier falta que ocurra durante las deliberaciones.

Por lo que se refiere al desempeño de los cargos de elección popular, directa o indirecta, podemos mencionar que tampoco se trata de servicios públicos, sino de otra obligación a cargo de los ciudadanos mexicanos en la que se impone el deber de desempeñar aquellos cargos para los que han sido electos por los demás ciudadanos —elección directa— o por los representantes ciudadanos —elección indirecta—. Dichos cargos pueden ser del orden federal, como en el caso del presidente de la República, los diputados federales o los senadores; del orden local de las entidades federativas, como en el caso de los gobernadores de los estados, jefe de gobierno del Distrito Federal, diputados de las legislaturas estatales o diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; y del orden municipal cuando se trata de presidentes municipales, síndicos y regidores, siendo estos dos últimos los que llevan a cabo los cargos concejiles a los que se refieren los artículos 5o., 35 y 36 de la Constitución federal, aclarando que en el Distrito Federal no existe la figura del municipio, pero sí la de delegación política, cuyo titular también es electo directamente por los ciudadanos, pero en las que no hay un cabildo similar al de los ayuntamientos. Dichos cargos concejiles ejercidos por los regidores y por los síndicos consisten en formar parte del ayuntamiento como el órgano de gobierno municipal que desempeña funciones formalmente ejecutivas, pero que lleva a cabo también funciones materialmente legislativas, como en el caso de la aprobación de los bandos de policía y buen gobierno, los reglamentos, las circulares y demás disposiciones administrativas de observancia general dentro de la jurisdicción municipal.

Este conjunto de actividades desempeñadas por los ciudadanos cuando son electos popularmente conforman la obligación de estos funcionarios públicos electos de cumplir con el ejercicio de las atribuciones y facultades que la propia Constitución y las leyes les confieren, por lo que no constitu-

yen servicios públicos en los que se produzcan satisfactores inalcanzables para los gobernados que respondan a una necesidad de carácter general; sobre los que exista un control del gobierno para garantizar la producción regular y continua de esos satisfactores a los que tienen acceso indiscriminado todos los individuos; en los que el gobierno reserva para sí su prestación, y que se encuentren declarados por la ley como tales.

B. *De la actividad gubernamental y ejercicio de la función pública realizada por los servidores públicos mal llamados “servicio público”*

Nuestra ley fundamental utiliza también los vocablos “servicio público” para referirse al conjunto de actividades que llevan a cabo los órganos gubernamentales y sus servidores públicos en ejercicio de la función pública y de las atribuciones que la ley les confiere, tratando de englobar la actividad gubernamental bajo este concepto, es decir, tratando de compilar el universo de la actividad de los entes gubernamentales y el ejercicio de las funciones y atribuciones públicas en un concepto que no lo explica de manera correcta, toda vez que, como establecimos en páginas anteriores, no toda actividad desempeñada por los órganos gubernamentales es un servicio, sino que puede ser el ejercicio de una potestad, de una atribución o de una función pública que la ley le confiere a ese ente y, por consiguiente, a sus servidores públicos, en el que no existe un servicio, sino un ejercicio de poder.

El artículo 13 constitucional establece una limitante al goce de los emolumentos, entendidos éstos como la remuneración económica que corresponde a un cargo o empleo, determinando que sólo pueden ser otorgados como compensación de “servicios públicos”, con lo que se confunde a las actividades desempeñadas por los servidores públicos, en ejercicio de un cargo o empleo público, con los servicios públicos que se prestan por los gobiernos o excepcionalmente por los particulares, para la satisfacción de necesidades de carácter general, y cuya retribución puede llegar a ser únicamente una tarifa en aquellos que sean onerosos para el usuario, por lo que la Constitución se vuelve a tornar confusa al estipular:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar

más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Otra limitante a estos emolumentos la constituye la obligación de que su autorización y especificación de aquellos servidores públicos a los que estarán destinados deben estipularse expresamente en la ley, con lo cual se reafirma el hecho de que no se trata de retribuciones por servicios públicos, sino de remuneraciones hechas a los servidores públicos por el desempeño de sus cargos o empleos públicos que deben figurar en el presupuesto de egresos respectivo.

“El propósito del Constituyente es muy claro: prohibir que se puedan cubrir retribuciones a personas o corporaciones que no presten de manera efectiva un servicio, o bien que se paguen remuneraciones que no estén fijadas en la ley, es decir, en el presupuesto de egresos...”<sup>6</sup>

Por otra parte, la Constitución federal vuelve a utilizar el término “servicio público” para referirse al conjunto de actividades que conllevan el desempeño de las funciones, empleos, cargos o comisiones públicos que realizan los servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político, al prever, en el párrafo tercero de su artículo 110, las sanciones a que pueden hacerse acreedores cuando son encontrados culpables de haber incurrido en actos que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, al estipular:

Artículo 110. ...

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público....

Nuevamente se vuelve a confundir el ejercicio de las funciones públicas con la prestación de un servicio público, pues se trata de explicar, con este

<sup>6</sup> Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 13 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, México, UNAM-Porrúa, t. I, p. 190.

término “servicio público”, a la naturaleza “pública” del desempeño de las funciones que llevan a cabo los gobiernos, mediante sus servidores públicos, lo que genera confusión, debido a que, como ya establecimos, no todo desempeño de funciones, cargos, empleos o comisiones en el gobierno implican la prestación de un servicio público.

Por último, la Constitución reafirma su tendencia a nombrar el ejercicio de la actividad gubernamental de manera confusa, al determinar que los bienes inmuebles que destine el gobierno federal al “servicio público” se sujetarán a la jurisdicción de los poderes federales, al establecer:

Artículo 132. Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión; mas para que lo estén igualmente los que en lo sucesivo adquiera dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la legislatura respectiva.

Estos inmuebles destinados por el gobierno federal al uso común o al “servicio público” estarán sujetos a la jurisdicción de los poderes federales en los términos de la Ley General de Bienes Nacionales, mas dicha ley no sólo considera como bienes del dominio público de la Federación a los destinados a la prestación de un servicio público o al uso común, sino que reputa como bienes sujetos al dominio público federal a todos aquellos que forman parte del patrimonio de la Federación, por lo que al establecer la Constitución “destinados al servicio público” se refiere a todos los inmuebles que pertenecen a la Federación, utilizados para cumplir con su actividad en general, y no sólo a aquellos que se encuentran destinados a la prestación de un servicio público, lo cual queda de manifiesto cuando la citada ley establece:

Artículo 6. Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación:

I. Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

III. Las plataformas insulares en los términos de la Ley Federal del Mar y, en su caso, de los tratados y acuerdos internacionales de los que México sea parte;

IV. El lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores;

V. Los inmuebles nacionalizados a que se refiere el Artículo Decimoséptimo Transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VI. Los inmuebles federales que estén destinados de hecho o mediante un ordenamiento jurídico a un servicio público y los inmuebles equiparados a éstos conforme a esta Ley;

VII. Los terrenos baldíos, nacionales y los demás bienes inmuebles declarados por la ley inalienables e imprescriptibles;

VIII. Los inmuebles federales considerados como monumentos arqueológicos, históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;

IX. Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar, ríos, corrientes, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;

X. Los inmuebles federales que constituyan reservas territoriales, independientemente de la forma de su adquisición;

XI. Los inmuebles que formen parte del patrimonio de los organismos descentralizados de carácter federal;

XII. Los bienes que hayan formado parte del patrimonio de las entidades que se extingan, disuelvan o liquiden, en la proporción que corresponda a la Federación;

XIII. Las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores;

XIV. Las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles sujetos al régimen de dominio público de la Federación;

XV. Los bienes muebles de la Federación considerados como monumentos históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;

XVI. Los bienes muebles determinados por ley o decreto como monumentos arqueológicos;

XVII. Los bienes muebles de la Federación al servicio de las dependencias, la Procuraduría General de la República y las unidades administrativas de la Presidencia de la República, así como de los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación;

XVIII. Los muebles de la Federación que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas, los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de estos bienes; las piezas etnológicas y paleon-

tológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas; los archivos, las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, magnéticos o informáticos, cintas magnetofónicas y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonido, y las piezas artísticas o históricas de los museos;

XIX. Los meteoritos o aerolitos y todos los objetos minerales, metálicos pétreos o de naturaleza mixta procedentes del espacio exterior caídos y recuperados en el territorio mexicano en términos del reglamento respectivo;

XX. Cualesquiera otros bienes muebles e inmuebles que por cualquier vía pasen a formar parte del patrimonio de la Federación, con excepción de los que estén sujetos a la regulación específica de las leyes aplicables, y

XXI. Los demás bienes considerados del dominio público o como inalienables e imprescriptibles por otras leyes especiales que regulen bienes nacionales.

Este uso reiterado del término “servicio público” para denominar a la actividad gubernamental y al desempeño de las funciones públicas por parte de los servidores públicos puede generar problemas didácticos y, peor aún, pragmáticos, al confundir actividades de naturaleza jurídica diferente, como lo son los servicios públicos y el ejercicio de las funciones públicas, ya que se puede incurrir en el error de regular a los servicios públicos como si fueran funciones públicas —con lo que estos servicios no se podrían prestar bajo ningún concepto por los particulares— o de normar a las funciones públicas como si fueran servicios públicos —con lo que las funciones públicas podrían llegar a ser prestadas por los particulares mediante concesión—. Por esta situación, en opinión de un servidor, se podrían evitar estas confusiones gramaticales y doctrinales si la Constitución utilizara el término “actividad gubernamental” para referirse a las actividades desempeñadas en general por los gobiernos y sus servidores públicos y no los vocablos “servicios públicos”.

## *2. Los bien llamados “servicios públicos” en la Constitución*

La Constitución sujeta expresamente al régimen de servicio público a una serie de actividades que sí cuentan con los elementos esenciales y formales indispensables para ser catalogadas como tales, las cuales ya han sido ampliamente estudiadas por los administrativistas mexicanos, y en las que no existen dudas acerca de su naturaleza jurídica, por lo que únicamente mencionaremos sus aspectos más esenciales, con el ánimo de

dejar bien sentado qué actividades sí son consideradas correctamente dentro de la categoría de los servicios públicos.

a) La educación, regulada en el artículo 3o. constitucional y por su ley reglamentaria —Ley General de Educación—, es un derecho público subjetivo a favor de todos los individuos, que entraña una obligación correlativa a cargo del Estado de establecer todo un sistema educativo público para cumplimentar esa garantía individual de recibir educación en todos los niveles. En este sistema educativo nacional se han determinado atribuciones exclusivas para la Federación, como la del establecimiento de los planes y programas en la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República, atribuciones exclusivas para los poderes ejecutivos de cada entidad federativa, como la de otorgar, negar y revocar autorización a los particulares para impartir la educación preescolar, la primaria, la secundaria o la normal, y atribuciones concurrentes de los municipios, las entidades federativas y la Federación, como en el caso de la prestación de los servicios de educación en todos sus niveles y modalidades. Por tratarse de una actividad cuyo objetivo es atender una necesidad de carácter colectivo inalcanzable económicamente por la mayoría de los individuos; controlada por el gobierno para garantizar la regularidad y continuidad de los satisfactores que produce; en la que su prestación se encuentra reservada originalmente a los tres órdenes de gobierno, pues a pesar de que los particulares también puedan prestarla, el gobierno mantiene la posibilidad de conceder o no los permisos requeridos, y sobre la que existe una declaración en la ley que la reputa como un servicio público que debe prestarse a todo individuo de manera laica, gratuita, científica, democrática, nacional e indiscriminada en todos sus niveles y modalidades; podemos concluir que la educación pública constituye un auténtico servicio público, por lo que su sujeción a este régimen es correcta.

b) Los servicios de salud a la población en general, regulados primordialmente en el artículo 4o. constitucional y por la Ley General de Salud, constituyen también actividades tendientes a atender necesidades colectivas cuyos satisfactores son inalcanzables para los particulares, en los que existe un control gubernamental que garantiza la regularidad y continuidad de dichos satisfactores, en la que existen facultades designadas expresamente al Ejecutivo federal —mediante su Secretaría de Salud— como la de dictar las normas técnicas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salu-

bridad general; otras facultades se han otorgado a los gobiernos de las entidades federativas, como la de planear, organizar y desarrollar sistemas estatales de salud, además de que los municipios también pueden prestar servicios de salud a la población en general cuando los gobiernos de las entidades federativas descentralizan en ellos la prestación de algunos servicios, como la atención médica. De este modo, cuando la Constitución establece para cualquier individuo el derecho público subjetivo —también llamado “social” en la teoría de los derechos humanos— de poder disfrutar de la protección a la salud, establece también una obligación correlativa a cargo del Estado de prestar servicios de salud para garantizar el disfrute de este derecho, por lo que se ha creado un sistema nacional de salud en el que participan la Federación, las entidades federativas y, excepcionalmente, los municipios, en la operación y financiamiento de esos servicios públicos de salud. Debido a que nos encontramos en presencia de una actividad cuyo objeto es atender necesidades de carácter colectivo cuyos satisfactores son inalcanzables para la mayoría de los gobernados; a que es controlada por el gobierno para garantizar la regularidad y continuidad de los satisfactores que produce; a que su prestación se encuentra reservada —en materia de salubridad general— al gobierno, y a que se encuentra declarada por la ley como servicio público, podemos concluir que se ha hecho una correcta sujeción al régimen de servicios públicos de aquellas actividades realizadas para atender, promover, preservar y recuperar la salud de la población en general.

c) El suministro de energía eléctrica es otro de los servicios públicos que es reputado expresamente como tal por la Constitución mexicana, al determinar en el párrafo sexto de su artículo 27 que “Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público”, con lo cual se hace referencia a una competencia exclusiva de la Federación en esta materia energética cuando su finalidad es la de satisfacer una necesidad de carácter general, cuyos satisfactores son inalcanzables para la mayoría de los gobernados debido a los onerosos recursos que requiere y a que los procesos técnicos para su obtención se encuentran restringidos cuando dicha energía se produzca para satisfacer una necesidad colectiva y no individual; es decir, cuando la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento tienen por objeto el suministro de energía eléctrica a todos los usuarios que lo requieran, nos encontramos en presencia de una actividad a cargo exclusivamente

del gobierno federal. Por ende, cuando la Constitución plasma la condicionante “que tenga por objeto la prestación de servicio público” permite, implícitamente, que se lleven a cabo estas actividades por los particulares cuando no tienen ese objeto, lo cual queda ratificado por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica cuando establece:

Artículo 3. No se considera servicio público:

I. La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;

II. La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;

III. La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción;

IV. La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y

V. La generación de energía eléctrica destinada a uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica.

De esta forma, el suministro de energía eléctrica que tenga como finalidad la atención de la necesidad colectiva e inalcanzable por sí mismos para la mayoría de los gobernados de contar con el suministro de energía eléctrica, será considerado como exclusivo del gobierno federal en cuanto a su regulación y prestación, por lo que no se podrán otorgar concesiones a los particulares en esta actividad declarada como un servicio públicamente dicho en la ley mexicana.

d) Los servicios públicos que la Constitución establece a cargo de los municipios son otro ejemplo en el que se emplea correctamente, en ciertos casos, el concepto “servicio público” para designar algunas actividades tendientes a satisfacer necesidades generales, a pesar de que la redacción de la fracción III del artículo 115 constitucional no es muy acertada, pues establece un listado de funciones y servicios públicos a cargo de los ayuntamientos en la que no se determina de forma precisa cuáles son los unos y cuáles serán los otros, al establecer:

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.

- b) Alumbrado público.
- c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.
- d) Mercados y centrales de abasto.
- e) Panteones.
- f) Rastro.
- g) Calles, parques y jardines y su equipamiento.
- h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito, e
- i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los Municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los Municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de Municipios de dos o más Estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio Municipio;

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

Es fácil observar que el Legislador federal no distingue qué actividades, de las enumeradas por la disposición anterior, son las que se encuentran sujetas al régimen de servicios públicos, con lo que debemos recurrir a la interpretación del precepto constitucional que analizamos, pues, como ya advertimos, la confusión entre una función pública y un servicio público puede devenir en problemas prácticos y teóricos.

Para comenzar, al analizar el inciso *a)* del referido artículo 115 constitucional, encontramos que no todas las hipótesis que prevé constituyen servicios públicos, aunado a que aquellas actividades que sí son servicios públicos no son definidas correctamente. Al respecto, Jorge Fernández Ruiz realiza el siguiente análisis:

De acuerdo con el nuevo texto del inciso *a)* de la fracción III del artículo 115 constitucional, son funciones y servicios públicos, “Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales”. Evidentemente, ninguno de los conceptos de este inciso es una función pública; por lo que ve al “agua potable”, no es en sí y por sí un servicio público, sino el producto que éste suministra; por tanto, la denominación correcta sería “servicio público de suministro de agua potable”; en cambio, sí es exacta la denominación de servicio público de “drenaje”, para aludir al destinado a avenar o dar salida y corriente a las aguas servidas; en cuanto al “alcantarillado”, debe decirse que no es un servicio público, sino la obra pública —conjunto de alcantarillas— que sirve de infraestructura al servicio público de drenaje; y, en lo que atañe al “tratamiento y disposición de sus aguas residuales”, es obvio que se trata de una actividad socioeconómica residual de interés público —que no es servicio público—, a cargo del municipio...<sup>7</sup>

De tal forma, coincidimos en que dentro de este inciso *a)* en comentario encontramos como servicios públicos municipales propiamente dichos al de “suministro de agua potable” y al de drenaje, por constituir actividades que tienden a satisfacer necesidades colectivas cuyos satisfactores son inalcanzables para la mayoría de los gobernados por sí mismos, en los que existe un control gubernamental, que garantiza la regularidad y continuidad de dichos satisfactores, existiendo una reserva de su prestación al gobierno —aunque pueden ser prestados por los particulares bajo ciertas condiciones—, y por encontrarse declarados como tales en la Constitución federal.

Por otra parte, en lo que respecta a los incisos *b)*, *c)*, *d)*, *e)* y *f)* de la citada fracción III del artículo 115 constitucional, podemos concluir, en obvia de evitar repeticiones, que se trata de servicios públicos propiamente dichos en los mismos términos que los antes analizados, exceptuando al tratamiento y la disposición final de residuos, ya que constituyen actividades socioeconómicas residuales de interés público, a cargo del municipio, en las que no existe una prestación reservada al gobierno, debido a que no implican la atención de una necesidad de carácter público que sea inalcanzable para los particulares, ya que cualquier persona puede tratar sus residuos y disponer de ellos cuando sean reciclables, siempre y cuando cumpla con las normas sanitarias y ecológicas vigentes.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, nota 4, p. 250.

En lo que respecta al inciso *g)* del referido precepto constitucional, no constituyen servicios públicos las “calles, parques y jardines y su equipamiento”, toda vez que son obras públicas, cuya naturaleza jurídica y regulación no corresponden a los elementos esenciales ni formales de los servicios públicos, ya que son bienes inmuebles que pueden servir para prestar servicios públicos, mas no son actividades que produzcan satisfactores, aunque sí pueden llegar a ser satisfactores producidos por un servicio público.

Por último, el inciso *h)* de la fracción multicitada se encarga de regular las funciones públicas de seguridad pública, policía preventiva municipal y tránsito, las cuales son reconocidas como tales por la propia Constitución en el artículo 21, por lo que tampoco constituyen servicios públicos y no requieren mayores comentarios.

e) El último de los casos en que la Constitución federal establece explícitamente servicios públicos lo encontramos en el inciso *k)*, base primera, del artículo 122, que regula las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y que a la letra establece:

Artículo 122...

Base primera. Respecto a la Asamblea Legislativa:

k) Regular la prestación y la concesión de los servicios públicos; legislar sobre los servicios de transporte urbano, de limpia, turismo y servicios de alojamiento, mercados, rastos y abasto, y cementerios;...

Es correcta la referencia que se hace de las actividades enumeradas en la disposición anterior como servicios públicos, salvo en el caso de “turismo y servicios de alojamiento”, los cuales, a pesar de que constituyen actividades reguladas por el gobierno en leyes de derecho público, son en realidad actividades socioeconómicas residuales de interés público, cuya prestación no produce satisfactores de necesidades de carácter general —pues sólo benefician directamente a un grupo minoritario de individuos— ni constituyen satisfactores inalcanzables para la mayoría de los gobernados, además de que su prestación no se encuentra reservada al gobierno, por lo que puede ser realizada por los particulares que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, sin necesidad de que se les otorgue una concesión. Cabe destacar que la disposición constitucional en comento es omisa en cuanto a los servicios públicos de suministro de agua y de drenaje, a pesar de que éstos son prestados por el gobierno del Distrito Federal y se encuentran declarados como tales en las leyes que los regulan.

### 3. *El problema de los servicios públicos municipales no contemplados en la Constitución*

Nuestra carta magna deja abierta la posibilidad de que las legislaturas de los estados integrantes de la Federación puedan establecer funciones o servicios públicos a cargo de sus municipios que no se encuentren regulados en la propia Constitución federal, cuando las condiciones territoriales, socioeconómicas, administrativas y financieras que imperen en sus ayuntamientos lo permitan, al establecer en el inciso *i*) de la fracción III del citado artículo 115, lo siguiente:

Artículo 115. ...

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Resulta beneficioso para el fortalecimiento de nuestros municipios mexicanos que las legislaturas de los estados a los que pertenecen puedan sujetar actividades al régimen de servicios públicos a cargo de la administración pública municipal; sin embargo, se torna también peligroso que los legisladores locales sujeten diversas actividades a este régimen sin tomar en cuenta los elementos esenciales y formales que deben satisfacer esas actividades para ser susceptibles de convertirse en auténticos servicios públicos, pues de no hacer una correcta delimitación conceptual en la construcción legislativa correspondiente se pueden cometer errores que le den el carácter de servicio público a actividades que en realidad son funciones públicas, obras públicas, actividades socioeconómicas residuales de interés público a cargo del gobierno, o simplemente actividades privadas, que no cumplen con los elementos propios de un servicio público. Como ya mencionamos, estos errores conceptuales pueden devenir en problemas prácticos y competenciales; de hecho, estos conflictos ya se han materializado en un importante número de Constituciones locales y de leyes orgánicas municipales, esto sin tomar en cuenta los reglamentos municipales expedidos por los propios municipios, en los que, de manera inconstitucional, se le da el carácter de servicios públicos a una serie de actividades que no se encuentran previstas en la Constitu-

ción federal, en su Constitución estatal, ni en las leyes estatales expedidas por su legislatura local. Esta situación requiere de una atención urgente, ya que, a pesar de que algunas de las funciones conferidas al ayuntamiento son expedir reglamentos, no tiene el municipio facultades para expedir leyes. Sin embargo, los municipios se están convirtiendo en legisladores de facto al realizar sujeciones de actividades al régimen de servicios públicos en los reglamentos o códigos municipales que expiden, por lo que, al ir más allá de lo establecido por su Legislador local y por la Constitución federal, incurren en un acto inconstitucional, que puede perjudicar tanto a los gobiernos como a los gobernados.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Se ha dicho por múltiples tratadistas del derecho administrativo en el mundo, que la complejidad de la naturaleza jurídica de los servicios públicos ha originado que existan tantos conceptos que tratan de definirlos como estudiosos han escrito sobre ellos. Esta situación obliga a un servidor a no contribuir, por el momento, con esta larga lista de definiciones doctrinales, que ya han dicho suficiente sobre el tema. No obstante, en atención al objetivo del presente trabajo, sí daré una concepción de la sustancia que, a mi parecer, es susceptible de ser catalogada como servicio público, sin que por ello exista una obligación jurídica o académica de que sea tomada en cuenta por el Legislador en su labor legislativa; dicha sustancia está constituida por las actividades que cuentan con los elementos esenciales mínimos para ser candidatas a sujetarse al régimen de los servicios públicos mexicanos, por lo que procedo a delimitarlas de la siguiente manera:

*Actividades que tienen como objetivo la producción de satisfactores que responden a necesidades de carácter general y que resultan complejos e inalcanzables para la mayoría de los particulares por sí mismos, por lo que se encuentran controladas por el gobierno para garantizar el acceso indiscriminado de los gobernados a ellos, evitar su interrupción discrecional y aseguran la regularidad del financiamiento que requieren y la calidad de los productos que generan.*

Espero que nuestros legisladores hagan caso no sólo del presente trabajo, sino de todos cuantos se han escrito sobre el tema, con el ánimo de que entre todos los criterios que existen encuentren uno que les permita

delimitar correctamente aquellas actividades que sujetan al régimen de servicios públicos, corrigiendo los errores cometidos por sus predecesores, manteniendo los aciertos de los mismos y evitando catalogar como servicios públicos a aquellas actividades que nada tengan que ver con la naturaleza de dichas figuras jurídicas; todo esto con el objetivo de cumplimentar la finalidad primaria del Estado: proporcionar bienestar a sus gobernados.