

**CAPÍTULO TERCERO:
ASPECTOS GENERALES DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS MUNICIPALES**

1. El servicio público municipal y el artículo 115 constitucional
2. El servicio público municipal en el derecho argentino
3. Formas de gestión de los servicios públicos municipales
4. La concesión de los servicios públicos municipales
5. Municipalización de los servicios públicos
6. Control y vigilancia de los servicios públicos municipales

●

CAPÍTULO TERCERO ASPECTOS GENERALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

Como señalamos en el capítulo anterior, en razón de su titularidad o jurisdicción, los servicios públicos se pueden clasificar en generales, regionales, municipales, coincidentes y coexistentes, según las instancias gubernamentales a que corresponda el aseguramiento y el control del servicio.

Estaremos frente a un servicio público general o nacional, cuando su aseguramiento, regulación y control queda a cargo del gobierno general del país, mismo que puede ser llamado federal cuando se trata de un régimen de este tipo, como es el caso de México, entre cuyos servicios públicos federales podemos citar, entre otros, el del suministro de energía eléctrica, el de teléfonos, y el de correos.

El servicio público regional se sujeta al control del gobierno del departamento, región, provincia o entidad federativa y no del gobierno general del país; en México, para distinguirlos de los federales, se les denominan servicios públicos estatales, entre los cuales se puede mencionar al servicio público de taxis.

En este orden de ideas, el servicio público municipal es el atribuido a la instancia de poder municipal a cuyo cargo está el aseguramiento y control de la prestación del servicio; en México, a partir de la reforma de 1983 del artículo 115 constitucional, tienen a su cargo un conjunto específico de servicios públicos que, en consecuencia, se consideran municipales.

En otros casos, los servicios públicos no se atribuyen de manera exclusiva a ninguna de las instancias gubernamentales, sino que se distribuye entre ellas, por lo que se les considera de jurisdicción concurrente, aun cuando más bien son de jurisdicción coincidente o coexistente; así ocurre con los servicios públicos de educación, de salud, y de transporte terrestre, entre otros.⁽⁹⁷⁾ Por tanto, es dable clasificar, a su vez, los servicios públicos a cargo del municipio en exclusivos, coincidentes y coexistentes, según sea el municipio el único titular o comparta la titularidad del servicio con los otros ámbitos del poder público.

1. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL Y EL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

En los casos en que el texto original de nuestra Constitución federal de 1917 usó las expresiones *servicio público* (artículo 132) y *servicios públicos* (artículos 5, 13 y 27) no hizo alusión a la actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades de carácter general, sino que las empleó en su acepción de servicios personales prestados al Estado (artículo 5 y 13) o, con un criterio orgánico, las utilizó como sinónimo de actividad estatal (artículos 27 y 132).

Fue través de diversas reformas que el texto constitucional recogió la noción de servicio público consistente en actividad técnica satisfactora de necesidades de carácter general a que ahora aluden los artículos 3, 28, 73, fracción XXV; 115, fracción III; 122, base primera, inciso k), y 123, fracción XVIII.

A. LA REFORMA DE 1983 AL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

El texto original del artículo 115 constitucional no estaba reservado para regular exclusivamente al municipio, sino que también se ocupaba de aspectos fundamentales del gobierno de los Estados de la República y permaneció intocado durante más de trece años, ya que la primera reforma de este numeral de la Constitución se publicó el 20 de agosto de 1928, misma que no tuvo relación con los servicios públicos municipales, como tampoco la tuvieron las siguientes seis reformas a dicho artículo.

El día seis de diciembre de 1982 presentó el Poder Ejecutivo, ante la Cámara de Senadores, la iniciativa de reforma más importante de cuantas se han hecho a nuestra ley fundamental en materia municipal, supuestamente sustentada en tres mil quinientas diecisiete ponencias presentadas por escrito en una consulta realizada durante octubre y

noviembre del mismo año, en virtud de la cual se modificó substancialmente el texto del artículo 115, entre otros propósitos, para determinar los servicios públicos a cargo de los municipios, facultándolos para coordinarse y asociarse entre sí para su eficaz prestación, en los términos de la legislación respectiva.

El día tres de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma correspondiente —novena del artículo 115—, cuya parte relativa a los servicios públicos municipales dispuso:

Artículo 115.- Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre conforme a las bases siguientes:

(.....)

III. Los municipios, con el concurso de los Estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:

- a) Agua potable y alcantarillado;
- b) Alumbrado público
- c) Limpia
- d) Mercados y centrales de abasto
- e) Panteones
- f) Rastro
- g) Calles, parques y jardines
- h) Seguridad pública y tránsito, e
- i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Los municipios de un mismo estado, previo acuerdo entre sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos que les corresponda;

De esta suerte, por disposición constitucional quedó a cargo de los municipios el conjunto de actividades y obras catalogadas bajo la denominación de *servicios públicos*, a que se refirieron —según el texto de la referida reforma de 1983— los incisos de la a)

a la h) de la fracción III del artículo 115 constitucional que acabamos de transcribir, respecto de los cuales, cuando así fuere necesario y lo determinasen las leyes, los estados aportarían su concurso, o sea su ayuda y asistencia, a efecto de asegurar su prestación; empero, conviene aclarar que en ese listado ni estaban todos los servicios públicos que intrínsecamente eran o debían ser municipales, ni, en rigor, eran servicios públicos todos los que ahí estaban considerados como tales.

En efecto, en el catálogo de la reforma de 1983 a la fracción III del artículo 115 constitucional no figuraban servicios públicos que en el esquema de un municipio libre, autárquico y vigoroso debieran considerarse municipales, como el de los taxis, el de los estacionamientos de vehículos, y el del transporte colectivo urbano, entre otros. Podría argumentarse que tales servicios, especialmente los dos últimos mencionados, no son necesarios en diversos municipios rurales, lo que no sería obstáculo para determinar su carácter municipal, pues quedaría condicionado su establecimiento a la existencia de la correlativa necesidad de carácter general.

En cambio, de acuerdo con la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional, quedaron conceptuadas como servicios públicos algunas actividades del poder público municipal que sin duda se desarrollan en el desempeño de auténticas funciones públicas, cuales son las de seguridad pública y tránsito, pese a que, como ya vimos en el capítulo anterior, servicio público y función pública son dos categorías jurídicas distintas y no dos formas para llamar a una sola y misma atribución. Las funciones públicas, como ocurre en el caso de la seguridad pública y del tránsito, conllevan el ejercicio de la potestad, del imperio y de la autoridad del Estado.

De igual manera, la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional incluyó como servicios públicos a calles, parques y jardines, los que intrínsecamente no lo son, puesto que se trata de típicas obras públicas que también constituyen una categoría jurídica diversa a la del servicio público; las primeras, venimos de decirlo, son las obras realizadas o producidas por el Estado —en el caso de la obra pública municipal, por el municipio— o a su nombre, en un inmueble determinado, con un propósito de interés general, destinadas al uso público, al desempeño de una función pública, o a la prestación de un servicio público.

En la obra pública, puede distinguirse la que está en proceso, en cuyo caso nos

referimos a los trabajos a desarrollar para su realización, y la obra pública terminada, la cual puede ser objeto de nueva obra pública, como ocurre con los trabajos para reconstruirla, ampliarla, conservarla o modificarla.

Las calles, parques y jardines, son auténticas obras públicas municipales que una vez concluidas son destinadas al uso público; en el caso concreto de las calles, sirven de infraestructura para el servicio público de transporte y, en ocasiones, para los de estacionamiento de vehículos, y de mercados, de ahí su indebida catalogación como servicios públicos.

B. LA REFORMA DE 1987 AL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

El propósito de la décima reforma del artículo 115 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, consistió en retirar de este numeral la mayoría de sus disposiciones relativas al gobierno de los Estados de la República, las que fueron transferidas al artículo 116, para dedicar la casi totalidad del 115 al ente municipal, quedando intacta su fracción III.

>> *La reforma de 1994 al artículo 21 constitucional*

La reforma de 1994 al artículo 21 constitucional, vino a agravar la errónea inclusión de la seguridad pública en el catálogo de servicios públicos municipales contenido en el artículo 115 de nuestra Ley fundamental, porque al definir a la seguridad pública, no como un servicio público sino —con todo acierto— como una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias señaladas por la propia Constitución, mas, sin haberla retirado —como debió haber sido— del referido catálogo de servicios públicos municipales, tuvo por consecuencia el absurdo de que la seguridad pública, según dos artículos —el 21 y el 115— de la Constitución, fuese simultáneamente función pública y servicio público.

C. LA REFORMA DE 1999 AL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

Una nota característica de la reforma de 1999 al artículo 115 constitucional vino a ser la de no haber sido promovida por el Poder Ejecutivo sino por diputados federales de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática, del Partido del Trabajo y del Partido Revolucionario Institucional, citados en orden alfabético.

a) Las iniciativas presentadas por los diputados

Entre el día 23 de octubre de 1997 y el 26 de mayo de 1999, diputados federales pertenecientes a los grupos parlamentarios mencionados en el párrafo anterior presentaron un total de nueve iniciativas para hacer modificaciones al artículo 115 constitucional, de las cuales dos se refirieron concretamente a los servicios públicos municipales, siendo éstas las siguientes:

i. Iniciativa de diputados del Partido del Trabajo

Iniciativa presentada el once de diciembre de 1997, por los diputados federales Alejandro González Yáñez, Ricardo Cantú Garza, Juan José Cruz Martínez, María Mercedes Maciel Ortiz, Luis Patiño Posas, José Luis López López y Gerardo Acosta Zavala, integrantes del grupo parlamentario del Partido del Trabajo, para incrementar el catálogo de los servicios públicos municipales con el que denominaron *de protección civil*.

Respecto de la inclusión de las acciones de *protección civil* en el catálogo de servicios públicos municipales, habremos de opinar que es improcedente, por no tratarse de un servicio público, sino de una modalidad de la función de seguridad pública destinada a prevenir los riesgos, daños o peligros y, en su caso, salvaguardar a las personas y sus bienes, en casos de emergencias, siniestros o desastres, proporcionándoles auxilio y procediendo —con la colaboración de los particulares y de la sociedad civil en general— al restablecimiento de los servicios vitales y sistemas estratégicos de la comunidad.

Lo anterior no impediría que las actividades de *protección civil* pudieran atribuirse al municipio, mas no con el carácter de servicio público sino con el de función pública, que obedece a principios diferentes.

ii. Iniciativa de diputados del Partido Acción Nacional

El treinta y uno de marzo de 1998, los diputados federales Juan Marcos Gutiérrez González, Juan Miguel Alcántara Soria, Fortunato Alvarez Enríquez, Abelardo Perales, Francisco Vera González, Rubén Fernández Aceves, María del Carmen Corral, Rafael Castilla Peniche, Fernando Castellanos Pacheco, Sandra Segura Rangel, Julio Faesler Carlisle, Felipe de Jesús Cantú Rodríguez, Santiago Creel Miranda, José de Jesús González Reyes, Juan Carlos Gutiérrez Fragoso, César Jáuregui Robles, Germán Martínez Cázares, Ramón Nava González, Américo Ramírez Rodríguez, Carlos Arce Macías, Juan José Rodríguez Prats, Baldemar Tudón Martínez, Felipe Urbiola Ledezma y Antonio Galaviz Olais, integrantes

del Partido Acción Nacional, presentaron una iniciativa de reforma al artículo 115 constitucional, entre otros efectos, para eliminar el concurso de los estados en la prestación de los servicios públicos municipales, e incrementar el catálogo de los servicios públicos municipales con los rubros de infraestructura urbana y rural, transporte público y catastro.

Acerca de la iniciativa anterior, es conveniente recordar que en municipios de escasos recursos financieros, diversos servicios públicos no pueden prestarse sin el concurso del Estado respectivo y, en lo que atañe a la incorporación del rubro de infraestructura urbana y rural al catálogo de servicios públicos, habremos de señalar que se trata de obra pública y no de servicio público, lo que no sería obstáculo para que se atribuyera expresamente al municipio, pero con su calidad real de obra pública.

En cuanto al transporte público, coincidimos con dicha iniciativa en lo relativo al servicio público de transporte urbano, dado que su infraestructura se integra con las vías de comunicación de carácter municipal, como son las calles y avenidas urbanas, que sin lugar a dudas son obras públicas municipales.

En cuanto al catastro, conviene aclarar que tampoco se trata de un servicio público sino de una función pública, como es la función administrativa registral, consistente, en términos generales en dar certeza, autenticidad y seguridad jurídica a hechos, actos y situaciones relacionadas con personas o bienes, mediante la sistematización de inscripciones, anotaciones, catálogos e inventarios, y proporcionar información al público, a través de la ejecución del respectivo acto administrativo, porque la función administrativa se concreta en actos administrativos.

b) El dictamen de la Comisión

El Dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* de 15 de junio de 1999, formula, respecto de la fracción III de dicho numeral, las consideraciones siguientes:

4.3 Una de las reformas más importantes que se introducen en el presente decreto es, sin duda, la referente a la fracción III que contiene un catálogo de competencias exclusivas.

Este aspecto, está planteado en las iniciativas en estudio, por lo cual, la comisión

que suscribe estima procedente eliminar el concurso de los Estados en las funciones y servicios establecidos en la nueva fracción III, para que queden con dicho doble carácter (función y servicio público), las materias descritas en los incisos correspondientes en calidad de competencias municipales exclusivas, sin perjuicio del mecanismo de transferencia previsto en los incisos c) y d) de la ya explicada nueva fracción II.

En referencia a las materias cuyo concepto se amplía o aclara, tenemos lo siguiente:

En el inciso a) de la fracción III, a la materia de agua potable y alcantarillado se le agrega drenaje, tratamiento y disposición de aguas residuales.

En el inciso c), que contempla limpia, se precisa que se trata también de los servicios para recolectar, trasladar, tratar y disponer de residuos, obviamente de los que su tratamiento no esté reservado a la competencia de otros ámbitos de gobierno, según la ley de la materia, en los términos de la fracción XXIX-G del artículo 73 de la Constitución General de la República.

En el inciso g), al concepto de calles, parques y jardines, se le agrega genéricamente el equipamiento que se entiende como la obra, mobiliario e infraestructura accesoria a los conceptos principales ya enunciados.

En el inciso h), se adecua la noción de seguridad pública y se reenvía al artículo 21 constitucional para aclarar que la exclusividad en este aspecto resulta de la parte específica que el nuevo concepto, en esta materia, le asigna al ámbito municipal, lo cual incluye lo que se refiere a la policía preventiva municipal y se mantiene la facultad en materia de tránsito municipal.

De todo lo anterior, se debe concluir que se trata de funciones y servicios del ámbito municipal, para que se ejerzan o se presten exclusivamente por su órgano de gobierno: el ayuntamiento y la administración pública municipal que le deriva.

Se agrega un nuevo párrafo segundo para prevenir que, sin perjuicio de sus competencias, en las materias que tienen regulación federal o estatal especial, los municipios observarán las leyes de la materia sin que éstas, puedan desvirtuar la competencia

del municipio al efecto. Esto significa, por ejemplo, que si bien el municipio tiene en exclusiva el servicio de agua potable en su jurisdicción, ello no implica que no deba observar la ley federal de aguas nacionales o las leyes estatales para la distribución de agua en bloque; no obstante, dichas leyes no podrán sustraer del ámbito municipal su potestad primigenia de distribuir entre la población el vital líquido si no media el acuerdo o resolución de su órgano de gobierno.

Por último, se recorre el actual párrafo segundo para convertirse en tercero, eliminando la taxativa de que los municipios se puedan asociar sólo entre municipios de un mismo Estado y sólo para la prestación de servicios. Con la nueva redacción, los municipios se podrán asociar libremente para los fines de la fracción en estudio, si son de un mismo Estado, y si son de dos o más estados tendrán que acudir a la Legislatura para su aprobación. En ambos casos, se amplía la posibilidad de asociación no sólo para la más eficaz prestación de servicios públicos sino también para el ejercicio de sus funciones públicas. A lo anterior se suma la vía de convenir con el Estado un esquema de asunción de servicios o funciones municipales o bien, de coordinación entre ambos.

Esta comisión considera necesario señalar, que la facultad que se otorga a las legislaturas para que autoricen la asociación de municipios de diferentes estados, de ninguna manera debe entenderse en demérito de las asociaciones municipales de derecho privado que existen bajo la figura de asociaciones civiles y las que se puedan crear a futuro, ya que en este supuesto estamos en presencia de una asociación, ilimitada en términos de derecho común, atendiendo al doble carácter de la persona moral denominada municipio. En este último caso, -a diferencia del que se ocupa la presente reforma-, el municipio actúa en términos de persona moral de derecho privado como atributo de su personalidad jurídica.

i. Las erróneas consideraciones del dictamen

Las consideraciones antes transcritas adolecen de falta de lógica y de actualización doctrinal en materia jurídica, lo cual dio lugar a errores importantes, como atribuir a los servicios públicos no sólo ese carácter sino, simultáneamente, el de funciones públicas, y viceversa, lo que permite que los rubros insertos en el catálogo configurado en los diversos incisos de la fracción III del artículo 115 constitucional, sean, a la vez, servicios públicos y funciones públicas, aunque, como lo hemos repetido con insistencia, constituyen dos categorías jurídicas diferentes, sujetas a principios y preceptos distintos.

Por otra parte, las consideraciones del dictamen en comentario pretenden resucitar la arcaica e infundada teoría decimonónica de la doble personalidad del Estado que aplican al municipio, para sostener que éste tiene una personalidad jurídica de derecho privado e, implícitamente, otra de derecho público.

En consecuencia, las reformas a que se refiere el dictamen en comentario, lejos de corregir los errores introducidos por la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional (de considerar servicios públicos tanto a las funciones públicas de seguridad pública y de tránsito como a las obras públicas de calles, parques y jardines, agravados por la modificación de 1987 al artículo 21 constitucional que consideró función pública a la seguridad pública, sin quitarle en el artículo 115 de la propia Constitución la etiqueta de servicio público), generalizó la confusión a todos los conceptos del catálogo de la fracción III del artículo 115, para artificialmente atribuirles el doble carácter de servicios públicos y funciones públicas.

Conviene hacer hincapié en que tales errores no son propios de una cuestión puramente doctrinal o relativos a una discusión meramente bizantina, sino que en la práctica pueden tener consecuencias jurídicas trascendentales, toda vez que las funciones públicas, dado su carácter de actividades esenciales propias del estado y del municipio, son indelegables, por cuya razón no pueden ser objeto de concesión a particulares, lo que sí puede ocurrir, en cambio, con los servicios públicos.

ii. La infundada teoría de la doble personalidad del Estado

Calificamos de arcaica e infundada a la teoría de la doble personalidad del Estado, en que infructuosamente trata de fundarse la última de las consideraciones relativas a las modificaciones de la fracción III del artículo 115 constitucional, porque a pesar del éxito que alcanzó a fines del siglo XIX y principios del XX, desde hace medio siglo cayó en el descrédito al demostrarse su falta de sustento.

Inspirada en el derecho romano, la teoría del fisco,⁽⁹⁸⁾ surgida a finales de la etapa del Estado absolutista, aporta las bases para el posterior desarrollo de la teoría de la doble personalidad del Estado; conforme a la primera de dichas teorías, coexistían en el Estado dos personas jurídicas como resultado de su disociación jurídica: el fisco, es decir, el Estado configurado como persona moral de derecho civil, equivalente a una sociedad

de intereses pecuniarios, y, por otra parte, el Estado propiamente dicho, entendido como sociedad política o persona moral de derecho público.

Por su parte, la teoría de la doble personalidad del Estado atribuyó a éste dos personalidades, una de derecho público y otra de derecho privado; cuando el Estado actúa como ente soberano en ejercicio de su imperio —en sus relaciones con los particulares con el carácter de autoridad, por ejemplo— hace uso, según esta teoría, de su personalidad de derecho público, y emplea la de derecho privado siempre que, despojado de su poder, actúa como una persona moral ordinaria, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en los términos del derecho privado.

La teoría de la doble personalidad del Estado fue objeto de dura y fundada crítica, al grado de haber caído en el descrédito, por comprobarse que el Estado no es sino un sólo y único sujeto de derecho; si caprichosamente se le dividiera en dos personalidades, una pública y otra privada, se tendría que admitir que, como persona de derecho público, el Estado, no sería responsable de los actos que efectuase como persona de derecho privado, lo cual sería absurdo.

Además si se reconociera doble personalidad al Estado, otro tanto debiera hacerse con los particulares, quienes usarían la de derecho privado en sus tratos con sus pares, reservando su personalidad de derecho público para emplearla cuando se relacionaran con el Estado a través de contratos administrativos, lo cual resulta inadmisibles, pues, como bien señala el prestigiado profesor argentino Agustín A. Gordillo:

En efecto, es de advertir que la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un sujeto no significa que su personalidad se divida y multiplique; del mismo modo que un industrial estará sujeto al derecho comercial en sus transacciones, al derecho del trabajo en sus relaciones con los obreros de la fábrica, al derecho civil en sus relaciones de familia, al derecho administrativo y fiscal en sus relaciones con el Estado, y al derecho penal en la medida que cometa un delito, no por ello se podrá pretender que tiene una «quintuple personalidad»: comercial, laboral, civil, administrativo-fiscal y penal. Ello sería obviamente absurdo, e igualmente absurdo es pretender que porque al Estado se le apliquen, igual que a cualquier sujeto, más de un grupo de normas, tenga por ello más de una personalidad jurídica. La personalidad jurídica es necesariamente una sola en todos los casos y ello es también válido para el Estado.⁽⁹⁹⁾



Al apoyarse en una doctrina definitiva e irrefutadamente refutada desde hace décadas, cual es la de la doble personalidad del Estado, resulta extemporánea —por arcaica y obsoleta— la última de las consideraciones formuladas acerca de la fracción III del artículo 115 constitucional en el dictamen en análisis, por lo que es errónea e infundada su afirmación expresada en el sentido de que el municipio, en algún caso, actúa en términos de persona moral de derecho privado como atributo de su personalidad jurídica, habida cuenta que el municipio, al igual que el Estado, como bien señala el doctor Miguel Acosta Romero: es una persona jurídica de derecho público con una sola personalidad y voluntad, que se regula en su estructura y funcionamiento por la Constitución y leyes administrativas secundarias y, cuando entra en relaciones de derecho civil, nunca pierde su carácter de Estado, ni su voluntad cambia.⁽¹⁰⁰⁾

Lamentablemente, la desafortunada reforma de 1999 a la fracción III del artículo 115 constitucional, lejos de corregir los errores en que incurrió la de 1983, consistentes en considerar servicios públicos a las funciones públicas de seguridad pública y de tránsito, lo mismo que a las obras públicas de calles, parques y jardines, los magnificó y agravó, pues además de considerarlos como servicios públicos municipales —junto con los auténticos—, incurrió en el absurdo de catalogarlos simultáneamente, a unos y otros, como funciones públicas.

Hubo, además, algunas otras variaciones en el catálogo de la fracción III del artículo 115 constitucional —ahora de funciones y servicios públicos—; así, el rubro relativo al agua potable y alcantarillado quedó denominado «Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales»; el de limpia, se nombra «Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos»; el de calles, parques y jardines: «Calles, parques y jardines y su equipamiento», y los de seguridad pública y tránsito: «Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito»; tales modificaciones no son justificables, como se explica a continuación.

De acuerdo con el nuevo texto del inciso *c*) 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 denomi-

nación 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. Por lo anterior, el texto del inciso *a*) de la fracción III del artículo 115 constitucional, en nuestra opinión, debiera ser: «*a*) Suministro de agua potable y drenaje».

De acuerdo al nuevo texto del inciso *c*) de la fracción III del artículo constitucional en comentario, son funciones y servicios públicos: «Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos»; lo cual encierra diversas inexactitudes, porque ninguno de los conceptos es función pública; y, por otra parte, el tratamiento y la disposición final de residuos, son actividades socioeconómicas residuales de interés público, a cargo del municipio, que no son servicios públicos; además, el inciso en cuestión debiera referirse únicamente a los residuos sólidos, no a los líquidos ni a los gaseosos.

Por las razones anteriores, creemos que hubiera sido mejor la siguiente redacción del citado inciso: «*c*) Limpia, recolección y traslado de residuos sólidos a centros de depósito adecuados».

En el nuevo texto del inciso *g*) se agrega «y su equipamiento» a «Calles, parques y jardines», conceptos todos que debieran salir de un catálogo de servicios públicos, por tratarse de obras públicas que constituyen la infraestructura de auténticos servicios públicos, cual es el de transporte urbano, por ejemplo.

Por último, en los nuevos términos del inciso *h*) de la fracción III del artículo 115, son funciones y servicios públicos municipales: «Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito», pese a que «seguridad pública y tránsito» son exclusivamente funciones públicas cuyo desempeño conlleva el ejercicio del imperio, de la potestad y de la autoridad del municipio. Para enfatizar la confusión generada por esta modificación a la fracción III del artículo 115 constitucional, debe tenerse presente que para el artículo 21 de la propia Ley fundamental, la seguridad pública sigue considerada exclusivamente como función pública.

En cuanto a la «policía preventiva municipal», debe señalarse que no se trata de una función pública, ni tampoco de un servicio público, sino de una corporación policial conformada por un conjunto de personas físicas dadas de alta como agentes de policía, a cuyo cargo está el desempeño de la función pública de seguridad pública.

Las razones expresadas en los dos párrafos anteriores evidencian la conveniencia de eliminar de un catálogo de servicios públicos a la seguridad pública, policía preventiva municipal y tránsito, lo cual no impide que el ejercicio de las funciones públicas de seguridad pública y de ordenación y control del tránsito urbano se encomienden al municipio, en el área de su competencia.

c) El nuevo texto de la fracción III del 115 constitucional

De conformidad con la reforma de 1999, la fracción III del artículo 115 constitucional quedó con la redacción y sujeta a los artículos transitorios siguientes:

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre conforme a las bases siguientes:

(.....)

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;
- i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socioeconómicas 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 los municipios de dos o más estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los estados respectivos. 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.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

«ARTÍCULO PRIMERO El presente decreto entrará en vigor noventa días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, salvo lo previsto en los artículos siguientes:

«ARTÍCULO SEGUNDO. Los estados deberán adecuar sus constituciones y leyes conforme a lo dispuesto en este decreto a más tardar en un año a partir de su entrada en vigor. En su caso, el Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones a las leyes federales a más tardar el 30 de abril del año 2001.

En tanto se realizan las adecuaciones a que se refiere el párrafo anterior, se continuarán aplicando las disposiciones vigentes.

«ARTÍCULO TERCERO. Tratándose de funciones y servicios que conforme al presente decreto sean competencia de los municipios y que a la entrada en vigor de las reformas a que se refiere el artículo transitorio anterior sean prestados por los gobiernos estatales, o de manera coordinada con los municipios, éstos podrán asumirlos, previa aprobación del ayuntamiento. Los gobiernos de los estados dispondrán lo necesario para que la función o servicio público de que se trate se transfiera al municipio de manera ordenada, conforme al programa de transferencia que presente el gobierno del Estado, en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la recepción de la correspondiente solicitud.

En el caso del inciso a) de la fracción tercera del artículo 115, dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, los gobiernos estatales podrán solicitar a la legislatura correspondiente, conservar en su ámbito de competencia los servicios a que se refiere el

citado inciso, cuando la transferencia de estado a municipio afecte, en perjuicio de la población, su prestación. La legislatura estatal resolverá lo conducente.

En tanto se realiza la transferencia a que se refiere el primer párrafo, las funciones y servicios públicos seguirán ejerciéndose o prestándose en los términos y condiciones vigentes.

«ARTÍCULO CUARTO. Los Estados y municipios realizarán los actos conducentes a efecto de que los convenios que, en su caso, hubiesen celebrado con anterioridad, se ajusten a lo establecido en este decreto y a las constituciones y leyes estatales. (.....)

«ARTÍCULO SEXTO . En la realización de las acciones conducentes al cumplimiento del presente decreto, se respetarán los derechos y obligaciones contraídos previamente con terceros, así como los derechos de los trabajadores estatales y municipales.

Dado en la Sala de Comisiones del Palacio Legislativo de San Lázaro a los catorce días del mes de junio de mil novecientos noventa y nueve.

d) Errores de la nueva fracción III del 115 constitucional

Independientemente de las consideraciones formuladas en el dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* de 15 de junio de 1999, la nueva redacción del encabezado de la fracción III del artículo 115 constitucional que establece: «Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:», resulta confusa e imprecisa, dadas las dos interpretaciones a que da lugar, a saber:

i. Algunos de los ítems de la fracción son servicios públicos y otros son funciones públicas, sin indicar cuáles son unos y cuáles son otras; interpretación reforzada:

> Por lo dispuesto en el segundo párrafo de dicha fracción, que alude a la competencia del municipio en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo como dos aspectos diferentes de su actividad;

> Por la atribución al municipio —en el inciso h)— de la seguridad pública, en los términos del artículo 21 constitucional, que la define como una función —no como un

servicio público— a cargo de la Federación, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios.

> Por la conjunción disyuntiva «o» utilizada en la parte final del primer párrafo del artículo tercero transitorio del decreto respectivo, que previene: «Los gobiernos de los estados dispondrán lo necesario para que la *función o servicio público* de que se trate se transfiera al municipio de manera ordenada».

> Por la imposibilidad impuesta por la lógica de que una categoría jurídica sea a la vez otra diferente.

ii. Empero, el nuevo texto del encabezado de la fracción III del artículo 115 constitucional, al usar en su encabezado la conjunción copulativa «y» en la expresión *funciones y servicios públicos* que pone a cargo de los municipios, no sólo califica de públicos tanto a las funciones como a los servicios sino que permite también inferir el desatino de que todos los ítems de dicha fracción sean simultáneamente servicios públicos y funciones públicas, tal como lo expresó la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados en su dictamen respectivo.

e) Bases para rectificar el artículo 115 constitucional

Por todo lo anterior, se impone la modificación del texto del artículo 115 constitucional a fin de configurar el marco jurídico adecuado para propiciar el sano desarrollo de los municipios en México, tal rectificación deberá partir de un catálogo integral de las actividades a su cargo que las agrupe en relación con las funciones públicas, los servicios públicos y las obras públicas, identificando las restantes como actividades socioeconómicas residuales.

En este orden de ideas, deberán preverse las actividades a realizar en ejercicio de las siguientes funciones públicas del municipio: la de gobierno municipal, incluidas las de otorgamiento de licencias, permisos y —en su caso— concesiones; la función pública —materialmente legislativa— de aprobar los bandos y reglamentos municipales; la función pública —materialmente jurisdiccional— de imponer sanciones por la comisión de faltas administrativas; la función pública —formal y materialmente administrativa— de contratar la adquisición, arrendamiento y enajenación de bienes y servicios, así como de obra pública, y de convenir o concesionar la prestación de servicios públicos; la de

seguridad pública; la de tránsito; la hacendaria; la de planeación; la de control; la catastral; así como las de protección al ambiente y de protección civil, en el ámbito de su competencia.

En cuanto a los servicios públicos municipales, el catálogo respectivo deberá incluir los de agua potable y drenaje;⁽¹⁰¹⁾ alumbrado público; limpia, recolección y traslado de residuos sólidos;⁽¹⁰²⁾ mercados y centrales de abasto; panteones; rastro; estacionamiento de vehículos; taxis y automóviles de alquiler; y transporte colectivo urbano de pasajeros.

En cuanto a las obras públicas municipales, deben considerarse la construcción, edificación, instalación y cualesquiera otras actividades que modifiquen el estado o modificación de un inmueble municipal con un propósito de interés público o beneficio general, así como al producto terminado de tales actividades; por lo que quedarían comprendidos los edificios municipales destinados a sus órganos y dependencias; las redes de agua potable, drenaje y alumbrado público, así como las calles, parques y jardines.

Finalmente, debieran figurar entre las actividades socio económicas residuales, las de interés público relativas al tratamiento y disposición de las aguas servidas y pluviales, y al tratamiento y disposición final de los residuos sólidos, así como las actividades socioeconómicas residuales simples que el municipio desempeñe con motivo de la deficiencia o insuficiencia de las similares desarrolladas por los particulares.

2. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL EN EL DERECHO ARGENTINO

A guisa de muestra del derecho comparado, nos remitimos al derecho argentino, para explorar el ámbito de las obras públicas y de los servicios públicos municipales, lo que nos permite advertir, por ejemplo, que en la Provincia de Buenos Aires, el catálogo de los referidos servicios no incluye la seguridad pública ni la ordenación del tránsito; tampoco comprende las calles, parques y jardines, cuya apertura y ejecución se atribuye implícitamente al departamento ejecutivo de la municipalidad, con sujeción a una normativa jurídica integrada por la Constitución Provincial, la Ley Orgánica de las Municipalidades, la Ley de Obras Públicas y su decreto reglamentario, la Ordenanza General número 165, sobre Obras Públicas Municipales; y el Reglamento de Contabilidad y Disposiciones de Administración para las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, entre otras.

Cabe aclarar que en la provincia de Buenos Aires la organización del gobierno municipal obedece a un esquema bipartita configurado a través de dos departamentos: el deliberativo y el ejecutivo, el primero está a cargo del Concejo deliberante, compuesto de un número variable de miembros, no menor de seis ni mayor de veinticuatro concejales, de acuerdo al número de habitantes, en tanto que el departamento ejecutivo se encomienda a un intendente.

El catálogo de obras públicas municipales de la Provincia de Buenos Aires está contenido en su Ley Orgánica de Municipalidades, que al respecto establece:

Art. 59. Constituyen obras públicas municipales:

- a) Las concernientes a los establecimientos e instituciones municipales.
- b) Las de ornato, salubridad, vivienda y urbanismo;
- c) Las atinentes a servicios públicos de competencia municipal.
- d) Las de infraestructura urbana, en especial las de pavimentación, repavimentación, cercos, veredas, saneamiento, agua corriente, iluminación, electrificación, provisión de gas y redes telefónicas.

(.....)

Art. 60. Las obras municipales se realizarán por:

- a) Administración
- b) Contratación con terceros
- c) Cooperativas o asociaciones de vecinos
- d) Acogimiento a leyes de la provincia o de la nación.

En los contratos con terceros para la realización de obras que generen contribución de mejoras, se podrá imponer al contratista la percepción del costo de la obra directamente de los beneficiarios.

En cuanto a los servicios públicos, la Ley Orgánica de las Municipalidades, en su artículo 52, presenta un catálogo de servicios públicos municipales que incluye los de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües pluviales, transporte y todo otro que tendente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local, siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación, a cuyo efecto atribuye al Concejo Deliberante disponer la prestación de los catalogados, y además, dispone:

Art. 53. El Concejo autorizará la prestación de los servicios públicos de ejecución directa del departamento ejecutivo o mediante organismos descentralizados, consorcios, cooperativas, convenios y acogimientos. Con tal propósito, se podrá autorizar la obtención de empréstitos y la venta o gravamen de bienes municipales, con arreglo a lo dispuesto para estas contrataciones.

Por mayoría absoluta del total de sus miembros, el Concejo podrá otorgar concesiones a empresas privadas para la prestación de servicios públicos, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII.

Art. 131. La ejecución directa de los servicios de la municipalidad corresponde al departamento ejecutivo, quien administrará los establecimientos por medio de empleados a sueldo, comisiones de vecinos u organismos descentralizados. En los convenios, cooperativas o consorcios, será obligatoria su participación en los órganos directivos.

3. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

La prestación de los servicios públicos municipales se da a través de estructuras organizacionales determinadas, a cargo de entes de derecho público, o bien de personas físicas o morales, mediante diversas formas o modos de gestión, inscritas unas en el derecho público, encuadradas otras en el derecho social, e insertas unas más en el derecho privado.

A. PRESTACIÓN POR INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO

Figuran entre las posibles formas de prestación del servicio público municipal, a través de entes de derecho público, la gestión directa por medio de la administración municipal centralizada; la gestión mediante ente específico de la administración centralizada, pero carente de personalidad jurídica propia, como es el órgano municipal desconcentrado; la prestación a través de la personificación del servicio público por la vía de la descentralización administrativa por servicio a través del organismo descentralizado municipal; la prestación a través de una empresa de participación municipal mayoritaria que, aun cuando acuñada en los moldes del derecho privado, se sujeta, en parte, a regulación de derecho público; la prestación por medio de una asociación intermunicipal; la prestación mediante convenio celebrado entre el municipio y el Estado; y la prestación a través de un fideicomiso público.

a) Gestión directa de la administración municipal centralizada

Estaremos frente a esta forma de gestión de los servicios públicos, que los franceses conocen como gestión en *régie simple* o *directe*, cuando el servicio público lo maneja la administración municipal centralizada por medio de una de sus dependencias que simultáneamente atiende otras actividades; se trata, pues, de una gestión indiferenciada de la administración pública, en la que ésta asume su dirección y operación, al hacerlo funcionar con sus propios agentes y recursos.

En México, la mayoría de los municipios encomiendan diversos servicios públicos, como los de limpia y mercados a dependencias de su administración centralizada, y en consecuencia, sin personalidad jurídica ni patrimonio ni presupuesto propios, pero con bienes específicos afectos a ellos, y con asignaciones concretas de recursos, para subvenir a sus gastos, en sus respectivos presupuestos anuales de gastos, así como con personal especializado adscrito formalmente a cada uno de dichos servicios.

En tanto no cese la confusión existente en el artículo 115 de nuestra Constitución federal, que considera servicios públicos a genuinas funciones públicas, la gestión directa centralizada resulta indispensable para aquéllos cuya prestación implica el ejercicio de autoridad; así, los llamados «servicios públicos» de tránsito y los de seguridad pública deben ser prestados por la administración pública centralizada, por la razón referida.⁽¹⁰³⁾

b) Gestión del servicio público municipal a través de un órgano desconcentrado de la Administración centralizada

El municipio encuentra en el órgano desconcentrado —producto de la llamada desconcentración administrativa— otra de las formas de gestión directa de los servicios públicos a su cargo; en opinión del profesor de la Universidad de Lieja, André Buttgenbach, la desconcentración administrativa es un sistema organizacional conforme al cual el poder decisorio y la competencia para realizar actos propios de la persona pública se asignan a los órganos jerárquicamente subordinados a la suprema autoridad central.⁽¹⁰⁴⁾

La creación del órgano desconcentrado municipal debe estar prevista en la ley y deberá ser motivo de acuerdo especial del ayuntamiento.

En el caso del órgano desconcentrado que atiende la gestión de un servicio pú-

blico determinado, se advierte el traslado parcial de la competencia y del poder decisorio, de un órgano superior a uno inferior, sin que desaparezca entre ellos la relación jerárquica de autoridad, aun cuando disminuya la subordinación. La existencia de órganos desconcentrados está prevista, por ejemplo, en la Ley Orgánica del Municipio libre del Estado de Guerrero, que dispone:

Artículo 61.- Son facultades y obligaciones de los ayuntamientos en materia de Gobernación y Seguridad Pública las siguientes:
(.....)

XXII-A. Establecer Centros Micro-regionales de Servicios Públicos de carácter administrativo y técnico, en aquellas zonas que los requieran por razones de dispersión o concentración poblacional, accesibilidad a dichos servicios, facilidades de comunicación y patrones de vida social, determinando su jurisdicción territorial;(...)

Artículo 182.- Los servicios públicos prestados directamente por el ayuntamiento serán administrados por el presidente municipal en los términos de esta Ley, sus reglamentos y acuerdos del ayuntamiento.

Artículo 197.- Las comisarías municipales son órganos de desconcentración administrativa de los ayuntamientos y de la administración municipal y de participación de la comunidad, de integración vecinal y de carácter honorífico.

Artículo 202.- En las cabeceras municipales con más de 20,000 habitantes, el Ayuntamiento, a propuesta del presidente municipal, podrá crear delegaciones municipales como órganos administrativos desconcentrados por territorio, jerárquicamente subordinados al presidente municipal, con el ámbito de competencia territorial que el propio ayuntamiento establezca.

Este artículo es aplicable para aquellas localidades en las que no existan Comisarías.

Artículo 203.- Las delegaciones tendrán las facultades delegadas en función del tamaño del ámbito territorial de competencia, la complejidad de problemas urbanos y sociales, los recursos técnicos y financieros de los servicios y obras públicas, el nivel de participación de los vecinos así como la capacidad administrativa y técnica disponible.

Artículo 241-A.- La creación de los Centros Micro-regionales de Servicios Públicos a los que se refiere el artículo 61 fracción XXII-A, surtirán sus efectos a partir de la aprobación del Congreso del Estado, y tendrán por objeto integrar equipamiento, servicios e infraestructura que puedan ser aprovechados por los ciudadanos de una región.

Artículo 241-B.- Los Centros Micro-regionales de Servicios Públicos son órganos de desconcentración territorial de los Ayuntamientos y de la Administración Municipal de carácter auxiliar; y estarán sujetos al poder jerárquico del cabildo, por conducto del presidente municipal.

El Centro contará con un coordinador que fungirá como su titular y quien será designado por el ayuntamiento a propuesta del presidente municipal.

Artículo 241-C.- El gobierno del estado podrá transferir el uso de sus facultades a un Centro, siempre y cuando para su creación se haya firmado un convenio de coordinación en los términos del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 241-E.- Las atribuciones del Centro Micro-regional de Servicios Públicos serán:

I. Prestar los servicios que le sean delegados por el Ayuntamiento y/o el Gobierno del Estado;

(.....)

III. Llevar a cabo funciones de policía y buen gobierno, así como cuidar la seguridad pública;

IV. Actuar como autoridad auxiliar del Gobierno del Estado y Gobierno Federal; (...)

c) Gestión mediante organismo descentralizado

La llamada personificación del servicio público se da a nivel municipal cuando se crea una persona jurídica de derecho público con el deliberado propósito de encomendarle la prestación de una actividad atribuida a la administración pública municipal, bajo el esquema organizacional de la descentralización administrativa por servicio.

La descentralización administrativa por servicio significa una delegación de facultades de cualesquiera de las personas morales territoriales, como son el Estado, la

entidad federativa y el municipio, en favor del propio servicio que se personaliza, con recursos propios y con poder de decisión, sin que por ello se rompan sus vínculos con aquéllas, porque se establecen obligadas relaciones jurídicas que fijan el régimen de derecho al que se someten tales servicios personificados.

Asimismo, la descentralización por servicio entraña la creación de una nueva persona jurídica con una esfera de competencia, órganos propios y poder de decisión, sin perjuicio de que las mencionadas personas morales territoriales conserven ciertas facultades de intervención.⁽¹⁰⁵⁾

La personificación del servicio público municipal por la vía de la descentralización administrativa por servicio se produce mediante la creación de un ente de derecho público investido de autonomía jurídica, financiera, técnica y de gestión, al cual se transfiere la facultad, original u ordinariamente atribuida a la administración municipal centralizada, de operar un servicio público.

En virtud de la autonomía jurídica, el ente tendrá personalidad jurídica propia; gracias a la autonomía financiera, habrá de tener patrimonio propio; merced a la autonomía técnica, contará con su propio ordenamiento técnico; y dada la autonomía de gestión, estará en condiciones de tramitar por sí mismo cuanto requiera para alcanzar su cometido. Pese a esa cuádruple autonomía, la administración municipal central mantiene su control y vigilancia respecto del ente descentralizado, mediante una relación de tutela.

La desconcentración administrativa se diferencia de la descentralización administrativa por servicio, en que, en la primera se da una delegación o transferencia de facultades entre dos órganos de un mismo ente o persona, en tanto que en la descentralización por servicio, la delegación o transferencia de facultades se registra entre dos personas diferentes, habida cuenta que el organismo descentralizado tiene personalidad jurídica propia y el órgano desconcentrado carece de ella; además, la relación entre los órganos es de jerarquía en la desconcentración, y de tutela en la descentralización.

La personificación del servicio público municipal por la vía de la descentralización administrativa por servicio se da en México a través del llamado organismo descentralizado, figura jurídica adoptada para instrumentar dicha forma organizacional, tanto

en el ámbito federal como en el de las entidades federativas y en el de los municipios; caracterizado por tener personalidad jurídica y patrimonio propios, crearse por medio de un procedimiento de derecho público, gozar de autonomía jurídica, financiera, técnica y de gestión, para la realización de una actividad técnica, cual es la prestación de un servicio público, y sujeto a una relación de tutela respecto de la administración centralizada, merced a la cual ésta lo vigila y controla.

En este orden de ideas, el Código Municipal para el Estado de Chihuahua expedido el 26 de septiembre de 1995, bajo Decreto número 850/95 P.E., dispuso:

Artículo 79.- Son organismos descentralizados municipales, las personas morales creadas por el ayuntamiento, cualquiera que sea la forma o estructura que adopten siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

I. Que su patrimonio, se constituya total o parcialmente con bienes, fondos, asignaciones presupuestales, subsidios, el rendimiento de un impuesto específico o cualquier otra aportación que provenga del municipio; y

II. Que su finalidad u objeto, sea la prestación de servicios públicos o sociales, la explotación de bienes o recursos propiedad del municipio, la investigación científica y tecnológica o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

El texto del precepto legal antes transcrito no es el adecuado porque puede dar lugar a confundir al organismo descentralizado con la empresa de participación municipal, al permitirse que el primero adopte la estructura legal de la sociedad anónima, por ejemplo, que tan común es para la segunda.

El sentido confuso y equívoco del referido precepto del Código Municipal para el Estado de Chihuahua parece inspirarse en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que a su vez proviene de la primera Ley para el Control de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, que en su artículo 2º reconocía como organismos descentralizados a las personas morales creadas por el Estado, mediante ley del Congreso o decreto del Ejecutivo, «cualquiera que sea la forma jurídica que adopten» y siempre que, además, satisficieran ciertos requisitos.

Por lo anterior considero que toda ley orgánica municipal debiera precisar que los organismos públicos descentralizados se caractericen por su personalidad jurídica y patrimonio propios, y habida cuenta que su existencia ordinariamente habrá de rebasar el periodo para el que fue electo el ayuntamiento que lo promueve, debiera establecerse que sólo puedan crearse mediante ley o decreto de la Legislatura del Estado, a propuesta del ayuntamiento respectivo, para personificar un servicio público conforme a una estructura de derecho público, bajo la tutela de la administración municipal centralizada.

La atención de la precisión sugerida en el párrafo anterior permitiría destinar el organismo descentralizado, exclusivamente a su objetivo original: la personificación del servicio público, por medio de un proceso de descentralización administrativa por servicio que ubica a la nueva persona de derecho público en su ámbito lógico y natural que es el de la administración pública de la cual forma parte.

De tal suerte, se evitaría confundir al organismo público descentralizado con la empresa de participación municipal, porque el primero sólo podría crearse de acuerdo a estructuras legales de derecho público y, por tanto, no sería posible formarlo en los troqueles del derecho privado usados para acuñar a la empresa de participación estatal, tales como el de la sociedad anónima, por ejemplo.

En todo caso, la creación de un organismo descentralizado del municipio requiere de un acuerdo del ayuntamiento respectivo para tal efecto y, por lo general, corresponde a la Legislatura del Estado expedir el decreto de su creación, a iniciativa del ayuntamiento correspondiente.

d) Mediante empresa de participación municipal mayoritaria

La prestación de los servicios públicos municipales puede efectuarse a través de la llamada empresa paramunicipal o de participación municipal mayoritaria, cuyo capital puede integrarse con aportaciones del municipio y de los particulares para constituir la típica empresa mixta, o bien con aportación exclusivamente municipal canalizada, en parte, a través del ayuntamiento y, en parte, por conducto de organismos descentralizados del municipio. Las empresas de participación municipal mayoritaria las definió el citado Código municipal para el estado de Chihuahua, expedido el 26 de septiembre de 1995, en los siguientes términos:

Artículo 80.- Son empresas de participación municipal mayoritaria, aquellas que satisfagan alguno de los siguientes requisitos:

I. Que el municipio, directamente o a través de otras empresas, en cuyo capital tenga participación mayoritaria o de organismos descentralizados, aporte o sea propietario de un cincuenta y uno por ciento o más del capital social o de las acciones de la empresa;

II. Que en la constitución de su capital, se haga figurar acciones de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el municipio; y

III. Que al municipio corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, junta directiva u órgano equivalente o de designar al presidente, director o gerente, o tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración, de la junta directiva u órgano equivalente.

La creación de la empresa paramunicipal requiere de un acuerdo del ayuntamiento y, por lo general, de la autorización del Congreso del Estado. Acerca de la empresa paramunicipal o de participación municipal mayoritaria, el doctor José Mejía Lira hace notar que:

Este sistema se ha difundido mucho en los países europeos. Por ejemplo en Alemania, el ejecutor principal de los servicios municipales corresponde a una empresa paramunicipal polivalente llamada *stadtwerke* (literalmente trabajos ciudadanos). La *stadtwerke* maneja un presupuesto distinto al municipal, estableciendo su propio balance y estado de resultados, y eventualmente se cubre su déficit por el presupuesto local. Estas empresas se encargan de la distribución de la electricidad, del gas, de la calefacción y del agua potable.⁽¹⁰⁶⁾

e) Por medio de asociación intermunicipal

Otra forma de prestación del servicio público municipal es a través de una asociación intermunicipal, figura prevista en el último párrafo de la fracción III del artículo 115 constitucional, conformada por varios municipios, previo acuerdo de sus respectivos ayuntamientos, para la más eficaz prestación de los servicios públicos; cuando se trate de

asociación de municipios de dos o más estados, se deberá recabar la aprobación de las correspondientes legislaturas. En opinión del maestro Eduardo López Sosa:

Este mecanismo constituye una forma de coordinación entre dos o más ayuntamientos para conjuntar estrategias, unificar esfuerzos y coordinar recursos en la solución o prestación de un servicio público. La asociación busca satisfacer los requerimientos de servicios de todas las poblaciones municipales implicadas. Por su naturaleza puede dar origen a un organismo *ad hoc* para atender el servicio, lo cual supone una mezcla en las formas de prestación.⁽¹⁰⁷⁾

La figura de la asociación de municipios de un mismo Estado se previó, por vez primera, en la reforma de 1983 al artículo 115 constitucional; en tanto que la reforma de 1999 al mismo numeral, permite la asociación intermunicipal para integrar a municipios de diferentes estados en la prestación mancomunada de servicios públicos con el propósito de mejorar su eficacia. Desde luego, la asociación intermunicipal no podrá quedar por encima de sus municipios integrantes, por prohibirlo expresamente la fracción I del artículo 115 constitucional.

f) A través de convenio celebrado entre el municipio y el estado

La incapacidad financiera y técnica suele ser un impedimento para que el municipio pueda prestar adecuadamente ciertos servicios públicos de su competencia, por lo que para solucionar el problema puede celebrar un convenio con el Estado, a fin de transferir a éste dicha prestación de manera temporal, como, a partir de la reforma de 1999, lo prevé el último párrafo de la fracción III del artículo 115 constitucional, por disponer que los municipios, «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.»

En términos generales, será necesario que el convenio estado-municipio sea precedido por un acuerdo del ayuntamiento respectivo que haga constar la incapacidad financiera, técnica o de otra índole que sufra el municipio para prestar por sí el servicio público de que se trate; y de rebasar la duración del convenio el periodo del ayuntamiento, recabar la aprobación de la Legislatura del Estado. Por lo demás, el convenio deberá precisar el servicio público a que se refiera, su duración y los derechos y obligaciones de

ambas partes; así como las formas de terminación y suspensión y el órgano a que se sometan para los casos de controversias.

g) Mediante fideicomiso público

De acuerdo al artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso es «una figura jurídica en virtud de la cual una persona, llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese propósito a una institución fiduciaria».

Habida cuenta que la prestación de un servicio público es un fin lícito determinado, el fideicomiso puede tener como fin dicha prestación y, en consecuencia puede ser una forma de gestión del servicio público, a condición de que esté prevista en la normativa; y dado que el municipio es una persona jurídica, puede ser fideicomitente y aportar recursos de su propiedad en la integración de fideicomisos para encargarse de la prestación de servicios públicos específicos; al respecto, la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, previene:

Artículo 123.- Los ayuntamientos están facultados para constituir con cargo a la hacienda pública municipal, organismos públicos descentralizados, con la aprobación de la Legislatura del Estado, así como aportar recursos de su propiedad en la integración del capital social de empresas paramunicipales y fideicomisos.

Artículo 124.- Los órganos de control y evaluación gubernamental de los ayuntamientos, serán los responsables de la supervisión y evaluación de la operación de los organismos auxiliares y fideicomisos a que se refiere el presente capítulo.

En los términos de la Ley Orgánica de Administración Municipal del Estado de Sonora, expedida el 24 de enero de 1984:

Artículo 66.- Para los efectos de esta Ley se entiende por:

(.....)

III. Fideicomisos públicos municipales, aquéllos que se constituyen conforme a la Ley de la materia, con fondos del gobierno municipal o de alguno o algunos de los organismos a que se refieren las fracciones que anteceden y en donde el ayuntamiento como fideicomitente único, atiendan un objeto específico de interés público o beneficio



colectivo, cuya competencia tenga legalmente atribuida.

Conforme a la definición de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos considerar que los elementos del fideicomiso público municipal para prestación de servicio público, son: el fideicomitente, que sería el ayuntamiento, quien a nombre del municipio emite la declaración unilateral de crear el fideicomiso; el fiduciario, que tendría que ser una institución de crédito autorizada para fungir como fiduciaria; la finalidad de prestar un servicio público determinado; el fideicomisario o beneficiarios, que vendrían a ser los usuarios potenciales del servicio público respectivo, y los bienes fideicomitados, que consistirían en los bienes o recursos municipales aportados para tal efecto.

Independientemente de la aprobación de la legislatura del Estado, la constitución del fideicomiso público municipal requiere del acuerdo previo del ayuntamiento respectivo que la autorice.

B. PRESTACIÓN POR ENTES DE DERECHO SOCIAL

Los troqueles del derecho social también son aptos para constituir personas morales operadoras —vía concesión o permiso— de servicios públicos, prueba de ello es el molde específico de la sociedad cooperativa, la cual opera sobre el principio de igualdad de sus miembros, tanto en derechos como en obligaciones; tiene un mínimo de diez socios; su capital es variable y su duración es indefinida; en la adopción de resoluciones cada socio tiene un voto; persigue elevar el nivel socioeconómico de sus miembros conjuntando su actuación en una obra colectiva, y reparte sus rendimientos por partes iguales, en proporción del trabajo desarrollado por cada uno de sus miembros. El artículo 56 de la referida ley, dispone:

«Son sociedades cooperativas de productores, aquellas cuyos miembros se asocian en la producción de mercancías o en la prestación de servicio al público.»

Habida cuenta que los particulares pueden prestar servicios públicos propios, es decir, atribuidos al Estado, mediante concesión u otro mecanismo de delegación; y servicios públicos impropios o virtuales, o sea, no atribuidos al Estado, previa obtención del permiso, licencia o autorización correspondiente, se puede aprovechar la categoría

especial de *cooperativa de intervención oficial*, para la prestación del servicio público, toda vez que el artículo 63 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, establece:

«Son sociedades (cooperativas) de intervención oficial las que exploten concesiones, permisos, autorizaciones, contratos o privilegios legalmente otorgados por la autoridades federales o locales.»

En la práctica, diversas sociedades cooperativas de interés público son prestadoras de servicios públicos de transporte urbano y, desde luego, pueden emplearse para la prestación de otros tipos de servicios públicos.

C. PRESTACIÓN POR ENTES DE DERECHO PRIVADO

La prestación de servicios públicos por medio de particulares puede darse mediante formas de gestión sujetas a regímenes jurídicos diferentes, según se trate de servicios públicos propios o de servicios públicos impropios o impropiaamente dichos.

a) Gestión de servicios públicos propios por medio de particulares

Aun cuando los servicios públicos propios o propiamente dichos están atribuidos al Estado, es posible que en algunos casos éste transfiera la actividad de su prestación a los particulares, mediante diferentes mecanismos, tales como la concesión, la locación, el concierto y la gestión interesada.

i. La concesión

Cuando se concede a un particular la prestación de un servicio público, éste no sale del ámbito de atribuciones de la administración pública quien, en consecuencia, no pierde su titularidad, por lo que prestará el servicio indirectamente a través del concesionario, quien tendrá a su cargo los riesgos económicos de su prestación, como lo hace notar Maurice Hauriou cuando define:

La concesión es una operación por la cual un particular se encarga, a sus gastos, riesgos y peligros, del funcionamiento de un servicio público y, en su caso, de la ejecución de obras públicas, gracias a la transmisión temporal de derechos del poder público, de manera reglamentaria, y merced a una remuneración prevista contractualmente, derivada de tasas que está autorizado a percibir de los usuarios del servicio.⁽¹⁰⁸⁾

ii. La locación

La *locatio conductio operarum* del derecho romano perdura, hasta nuestros días, en la legislación de algunos países, bajo la denominación de locación de servicio o arrendamiento, como un sistema por cuya virtud la administración pública «locataria» encarga a un particular «locador», por tiempo determinado y mediante la remuneración convenida de antemano, la prestación de un servicio público gratuito u oneroso, por lo general ya organizado. Contra esta forma de gestión de servicio público, Manuel María Díez expresa:

Los usuarios del servicio arrendado no tienen relación jurídica con el empresario sino con la administración a quien deben pagar el precio del servicio. En el arrendamiento no existe ninguna delegación del poder público, ya que el empresario no está autorizado para el cobro de las tarifas ni el ejercicio de ciertas prerrogativas que corresponden a la administración. Es un sistema anacrónico que está en desuso, que implica una confesión de incapacidad de la administración pública.⁽¹⁰⁹⁾

Pese a las críticas, la locación o arriendo del servicio público, continúa en uso en diversos países, especialmente a nivel municipal, específicamente en el caso del servicio de alumbrado público, pues suele ocurrir que la autoridad municipal contrate su prestación con la empresa suministradora de energía eléctrica, quien por tal motivo toma a su cargo la operación y mantenimiento del mismo, mediante el pago del precio convenido, sin que se establezca relación jurídica entre la población usuaria de este servicio *uti universi* y la empresa prestadora del mismo.

iii. La subrogación

La subrogación o concierto viene a ser otra forma de prestación indirecta del servicio público propiamente dicho a través de entes de derecho privado, consistente en el aprovechamiento de las instalaciones o infraestructura que tienen instituciones privadas, adecuadas para realizar su prestación, a cuyo efecto el ente público a quien está atribuido el servicio, contrata con el poseedor de las instalaciones o infraestructura mencionadas, la prestación de ese servicio a los usuarios respectivos.

El concierto o subrogación se considera como una forma provisional, conforme a la cual la prestación del servicio queda a cargo de un subrogatario, quien es una persona diferente a la que legalmente le está atribuido; cuando el prestador original del servi-

cio adquiere o recupera la posibilidad de proporcionarlo directamente, el concierto se vuelve innecesario; así, por ejemplo, se previó en España en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que dispuso:

Artículo 144.1. La duración de los conciertos no podrá exceder de diez años y quedarán automáticamente sin efecto desde el momento en que la Corporación interesada tuviere instalado y en disposición de funcionar un servicio análogo al concertado.

2. No obstante, se podrán autorizar por el Ministerio de la Gobernación sucesivas prórrogas de igual duración, siempre que la Corporación demostrase la imposibilidad de instalar el servicio por su cuenta o la mayor economía de esta forma de prestación sin menoscabo de eficacia para el público.

iiii. La gestión interesada

En Francia, otra forma de gestión de los servicios públicos municipales viene a ser la llamada *régie intéressée*, ubicada en un punto intermedio entre la *gestión en régie* y la concesión. Esta gestión o administración interesada implica la asociación de la administración pública con un particular para la prestación de un servicio público, sin crear por ello una nueva persona jurídica, lo cual puede efectuarse conforme a diversas modalidades. Los aspectos esenciales de la doctrina francesa sobre la *régie intéressée*, los resume Fernando Albi en los siguientes términos:

1º La administración confía a un particular no funcionario *-régisseur-* la prestación de un servicio público.

2º Las instalaciones materiales son propiedad de la administración. El gestor no financia el coste de primer establecimiento del servicio. No es un capitalista; aporta, exclusivamente, su trabajo.

3º Los gastos de explotación se hallan a cargo de la administración pública, la cual también percibe los devengos económicos de los usuarios.

4º El riesgo de la empresa los soporta sólo la administración pública.

5º Al gestor le retribuye la administración directamente, no los usuarios, y

dicha remuneración puede consistir en una asignación fija o proporcional al gasto, en primas de diversa naturaleza, en participación en los beneficios netos o en alguna fórmula mixta que combine todos o algunos de los procedimientos apuntados. Se busca, en esencia, estimular el interés particular del gestor para que desarrolle, en la dirección de la empresa, iniciativas de mayor eficacia que las que son consecuencia de la situación estable de un simple funcionario.⁽¹¹⁰⁾

b) Gestión de servicios públicos impropios por medio de particulares

Venimos de decirlo, la doctrina ha otorgado una gran aceptación a la propuesta del profesor Arnaldo de Valles, de dividir al servicio público en dos hemisferios: el propiamente dicho o propio y el impropiamente dicho o impropio, también llamado virtual; el primero es una creación de la ley y está atribuido a la administración pública, sin perjuicio de que, en algunos casos, delegue a particulares su prestación, bajo el régimen de concesión u otro similar; en cambio, el servicio público impropio no se atribuye a la administración pública y deriva su creación de un acto administrativo —permiso, licencia o autorización—, mediante la cual se retira la traba jurídica que obstruye el derecho del particular a realizar una actividad legítima, como explicara el maestro Gabino Fraga en los siguientes términos:

En la generalidad de los casos en que la legislación positiva ha adoptado el régimen de autorizaciones, licencias o permisos, hay un derecho preexistente del particular, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas o la economía del país, y sólo hasta que se satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la administración permite el ejercicio de aquel derecho previo.⁽¹¹¹⁾

4. LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

Derivada del latín *concessio*, el vocablo castellano *concesión* se explica como acción y efecto de conceder, que a su vez significa dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa. En términos jurídicos, puede explicarse la concesión como el mecanismo mediante el cual, quien tiene la titularidad de determinadas atribuciones y facultades o de ciertos bienes y derechos, delega su ejercicio o aprovechamiento en favor de un tercero.

Diversos historiadores ubican los antecedentes de la concesión en el *precarium* romano, mediante el cual el propietario de un terreno otorgaba su ocupación a otra

persona, sin transmitirle su dominio ni su posesión; el concedente podía revocarlo a discreción y a la muerte del precarista, los bienes regresaban al concedente *ipso jure*, habida cuenta que los descendientes del precarista carecían de derechos hereditarios respecto de ellos. Originalmente gratuito, el *precarium* se convirtió más tarde en oneroso. Versiones medievales de la concesión fueron los beneficia y los privilegia Principis, en tanto que el curso marítimo fue una de las expresiones del negocio concesional en el Estado absolutista.

La concesión se emplea en el derecho privado, lo mismo que en el derecho público, por abarcar actos de distinta naturaleza encaminados a conferir derechos a sus beneficiarios, por lo cual, para lograr su mejor entendimiento, conviene dividirla, en atención al concedente, en administrativas y en mercantiles. Las primeras son otorgadas por la administración pública y se subdividen en las de aprovechamiento o explotación de los bienes del Estado, las de obra pública y las de servicio público; las segundas, las confieren los particulares; en ambos casos versan sobre facultades y derechos atribuidos al concedente.

A. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Las concesiones administrativas pueden ser de servicio público, de obra pública, y de uso de bienes del dominio del Estado; las primeras tienen por objeto satisfacer necesidades de carácter general, las segundas tratan de satisfacer una necesidad pública. La concesión de uso de bienes o demanial, en cambio, pretende básicamente satisfacer la necesidad privada o el interés privado del concesionario. Todas transfieren al concesionario derechos propios del Estado.

En todo caso, la concesión administrativa implica la transferencia a un particular del desempeño de actividades no esenciales atribuidas a la administración pública, o del aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público, mediante la constitución a favor de dicho particular, de derechos o poderes previstos en el ordenamiento jurídico, de los que antes carecían; en opinión de Serra Rojas:

La concesión administrativa es un procedimiento discrecional eficaz dentro de la estructura de la sociedad moderna, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o porque así lo estima útil o conveniente, o se lo impide

su propia organización.⁽¹¹²⁾

B. LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

En la actualidad, los múltiples deberes del Estado y del municipio les impiden desempeñarlos, con sólo el uso de sus propios medios y recursos, lo cual abre la posibilidad de la delegación de algunas de sus actividades no esenciales, en favor de particulares, sin que ello signifique renuncia o abandono de tales tareas, porque las atribuciones de que derivan les siguen asignadas, lo cual impide a los particulares realizarlas sin su previa delegación, mediante el otorgamiento de la respectiva concesión. En este sentido, la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, dispone:

Art. 53. El Concejo autorizará la prestación de los servicios públicos de ejecución directa del departamento ejecutivo o mediante organismos descentralizados, consorcios, cooperativas, convenios o acogimientos. Con tal propósito, se podrá autorizar la obtención de empréstitos y la venta o gravamen de bienes municipales con arreglo a lo dispuesto para estas contrataciones.

Por mayoría absoluta del total de sus miembros, el concejo podrá otorgar concesiones a empresas privadas para la prestación de servicios públicos, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII.

Art. 230. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53, las municipalidades podrán otorgar a empresas privadas concesiones para la prestación de servicios públicos.

De la misma manera, en el ámbito federal mexicano, el artículo 28 constitucional, en su parte relativa, establece:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público. La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Evidentemente, el artículo 28 constitucional sólo prevé concesionar la prestación de los servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes de dominio de la Federación, mas no los de las entidades de la República; por su parte, el artículo 122 del mismo ordenamiento constitucional, en el inciso k) de la fracción V de su base primera, atribuye a la Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, la facultad de *regular la prestación y la concesión de los servicios públicos* del Distrito Federal.

En cambio, el artículo 115 de la misma Constitución no prevé la posibilidad de concesionar los servicios públicos municipales, por lo que habrán de ser las constituciones particulares de los Estados las que, en su caso, abran tal posibilidad; de lo contrario, el legislador ordinario carecería de la facultad para legislar sobre concesión de servicios públicos, por lo cual, en rigor, no podrían concesionarse. En este sentido, la Constitución Política del Estado de Durango, con toda pulcritud, determina en el último párrafo de su artículo 109:

Los municipios, previo acuerdo de sus ayuntamientos, podrán concesionar a los particulares la ejecución y operación de obras, así como la prestación de los servicios públicos que les correspondan, cuando por razones económicas, sociales o técnicas así se requiera.

La concesión de servicio público implica el sometimiento del concesionario al control y a la vigilancia de la administración pública, porque viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las actividades públicas, ya que el concesionario, aun cuando no constituya parte integrante de la referida administración, le aporta una colaboración que le descarga a aquélla de una parte de sus labores, sin reducir su potestad y su autoridad sobre los gobernados.

Se puede entender la concesión de servicio público como la cesión temporal de su gestión, hecha por la administración pública en favor de un particular, a efecto de que éste se encargue de ella, por lo cual percibe una remuneración, sometido a la regulación, control y vigilancia del poder de policía; o como dice Georges Vedel:

Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión

de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, mediante una remuneración que consiste habitualmente en las cuotas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.⁽¹¹³⁾

C. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Uno de los temas intensamente debatidos en el derecho administrativo ha sido el de la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público, en torno al cual inicialmente se inscribieron dos criterios antagónicos, ambos reflejados tanto en la doctrina como en el derecho positivo y en la jurisprudencia; conforme a uno de tales criterios se trata de un contrato; en cambio, la tesis contraria la considera como un acto administrativo; con posterioridad surgió una tercera interpretación que en una posición ecléctica, asigna a la concesión de servicio público la calidad de acto mixto, y es la que prevalece en la actualidad.

a) Criterio contractual de la concesión de servicio público

De acuerdo con la teoría contractual sobre la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público, ésta es un contrato celebrado entre la administración pública concedente y la persona física o moral concesionaria, en cuya virtud esta última se encarga de la prestación de un servicio público propiamente dicho. Promotor de la tesis contractual, Fernando Albi sostiene que por concesión debe entenderse:

Un modo de gestión de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la administración pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin, y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometándose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permite amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio.⁽¹¹⁴⁾

Las teorías contractuales de la concesión del servicio público —por cierto harto desacreditadas— son muy heterogéneas; lo que no impide distinguir dentro de ellas dos grandes corrientes: una, la vertiente civilista que interpreta a la concesión como un con-

trato de derecho privado; otra, la corriente administrativista que considera al negocio concesional como un contrato de derecho público.

i. La versión civilista de la teoría contractual

La teoría contractual de la concesión de servicio público, en su versión civilista, estaba cimentada en la teoría de la doble personalidad del Estado —actualmente obsoleta—, de la cual nos hemos ocupado en este mismo capítulo; de acuerdo con dicha versión civilista, el ente estatal concedente, en su carácter de persona jurídica privada, y el particular concesionario, actuando ambos en el ámbito del derecho privado, celebraban un contrato para que la prestación del servicio público quedara a cargo del particular.

La tesis de la concesión de servicio público como contrato de derecho privado fue rechazada principalmente por tres razones, a saber: la desigualdad de la partes, la falta de libertad en la convención, y la incapacidad para explicar los aspectos relativos a los efectos respecto de terceros ajenos a las partes contratantes, como son, en este caso, los usuarios, respecto de los cuales surte efectos dicha concesión.

Se abundó en el rechazo de la idea de que la concesión de servicio público fuese un contrato de derecho privado, porque este tipo de contrato partía del supuesto esencial de la igualdad de las partes, de que ambas se encontraran en un mismo plano; por consiguiente, no había lugar para un contrato de derecho privado, sino en los casos en que, según la ley, la voluntad de cada una de las partes tuviera el mismo valor jurídico para conseguir cierto resultado en derecho, situación que no correspondía a la de la concesión de servicio público, por ser ésta unilateralmente formulada por el poder público.

En un intento por desvirtuar la objeción de la falta de libertad en la concesión, se dijo que el contrato privado en cuestión era de adhesión, con lo cual se trató de explicar el porqué la parte concedente imponía las cláusulas fundamentales del contrato, mas tal explicación no fue satisfactoria porque una parte importante de tales cláusulas derivaba obligadamente de disposiciones contenidas en una normativa jurídica preexistente.

El antiguo axioma jurídico de que «las convenciones sólo producen efectos entre los contratantes, sin perjudicar ni beneficiar a terceros», sirvió en Francia para desacreditar la teoría civilista contractual de la concesión, respecto de los usuarios del servicio público



como terceros ajenos a las partes contratantes de la concesión, descrédito acentuado por el Código de Napoleón, que en su artículo 1119 estableció dos principios: «No se puede, en general, obligarse en su propio nombre más que para sí mismo» y «No se puede, en general, estipular en su propio nombre más que para sí mismo». Para explicar la razón del abandono de la teoría contractual de la concesión, Manuel María Díez apunta:

La teoría puramente contractual ha sido abandonada y ello porque, por una parte, la situación de los usuarios no puede ser concebida como resultante de una estipulación por otro sino al precio de una desfiguración de esta teoría, y ello porque en la teoría de la estipulación por otro los terceros beneficiarios deben estar designados individualmente en el contrato.⁽¹¹⁵⁾

La quiebra de la teoría de la doble personalidad del Estado incidió a su vez en la bancarrota y desprestigio de la corriente civilista de la teoría contractual de la concesión de servicio público, sepultada hoy en día en el abandono total.

ii. La teoría de la concesión como contrato administrativo

Los aspectos medulares de la tesis que postula a la concesión como un contrato administrativo se pueden resumir, en opinión de Gastón Jèze, en que su objeto consiste en la operación de un servicio público; es a riesgo y ventura del concesionario; la remuneración consiste en el cobro a los usuarios de una cuota por el uso del servicio; su duración, en principio, debe prolongarse lo suficiente como para recuperar la inversión; queda sujeto a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado.⁽¹¹⁶⁾

En Argentina, la jurisprudencia y la doctrina consideraron a la concesión de servicio público como contrato administrativo; así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió dicha concesión, a mediados del siglo XX, como un acto jurídico de derecho público cuyo fin esencial estriba en organizar un servicio de utilidad general, para lo cual genera deberes y derechos a cargo y en favor del concesionario, cuya medida y extensión de unos y otros, con las modalidades impuestas por el poder de policía, quedan determinadas por el contenido del acto.⁽¹¹⁷⁾

De acuerdo con el criterio del máximo tribunal argentino, el doctor Raúl E. Dumm opinó en la misma época:

La concesión constituye, pues, un acto jurídico de derecho público cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder público concedente y el particular concesionario, la convierten en un contrato del derecho público, y precisamente, en un contrato de derecho administrativo. La finalidad del contrato de concesión de servicios públicos, que es siempre el interés general, priva por encima de toda otra circunstancia; y la obligación fundamental contraída por el concesionario es la de asegurar la prestación del servicio público que se ha comprometido a realizar, ininterrumpidamente. El contrato de concesión, en cuanto supone la prestación de un servicio público por delegación de la autoridad, tiene una especificidad propia que hace admisible la intervención del Estado por motivos que trascienden el simple ejercicio de las facultades inherentes al poder de policía.⁽¹¹⁸⁾

Los argumentos para objetar la versión administrativa de la teoría contractual de la concesión, fueron en su mayoría los empleados para impugnar la versión civilista de dicha teoría, a los que se agregaron algunos otros, como, por ejemplo, la imposibilidad de que figure como objeto del contrato administrativo la organización del servicio público, por ser una materia de la exclusiva competencia del poder público, quien la regula unilateralmente.

b) Teoría de la concesión como acto administrativo

En sentido restringido, se tiene por acto administrativo el acto unilateral realizado por un órgano del Poder público, en ejercicio de función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos, razón por la cual resulta contrapuesta a las tesis contractuales, la que considera a la concesión como resultado de un acto administrativo del poder público, o sea, de un acto unilateral de supremacía, incapaz de generar derechos del concesionario contra el concedente, quien, consecuentemente, puede restringir o revocar lo concedido, en todo momento.

Ubicárase, pues, a la teoría que interpreta a la concesión de servicio público como un acto administrativo en sentido restringido, dentro del ámbito del derecho punitivo, por convertirse dicha concesión en una pena, sanción o castigo, lo que repugna al Estado de Derecho, habida cuenta que a nadie se le puede imponer unilateralmente, mediante un mandato del poder público, la obligación de prestar un servicio público, satisfactor de una necesidad de carácter general, salvo alguna situación excepcional de emergencia.



Luego entonces, la concesión en comentario no puede ser exclusivamente un acto unilateral de la administración pública, pues siempre habrá de requerir, cuando menos, del consentimiento del concesionario, porque este carácter no puede imponerse a ningún particular, sino que debe derivarse del otorgamiento de su consentimiento, mismo que en todo caso estará en posibilidad de negar, lo cual significa que en toda concesión de servicio público el concesionario no podrá serlo sin su voluntad, y predica el carácter bilateral de dicho negocio concesional.

Algunos partidarios de la teoría que explica la concesión de servicio público como acto administrativo, soslayan tanto la imposición del servicio que implica esta teoría como la carencia de derechos del concesionario, por conferir poca relevancia a la naturaleza de las relaciones previas y posteriores al acto mediante el cual se otorga la concesión; de la misma manera, pasan por alto el régimen jurídico regulador de las relaciones concedente-concesionario-usuario, para poner el acento en el otorgamiento mismo de la concesión que consideran como un acto unilateral administrativo.

Son muy numerosos los autores que consideran a la concesión administrativa como un acto administrativo, por ejemplo, el español Mariano Gómez González, dentro de esta corriente doctrinal, afirma: «Concesión es la acción y efecto de conceder; es decir, de dar, de otorgar, de hacer merced y gracia de algo».⁽¹¹⁹⁾

Con el propósito de establecer la diferencia entre concesión y contrato, Gómez González hace notar que la primera se otorga por la administración pública a un particular, a instancia o solicitud de éste, y se regula unilateralmente por la ley; en tanto que el contrato se estipula entre la administración y el particular, a propuesta de aquélla, y son las cláusulas en él contenidas las que lo regulan, por lo menos formalmente.⁽¹²⁰⁾

En Alemania, el profesor Otto Mayer también se pronunció en favor de la teoría de la concesión como acto administrativo, en cuya defensa argumentó:

Para nosotros, la concesión es un acto administrativo, especialmente una disposición que determina discrecionalmente lo que debe ser de derecho en el caso individual. Es un acto jurídico del derecho público. La posibilidad de que este acto cree derechos y deberes es indudable, por lo menos en el sistema del Estado regido por el derecho que nos enorgullecemos de poseer.⁽¹²¹⁾

Por nuestra parte, advertimos en la interpretación de la concesión como acto administrativo una falla de origen, por ser elemento esencial del negocio concesional el consentimiento del presunto concesionario, toda vez que la concesión no se impone como sanción o castigo; y el acto administrativo —unilateral por antonomasia— se produce sin, con y aun contra del consentimiento del gobernado. Como observa Guillermo Altamira:

El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la administración pública, en ejercicio de un poder legal, tendente a realizar o producir actos jurídicos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplica el derecho al hecho controvertido.⁽¹²²⁾

Por lo anterior estimamos que la interpretación de la concesión de servicio público como acto administrativo unilateral, conduce inevitablemente a una concesión lanzada al vacío, porque sin el consentimiento del receptor de la concesión —al no poder imponerse como pena, castigo o sanción— carecería de concesionario, lo cual es absurdo.

c) Teoría de la concesión de servicio público como acto mixto

En una posición ecléctica entre las teorías contractualistas con las de la concesión como acto administrativo, la teoría de la concesión como acto complejo o mixto es la que más adeptos ha logrado en los últimos tiempos, como bien observa el profesor Miguel Domínguez-Berrueta de Juan, cuando apunta:

En efecto, en el seno de la misma jurisprudencia, se va abriendo camino, poco a poco, pero con convicción, una tercera posición que, amén de expresar la verdadera naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, aglutina y conjuga las dos anteriores y ya clásicas posturas.⁽¹²³⁾

La doctrina francesa propuso la teoría de la concesión de servicio público como acto mixto, figuraron entre sus principales promotores André de Laubadère e Ives Madiot; para este último, la organización y el funcionamiento del servicio público concedido son de naturaleza reglamentaria, no así las ventajas logradas por el concesionario como derivación de la concesión, las cuales son de carácter contractual; dicho profesor explica, en desarrollo de tales ideas:

La teoría del acto mixto postula una distinción entre las cláusulas del pliego de condiciones: algunas disposiciones poseen una naturaleza reglamentaria, y otras una naturaleza contractual, independientemente de las relaciones establecidas entre el concedente, el concesionario y los usuarios.⁽¹²⁴⁾

En lo personal, compartimos la opinión de que la concesión de servicio público viene a ser un acto mixto, por conformarse de tres partes de distinta naturaleza, a saber: una parte reglada, la cual está predeterminada en el ordenamiento jurídico, para fijar —como dispone el artículo 28 constitucional— las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación del servicio público, misma que de no incluirse expresamente en la concesión queda implícita en ella y no puede ser modificada por el concedente o el concesionario ni por ambos; otra parte es de naturaleza contractual, mediante ella el concesionario, por lo menos, acepta convertirse en tal, en los términos previstos en la ley y especificados en la concesión; y una última parte se conforma mediante un acto administrativo a través del cual la autoridad concedente otorga la concesión y precisa sus términos.

En buena medida, la concesión de servicio público, es un acto reglado, habida cuenta que diversas obligaciones y derechos del concedente y del concesionario se predeterminan en ordenamientos jurídicos constitucionales, legales y administrativos, los cuales son de observancia obligatoria para el concedente y el concesionario, quienes, en consecuencia, no pueden modificarlos y, estarán implícitos en el título respectivo de concesión, aun cuando no consten en el mismo expresamente.

Asimismo, la concesión es también, en parte, un contrato *intuitu personae*, pues el concesionario resulta serlo en virtud de tomarse en cuenta sus cualidades específicas de carácter legal, técnico, económico, financiero y moral, y, al mismo tiempo, un contrato de derecho público, por sujetarse a un régimen jurídico cuyas disposiciones son de orden e interés público, lo que significa que se trata de leyes imperativas o prohibitivas que imponen obligaciones, prohibiciones y límites a la actividad desarrollada en el campo del derecho, imposibles de derogar mediante convenio de las partes, que precisa la duración y exclusividades conferidas al concesionario, entre otros aspectos.

Opinamos que la concesión administrativa es, en parte, un acto administrativo unilateral de la administración concedente, porque ésta discrecionalmente la otorgará o

no, y en su caso determinará ciertos aspectos de la misma, de acuerdo con la normativa aplicable y el interés público.

D. ELEMENTOS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Figuran como elementos indispensables de la concesión del servicio público, el concedente, el concesionario, y el servicio público concedido.

a) El concedente

Obsecuente con el principio de legalidad, el concedente deberá ser el órgano competente del poder público para otorgar la concesión; debemos tener presente, a este respecto, que todo servicio público propiamente dicho es, formal y materialmente, una creación de la ley, la que, si el ordenamiento constitucional lo permite, determina si su prestación se puede concesionar; en este último caso, el legislador ordinario debe establecer los requisitos, condiciones y lineamientos para el otorgamiento de la concesión y, en su caso, determinar las exclusividades que pudieren asignarse; la administración pública en sus respectivos ámbitos: federal, de las entidades federativas y municipal tendrá la facultad del otorgamiento en sí de la concesión.

Como originariamente la prestación del servicio público *propio* está atribuida al Estado o al municipio, cuando éstos otorgan una concesión a un particular para que se haga cargo de la prestación del mismo, conservan sus poderes de control y vigilancia del funcionamiento del servicio, a efecto de poder cerciorarse de que éste se presta en los términos establecidos en la ley y en la concesión, de aprobar las tarifas aplicables, así como de imponer, en su caso, las sanciones a que se haga acreedor el concesionario, incluida la declaración de caducidad de la concesión.⁽¹²⁵⁾

La continuidad y permanencia del servicio público deberán ser garantizadas por el estado o municipio concedente, lo que predica la competencia que deben tener para requisar los bienes y derechos afectos a la concesión, en casos de huelga, de quiebra, de paro patronal, o en otros que impliquen la interrupción de la prestación del servicio, independientemente del derecho de reversión respecto de los bienes afectos a la concesión, que puedan tener.

De igual manera, resulta obligada la delegación del concedente al concesionario de las facultades indispensables para la prestación del servicio público de que se trate,



por el tiempo que dure la concesión. Además, el concedente debe eliminar toda competencia ilícita, así como proporcionar la vigilancia policial que evite la obstrucción del servicio por parte de terceros.

Igualmente, en los términos de la normativa en vigor, el municipio concedente debe proteger al usuario del servicio, exigiendo al concesionario el cumplimiento de los principios de generalidad, uniformidad, continuidad, y regularidad que deben caracterizar al servicio público.

b) El concesionario

Tanto las personas físicas como las morales pueden ser concesionarias de servicios públicos, siempre y cuando satisfagan determinados requisitos, entre otros tener capacidad legal para obligarse, en el caso de las personas físicas, y, tratándose de personas morales, estar constituidas legalmente.

En el catálogo de los derechos del concesionario aparecen el de usar las facultades y bienes que el concedente debe poner a su disposición en los términos señalados en la ley y en la propia concesión, así como de disfrutar de las exclusividades previstas para el caso concreto.

Salvo algún caso excepcional, al concesionario le anima en la operación del servicio la obtención de un lucro, de otra manera no arriesgaría su capital, su tiempo y su esfuerzo, por ello se le reconoce el derecho a obtener una utilidad *justa y razonable*, remuneradora de su actividad y riesgo, la que suele darse mediante el cobro de una cuota por el uso del servicio, en los términos de la tarifa aprobada para tal efecto por la ley o la administración concedente.

Por cuanto ve a la nómina de las obligaciones a cargo del concesionario, debe figurar en ella la de prestar el servicio de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad, obligación que debe contemplarse en la ley y en la propia concesión, al igual que la de acatar las modificaciones a la normativa del servicio, realizadas legalmente por la concedente. Además, cuando la ley disponga la reversión, o si ésta se incluye como cláusula de la concesión, el concesionario está obligado a no gravar ni enajenar los bienes afectos a ella sin autorización de la concedente, a quien deberá entregarlos libres de todo gravamen, a su vencimiento.

El incumplimiento de las obligaciones del concesionario deberá traer aparejada la aplicación de sanciones en los términos previstos en la normativa correspondiente, que pueden incluir la caducidad de la concesión y la reversión de los bienes afectos a ella.

c) El servicio público concedido

En principio, y en contraste con las funciones públicas, que son indelegables, los servicios públicos pueden ser concesionables, empero, no puede otorgarse concesión para la prestación de todo servicio público. En el ámbito federal mexicano, de conformidad con el párrafo sexto del artículo 27 y con el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, los servicios públicos de suministro de energía eléctrica, de correos, de telégrafos y de ferrocarriles, no pueden ser objeto de concesión, por estar reservados a la gestión directa del Estado, en los términos del párrafo décimo del artículo 28 constitucional, que dispone:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Así pues, el anterior precepto establece la posibilidad de concesionar exclusivamente servicios públicos o bienes de dominio de la Federación, no de los municipios; en tanto que el artículo 122 faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a regular la prestación y la concesión de los servicios públicos de dicha entidad; lo que no hace el artículo 115, ni ningún otro de la Constitución federal, respecto de los servicios públicos municipales, por lo que toca a las constituciones particulares de los Estados, abrir tal posibilidad y facultar, en su caso, al legislador ordinario para fijar las condiciones, modalidades y excepciones correspondientes.

A este respecto, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, en la fracción XXVII de su artículo 61, confiere a la Legislatura del Estado la atribución de «Legislar en materia municipal teniendo presente en todos los casos, el fortalecimiento del municipio libre como base de la organización política y administrativa del Estado»; y con esa base, el segundo párrafo del artículo 126 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México dispone: «Podrá concesionarse a terceros la prestación de servicios



públicos municipales, a excepción de los de Seguridad Pública y Tránsito, prefiriéndose en igualdad de circunstancias a vecinos del municipio.»

Para evitar discusiones e impugnaciones, es preferible una autorización de la Constitución local, más precisa y explícita, como la otorgada por la Constitución Política del Estado de Durango, que en su artículo 109, *in fine*, dispone: «Los municipios, previo acuerdo de sus ayuntamientos, podrán concesionar a los particulares la ejecución y operación de obras, así como la prestación de los servicios públicos que les correspondan, cuando por razones económicas, sociales o técnicas así se requiera.»

Con apoyo en esa sólida base constitucional, la Ley del Municipio Libre del Estado de Durango regula la concesión de servicio público municipal, de la siguiente manera:

Artículo 49.- Los servicios públicos municipales podrán ser concesionados a personas físicas o morales; siempre que no afecten la estructura y organización municipal. No serán objeto de concesión los servicios de seguridad pública y tránsito.

En caso de que el ayuntamiento apruebe una concesión ésta deberá realizarse en subasta pública y mediante contrato sujeto a las bases y disposiciones siguientes:

- a) Determinación de la masa de bienes que deberá afectarse a la prestación del servicio por el concesionario;
- b) Señalar las medidas que deberá tomar el concesionario para asegurar el buen funcionamiento y continuidad del servicio, así como las sanciones que le serán impuestas para el caso de incumplimiento;
- c) Determinar el régimen especial a que deberá someterse la concesión y el concesionario, fijando el término de la concesión, las causas de caducidad o pérdida anticipada de la misma; la forma de vigilar el ayuntamiento la prestación del servicio, así como el pago de los impuestos que se causen;
- d) Fijar las condiciones bajo las cuales podrán los usuarios aprovecharse del servicio;

- e) Determinar las tarifas, forma de modificarlas y contraprestaciones que deberá cubrir el beneficiario;
- f) Establecer el procedimiento administrativo necesario para oír al concesionario y a todo interesado, en los asuntos que importen reclamación o afectación de los derechos que genere la concesión o el servicio público;
- g) Establecer en su caso, cuando sea de solicitarse la expropiación por causa de utilidad pública, o de imponer restricciones a la propiedad privada, en los términos de la Constitución y la Ley de la materia;
- h) Determinar la fianza o garantía que deberá otorgar el concesionario para responder de la eficaz prestación del servicio; e
- i) La aprobación del Congreso del Estado cuando la concesión sea por un tiempo mayor al ejercicio del ayuntamiento que otorgue la concesión.

Artículo 50.- Podrá el ayuntamiento rescindir o declarar la caducidad de cualquier concesión para la explotación de un servicio público, por violaciones a los términos de la misma, para lo cual deberá oírse previamente al concesionario, cumpliendo con los reglamentos administrativos correspondientes.

El ayuntamiento de acuerdo con la leyes y reglamentos de la materia, promoverá la intervención de la empresa del servicio de que se trate, y el nombramiento de un interventor, cuidando de que se continúe prestando el servicio con la mayor eficacia.

Artículo 51.- El ayuntamiento fijará anualmente y publicará las tarifas o precios de los servicios públicos municipales concesionados, en el Periódico Oficial del Estado y en uno de los de mayor circulación en la entidad y en el municipio correspondiente. Si para el día primero de enero no se ha hecho la publicación de precios o tarifas, se procederá como sigue:

- a) Si al servicio no se le han fijado precios o tarifas, continuará impartándose la prestación del mismo al precio que se haya venido cobrando hasta la publicación de la lista que los contenga o fecha que en la misma se señale; y

b) Si ya han venido operando bajo precio o tarifa, éstos se prorrogarán hasta que entren en vigor los nuevos que se expidan.

Artículo 52.- No podrán darse concesiones para la explotación de servicios públicos municipales a:

I. Miembros del ayuntamiento;

II. Servidores públicos municipales;

III. Sus cónyuges, parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados; los colaterales hasta el segundo grado y los parientes por afinidad; y

IV. A empresas en las cuales sean representantes o tengan intereses económicos las personas a que se refieren las fracciones anteriores. Son nulas de pleno derecho las concesiones otorgadas en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior y causa de responsabilidad a quienes las autoricen.

Conviene reiterar que el servicio público municipal, como cualquier otro, se concede *intuitu personae*, en atención a las cualidades del concesionario, por cuya razón no está en el comercio ni tampoco puede transferirse sin la autorización del concedente; y dada su naturaleza, sólo podrá concederse por tiempo limitado, sin que pueda ser a perpetuidad, porque ello implicaría, desde el momento de su otorgamiento, la transferencia definitiva de las actividades concesionadas, que por tal razón saldrían de la esfera del poder público para ingresar al ámbito privado, significarían una renuncia del Estado a tales actividades y privarían al servicio de su carácter público propiamente dicho, lo cual sería absurdo.

De igual manera, habremos de insistir en que el servicio público municipal se concede conforme a normas de derecho público, cuáles son las contenidas en la Constitución general de la República, las Constituciones particulares de los estados, las leyes orgánicas de la administración pública de los estados y las leyes orgánicas municipales, entre otras, por lo que la inobservancia de sus disposiciones en el trámite de su otorgamiento da lugar a su nulidad.

E. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Previamente al análisis de las formas de extinción de la concesión de servicio público, hablaremos de la anulación de la misma, que en rigor no es una forma de extinguirla, pues no se puede extinguir lo que no existe, y la anulación equivale a suprimir del ámbito jurídico, como si nunca hubiera existido, a la concesión, lo cual se realiza mediante un trámite de anulación, al que de manera equívoca también se le conoce como «revocación» en el derecho positivo y en la doctrina de diversos países.

La anulación de la concesión de servicio público por vicios de ilegitimidad no merece tener repercusión en los bienes propiedad del frustrado concesionario, que debieran quedar afectos a la concesión, toda vez que éstos seguirán siendo propiedad del particular que aspiraba a ser concesionario, porque no hay lugar a la reversión de los mismos en favor del municipio, ya que la anulación tiene por no otorgada la concesión, en consecuencia no hay bienes afectos a ella ni concesionario.

Tampoco debiera haber lugar a indemnización para el municipio ni para el concesionario, en caso de anulación por vicios de ilegitimidad, pues tales vicios conllevan la violación de una norma legal por parte del concesionario con la complicidad, disimulo o negligencia del concedente, o viceversa, por lo que ambos carecerían de título legal para reclamar indemnización, pues ninguno de los dos podría alegar ignorancia de la ley.

En cuanto a las formas extintivas, el carácter temporal de la concesión predica como forma ordinaria de extinción de la concesión el transcurso del plazo previsto para su duración, a la que se suman las formas extraordinarias, como el rescate, la caducidad y la rescisión, entre otras.

a) El rescate

A diferencia de la revocación propiamente dicha, que se realiza por razones de legalidad, el rescate es una modalidad de la revocación efectuada por motivos de interés público o general, a efecto de que el municipio asuma la prestación directa del servicio público respectivo, mediante una resolución unilateral de la concedente que extingue la concesión de servicio público, en ejercicio de facultad otorgada por la ley, sin que el concesionario haya dado motivo para ello.

El preaviso al concesionario es requisito indispensable para el rescate y, según la doctri-

na, implica indemnización no sólo por el valor no depreciado de los bienes afectos a la concesión, en caso de reversión, sino también por el lucro cesante, lo cual equivale a decir que, en teoría, se debe pagar al concesionario no sólo el valor de los bienes y derechos afectos a la concesión que de hecho revierten en favor del concedente, sino también indemnización parcial —no por la totalidad—, de las posibles utilidades que deja de percibir.

El pago parcial y no total del lucro cesante se justifica, tanto por la posibilidad de que tales utilidades no se dieran en la práctica en el cien por ciento previsto, en caso de no realizarse el rescate, como por el principio de equidad, consistente en que tales utilidades sean las referidas únicamente al lapso de tiempo razonable para que el concesionario pueda destinar a otra inversión rentable el capital empleado en la prestación del servicio concesionado.

b) La caducidad

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley y en la concesión misma al concesionario de servicio público municipal, implica diversas sanciones; una de ellas, referida a causas graves, puede ser la caducidad de la concesión, que representa otra forma de extinción anticipada de la concesión, cuya imposición exige notificación previa al concesionario y respeto a su derecho de audiencia. La pérdida parcial o total de los bienes reversibles, en favor del municipio, se puede agregar a la sanción de caducidad de la concesión de servicio público.

c) La rescisión

Otra forma de extinción anticipada de la concesión de servicio público es la rescisión, la cual procede cuando concedente y concesionario convienen adoptarla de común acuerdo, sin responsabilidad para ninguno de ellos, por muy variados motivos, como pueden ser los de fuerza mayor y de imposibilidad sobrevenida, entre otros.

La imposibilidad sobrevenida se da cuando ocurren acontecimientos, no imputables al concesionario ni al concedente, que impiden definitivamente la prestación del servicio público, lo que implica no sólo la extinción anticipada de la concesión, sino la supresión del servicio público; Juan Francisco Mestre Delgado la explica con los siguientes ejemplos:

El agotamiento del caudal que se emplea por el concesionario del servicio público de distribución de agua potable a domicilio; la desaparición del poblado que constituye el punto de destino del servicio público de transporte; la explotación deficitaria del servicio no imputable al concesionario, o, en fin, cuando la aplicación de la teoría del *factum principis* imposibilita la prestación del servicio, o determina unas dificultades que excedan de ciertos límites, estamos en presencia de supuestos atípicos en los que se impone la extinción de la relación concesional, pero sin que sean encuadrables en ningún motivo imputable a las partes. La causa de la extinción es ajena al comportamiento de los contratantes.⁽¹²⁶⁾

Desde luego, la rescisión puede tener lugar sin que el concedente y el concesionario convengan en ello, habida cuenta que tanto uno como otro pueden demandar, ante tribunal competente, la rescisión de la concesión por incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, para de esa manera dar por extinguida la concesión.

d) Otras causas de extinción de la concesión

Se señala en la doctrina, como otras causas de extinción de la concesión de servicio público, además de las ya mencionadas, la quiebra y la muerte del concesionario; mas, en rigor, la quiebra da lugar a la caducidad, mientras que en el caso de la muerte del concesionario existe la posibilidad, en algunas legislaciones, de que los herederos se conviertan en nuevos los concesionarios del servicio público respectivo.

F. LA REVERSIÓN EN LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Entiéndese por reversión, en materia de concesión administrativa, la transferencia a favor del concedente, de la propiedad de los bienes y derechos afectos a ella, al momento de su extinción, de conformidad con lo previsto en la ley.

a) Bienes sujetos a reversión

Todo servicio público requiere que se destine a su prestación un conjunto de bienes y derechos del concesionario que debieran quedar identificados con precisión en actas oficiales levantadas con participación del concedente y del concesionario; tales bienes y derechos del concesionario quedan afectos a la concesión, a fin de que cuando ésta se extinga puedan revertir en favor del primero, en su caso, junto con los bienes de la administración concedente que se hubieren incluido en la concesión.

Además de los bienes y derechos indispensables para la prestación del servicio público, es frecuente que el concesionario adscriba a tal efecto otros bienes y derechos no previstos en la concesión ni en la ley, sin que por ello queden afectos a la concesión, aun cuando fuere indudable su utilidad para la prestación del servicio.

b) Situación jurídica de los bienes sujetos a reversión

Respecto de la situación jurídica de los bienes sujetos a reversión, existen diversos criterios doctrinales, de ellos, dos son los que descuellan como más característicos; de acuerdo con el primero, tales bienes pasan a ser propiedad del concedente desde el momento de su afectación al servicio público, con el argumento de que en su momento fatalmente revertirán a su patrimonio. En consecuencia, el concesionario sólo conserva sobre ellos un derecho real que le permite su goce y explotación. Esteban Arimany Lamoglia explica tal derecho en los siguientes términos:

Desde luego se trata, [...] de un derecho real especial y *sui generis* que, a pesar de sus analogías con figuras como el usufructo o el llamado dominio útil, no hay que enmarcarlo entre las categorías del derecho privado, sino entre los llamados derechos reales administrativos, sometido a un régimen jurídico propio, por la naturaleza del objeto sobre el que recae (dominio público) y —en nuestro caso— también por la actividad desarrollada en el ejercicio del mismo (servicio público).⁽¹²⁷⁾

Destaca otro criterio contrapuesto con el anterior, según el cual, el concesionario mantiene la propiedad de los bienes afectos a la concesión durante la vigencia de la misma, pero con un derecho real constituido en favor de la administración concedente.

c) Indemnización en la reversión

La reversión sin indemnización procede en el caso de vencimiento del plazo de duración de la concesión, lo cual se justifica porque los referidos bienes fueron depreciados o amortizados en el plazo concesional.

También opera la reversión sin indemnización en el caso de caducidad impuesta a manera de sanción por falta grave, como la que dispuso el artículo 32 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, por ceder, hipotecar, enajenar o de alguna manera gravar la concesión, o algunos de sus derechos, o los bienes afectos al servicio público, a algún gobierno o Estado extranjeros, o por admitirlos como socios en la empresa concesionaria;

o por proporcionar al enemigo, en caso de guerra internacional, alguno de los elementos disponibles con motivo de la concesión, o por cambio de la nacionalidad mexicana del concesionario, casos en los que perdería, en beneficio de la nación, la vía de comunicación con todos sus bienes muebles e inmuebles, sus servicios auxiliares y demás dependencias y accesorios destinados a la explotación, además de perder su garantía constituida conforme al artículo 17 del propio ordenamiento legal.

Tratándose tanto de rescate como de rescisión pactada, es absolutamente procedente la indemnización en la reversión, aunque en proporción al tiempo transcurrido de la concesión; en algunos casos de revocación y de caducidad también procede la indemnización proporcional.

5. MUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La expresión *municipalización de los servicios públicos* es de carácter protéico pues se transforma su sentido en el curso de los años; así, en 1926 el maestro José de Jesús Castorena, en su libro titulado *El problema municipal mexicano*, explicaba: «Municipalización quiere decir, la facultad de los municipios para administrar y explotar por sí mismos los servicios necesarios al bienestar moral de la población; los servicios deben ser pues, servicios públicos.»⁽¹²⁸⁾

En el umbral del siglo XXI, puede entenderse la *municipalización de los servicios públicos* de diferentes maneras, lo que predica no sólo el carácter mutante sino también anfibológico de esta expresión, ya que lo mismo se usa en el sentido de atribuir al municipio la prestación de servicios públicos que anteriormente no eran de su competencia, que en el de asumir el municipio la prestación directa de servicios públicos concesionados, o en el de encargarse de la prestación directa de servicios públicos hasta entonces concesionados a particulares, genéricamente al Estado: Federación, entidad federativa y municipio.

A. ATRIBUIR AL MUNICIPIO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE ANTERIORMENTE NO FUERAN DE SU COMPETENCIA

Un caso típico de este sentido de municipalización de los servicios públicos, vino a ser el resultante de la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, de 25 de julio de 1997, que abrogó la del mismo nombre publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 31 de julio de 1984, por incluir en su catálogo de servicios públicos municipales, algunos que no figuran como tales en la Constitución General de la República, cuales

son el de estacionamientos públicos y el de bibliotecas públicas, por lo que, partiendo del supuesto de que tales actividades no figuraran como servicios públicos en la ley de 1984, mediante la Ley de 25 de julio de 1997, fueron municipalizados dichos servicios de estacionamientos públicos y de bibliotecas públicas.

B. ASUMIR EL MUNICIPIO LA PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS
La Ley Orgánica del Municipio Libre del Estado de Colima, emplea la expresión municipalización de servicios públicos, en el sentido de que el municipio asuma la prestación de servicios públicos concesionados, al disponer en el capítulo III de su título séptimo:

Artículo 92.- El municipio, como titular de los servicios públicos que sean de su competencia, podrá municipalizarlos cuando estén en poder de particulares, ya sea prestándolos directamente o participando conjuntamente con éstos.

Artículo 93.- Se podrán municipalizar los servicios públicos cuando sea irregular o deficiente su prestación, o a juicio del cabildo cause perjuicios graves a la colectividad.

Artículo 94.- El procedimiento de municipalización se llevará a cabo mediante iniciativa del propio ayuntamiento o a solicitud de la mayoría de los usuarios o de las organizaciones del municipio.

Artículo 95. El ayuntamiento emitirá la declaratoria de municipalización, una vez oído a los posibles afectados, practicando los estudios respectivos y previa formulación y aprobación del dictamen correspondiente, que versará sobre la procedencia de la medida y en su caso la forma en que deba realizarse.

C. ENCARGARSE GENÉRICAMENTE AL ESTADO (FEDERACIÓN, ENTIDAD FEDERATIVA, MUNICIPIO) DE LA PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS

Por extensión, se utiliza también la expresión *municipalización de los servicios públicos* como sinónimo de estatización de los mismos, aun cuando quede atribuida su prestación directa a la Federación o a las entidades federativas; como señala el doctor Carlos Quintana: «De esta manera se alude por municipalización al proceso administrativo mediante el cual el estado (no solamente el municipio) se hace cargo de manera directa de la prestación de algún servicio público en manos de particulares.»⁽¹²⁹⁾

6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

En el caso de los servicios públicos municipales directamente a cargo de la administración pública municipal, compete la función pública contralora al presidente municipal, a los regidores —respecto de los encuadrados en sus respectivos ramos—, a los síndicos, al tesorero municipal y muy especialmente al contralor municipal en aquellos estados en los que está previsto este cargo municipal; por ejemplo, en el estado de Guanajuato, conforme a su Ley Orgánica Municipal:

Artículo 117.- Son atribuciones del contralor municipal:

- I. Proponer y aplicar las normas y criterios en materia de control y evaluación, que deban observar las dependencias centralizadas y paramunicipales;
- II. Verificar el cumplimiento del plan de desarrollo municipal y sus programas;
- III. Realizar auditorías periódicamente a las dependencias y entidades de la administración pública municipal;
- IV. Vigilar la correcta aplicación del gasto público;
(.....)
- VII. Vigilar que las adquisiciones y arrendamientos de los bienes muebles e inmuebles que realice el ayuntamiento y la prestación de servicios públicos municipales se supediten a lo establecido por esta Ley;
- VIII. Vigilar que la obra pública municipal se ajuste a las disposiciones de la Ley de Obra Pública para el Estado y los Municipios de Guanajuato y demás disposiciones aplicables en la materia;
- IX. Establecer un sistema de quejas, denuncias y sugerencias;
(...)

En el caso de servicios públicos municipales a cargo de organismos descentralizados y empresas de participación municipal, intervienen también de manera

relevante en su control y vigilancia, los propios órganos internos encargados de tales actividades en cada uno de ellos.

