

# REFLEXIONES DE ACTUALIDAD SOBRE DESCONCENTRACION Y SERVICIO PUBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL

León Cortiñas Peláez

Este estudio de caso es relativo a las facultades del órgano desconcentrado y a los controles del Jefe del Departamento; a la naturaleza jurídica del "servicio público" atribuido a BOLETRONICO, por su acto de creación y normas posteriores; al régimen laboral de sus trabajadores; y, muy particularmente, a las posibles modificaciones intervenidas en el régimen financiero y fiscal de BOLETRONICO como consecuencia de la derogación de la Ley de Hacienda del D.D.F. del 31 de diciembre de 1941, por la nueva Ley de Hacienda del 1º de enero de 1983. En ese contexto normativo, importa conocer los márgenes de ampliación del objeto impartido a la institución por el Acuerdo 962 del Jefe del D.D.F. de 6 de octubre de 1977, así como las posibilidades de manejarse con cierta autonomía financiera respecto de la Tesorería, en lo referente a sus ingresos de corto plazo y a la reinversión de los recursos que pudiera generar el hoy desincorporado BOLETRONICO por su actividad principal u otras accesorias no previstas en el acto de creación.

## INTRODUCCION

1. UN PROBLEMA DE MODERNIZACIÓN Y AFINAMIENTO DE NUESTRO DERECHO POSITIVO: ELEMENTOS "DE LEGE DATA" Y HORIZONTE "DE LEGE FERENDA". — En su aparente sencillez, el caso planteado envuelve varias cuestiones capitales, no sólo de los derechos administrativo y financiero sino, en general, de las opciones fundamentales que el Estado mexicano viene afrontando en los últimos tiempos con miras a una reorganización de la administración pública, compatible con las exigencias del desarrollo social y

de la mejor gestión de las finanzas públicas. La modernización conlleva así, necesariamente, un afinamiento del derecho positivo. *En lo normativo, se han tenido que concordar y actualizar disposiciones de los ordenamientos que se listan seguidamente:* Constitución federal, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y principales Reglamentos Interiores, Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal (textos de 1970, 1978 e Iniciativa de 1983), Reglamento Interior del D.D.F.; Acuerdos del Jefe del D.D.F. Nos. 926 de 1977 y 0004 de 1983, Manual de Organización de BOLETRONICO de 30 de mayo de 1983, Ley de Hacienda del D.D.F. de 1941 y 1983, Ley de Ingresos del D.D.F. para 1982 y 1983, Presupuesto de Egresos del D.D.F. para 1982 y 1983, Código Fiscal de la Federación (textos de 1967, 1981 y 1983), Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público de 1976 y su reglamento de 1981, Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación de 1959 y su Reglamento de 1964, Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación de 1959 y su Reglamento de 1968, Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos de 1982.

La consideración de estos textos *han llevado a sistematizar la materia en consulta, siguiendo cuatro grandes capítulos:* I) Los órganos administrativos desconcentrados; II) El servicio público; III) La especialidad institucional y doctrina de las facultades expresas; y IV) Subjetividad, individualidad financiera y régimen de ingresos. Integrando también consideraciones "de *lege ferenda*", el presente caso práctico tiene el siguiente

## SUMARIO

### INTRODUCCION

1. Un problema de modernización y afinamiento de nuestro derecho positivo: elementos *de lege data* y horizonte *de lege ferenda*.

#### I. LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS DESCONCENTRADOS.

2. Reglas concretas.- 3. Las reglas específicas del derecho positivo mexicano vigente.- 4. Resumen de estos principios específicamente reglados.- 5. La doctrina jurídica contemporánea.- 6. La doctrina nacional.- 7. La doctrina extranjera.

#### II. EL SERVICIO PÚBLICO.

8. Reglas concretas.- 9. *Las reglas del período de 1970-1978.*- 10. *Las reglas del período 1978-1988.*- 11. La noción.- 12. Un cometido público, excluyente de la iniciativa privada.- 12bis. Un cometido concesionable, cuyos destinatarios son "usuarios".- 13. La declaratoria de constitución de un servicio público.- 14. Una facultad no delegable del Jefe del Departamento.- 15. Otra facultad no delegable.- 16. La colaboración de los particulares.- 17. La concesión del servicio público: reenvío.- 18. Los poderes jurídicos expresos del Presidente de la República.- 19. *Las reglas constitucionales, posteriores, de 1982 y 1983.*- 20. Los cometidos esenciales o "funciones exclusivas en las áreas estratégicas".- 21. El cometido de servicio público "stricto sensu" deviene cometido esencial, al prohibirse su concesión a particulares.- 22. El rango normativo del régimen de servicio público.- 23. La legislación de las concesiones de servicio público.- 24. Los servicios públicos municipales de rango constitucional.- 25. Los servicios públicos municipales determinados por acto legislativo local.- 26. La coordinación y asociación intermunicipales.- 27. Los ingresos de los servicios públicos municipales.- 28. La transferencia de servicios públicos entre colectividades territoriales.- 29. La doctrina jurídica contemporánea.- 30. El servicio público "stricto sensu" como una de las categorías específicas del género de los "cometidos del Poder Público".- 31. La noción genérica de los "cometidos del Poder Público".- 32. Los cometidos esenciales.- 33. Los servicios públicos "stricto sensu" o cometidos públicos.- 34. Los cometidos sociales.- 35. Los cometidos industriales y mercantiles.- 36. En resumen, respecto del concepto positivo del servicio público.- 37. Algunas precisiones terminológicas derivadas de la noción estricta adoptada.- 38. La actividad privada o empresarial libre.- 39. Inexistencia de una garantía individual a la organización y ejecución del servicio público.- 40. Continuación: opiniones doctrinales que oponen la potestad soberana del servicio público y el derecho preexistente de la actividad privada.- 41. El servicio público y el monopolio: sus conceptos económico y jurídico.- 42. Monopolio y concesión de servicio público.- 43. La potestad concedente, las modalidades del clausulado y la cláusula de preferencia en las concesiones.- 44. La cláusula de exclusividad en las

concesiones.- 45. La concesión dotada de un monopolio.- 46. Clasificación sintética de las concesiones de servicio público.- 47. La autoridad competente para el otorgamiento de la concesión.

#### III. LA ESPECIALIDAD INSTITUCIONAL Y DOCTRINA DE LAS FACULTADES EXPRESAS

48. *Dos principios: la juridicidad y la buena administración.*- 49. *El régimen de los poderes o facultades expresas.*- 50. *El régimen del Poder Ejecutivo Federal.*- 50bis. *El régimen de los poderes Legislativo y Judicial.*- 51. *Las facultades del Poder Legislativo Federal.*- 52. *Las facultades privativas de la Cámara Alta.*- 53. *Las facultades de los órganos del Poder Judicial Federal.*- 54. *Resumen de la doctrina de la Constitución.*- 55. La especialidad institucional.- 56. *Las tendencias más antiguas.*- 57. *Flexibilidad del principio de la especialidad institucional: la doctrina dominante.*- 58. *La doctrina de derecho privado.*- 59. *La doctrina de derecho público.*- 60. En síntesis: facultades expresas y especialidad razonable.

#### IV SUBJETIVIDAD, INDIVIDUALIDAD FINANCIERA Y REGIMEN DE INGRESOS

61. Realidad y horizonte del marco jurídico.- 62. La "subjetividad" de una "personalidad limitada".- 63. Continuación: La "subjetividad" como sujeto de la relación laboral.- 64. *El régimen financiero y su posible individualidad o autonomía.*- 65. La carencia patrimonial: Corolarios en el manejo de fondos y valores, y en materia de responsabilidad.- 66. La búsqueda de un nuevo "diseño legislativo".- 67. El régimen de ingresos.- 68. La postura originaria y más coherente: derechos o ingresos de derecho público.- 69. Continuación: La Ley de Hacienda del D.D.F. de 1981.- 70. En resumen de la postura originaria.- 71. Las reglas de 1983: ¿Una transformación indirecta en un cometido industrial y mercantil en régimen de derecho privado?.- 72. Continuación: La Ley de Hacienda del D.D.F. de 1983.- 73. Continuación: Algunas repercusiones de esta posible "reforma".- 74. Desconcentración.- 75. Subjetividad.- 76. El "servicio público stricto sensu" deviene un "cometido industrial y mercantil" del Poder Público en el D.F.- 77. La especialidad institucional.- 78. El régimen de ingresos.- 79. Las relaciones con la Tesorería.

#### V. AL CABO

80. Recapitulación de principales conclusiones  
81. A) *Respecto del órgano desconcentrado y las empresas públicas. artículo 2°:*  
82. B) *Del cometido de servicio público.*  
83. C) *De la especialidad institucional y los poderes o facultades para ejecutarla.*  
84. D) *De la subjetividad.*  
85. E) *De la privatización y el nuevo régimen de ingresos.*

## I. LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS DESCONCENTRADOS.

2. **REGLAS CONCRETAS.** El acuerdo 962 de 6 oct. 1977 publicado en la *Gaceta Oficial* del Departamento del D.F. de 15 oct. 1977, preceptúa en su artículo 2°:

"Se crea un *organismo técnico desconcentrado* del Departamento del Distrito Federal que se denominará Servicio Público de Boletaje Electrónico..."

Ratificando, con rango legislativo, este sistema desconcentrado de organización, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 27 dic. 1978, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 dic. 1978, estableció en su art. 3°:

"El Jefe del Departamento del Distrito Federal se auxiliará (...) de las siguientes *unidades administrativas* y de gobierno: "B. Órganos administrativos *desconcentrados*: (...) El Servicio Público de Boletaje Electrónico";

En reiteración literal de la Ley, el Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal de 29 enero 1979, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 6 feb. 1979 estableció:

"Artículo 34. Los órganos administrativos *desconcentrados* del Departamento del Distrito Federal serán los siguientes: (...)

"V. El Servicio Público de Boletaje Electrónico;"

Además, el apartado final del Capítulo **IX De la Desconcentración Administrativa**, del mismo Reglamento, se titula *Del Servicio Público de Boletaje Electrónico* y su artículo único, el artículo 46, preceptúa:

"El órgano *desconcentrado* del Departamento del Distrito Federal, que constituye el Servicio Público de Boletaje Electrónico, atenderá (...)"

Las reglas indicadas serán referidas, en los párrafos siguientes y respectivamente, como el Acuerdo, la Ley Orgánica y el Reglamento Interior.

*De lege ferenda*, cabe recordar complementariamente que la Iniciativa de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley Orgánica, para entrar en vigencia en enero de 1984, mantiene *la reserva del Reglamento para la legislación material de los órganos desconcentrados*, deslegalizándose simplemente la relación, ciertamente improcedente en una Ley, que contenía empero la Ley Orgánica de 1978:

"Artículo 30. El Jefe del Departamento del Distrito Federal se auxiliará de los (...) titulares de las unidades administrativas centrales y *órganos desconcentrados* que se establezcan en su Reglamento Interior".

"Artículo 40. La asignación y distribución de las unidades administrativas centrales y *órganos desconcentrados* (...) se señalarán en su Reglamento Interior".

En este sentido, el Transitorio Tercero de la Iniciativa establece:

"En tanto se expida el nuevo Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal, continuarán en su ejercicio los órganos administrativos centrales y *desconcentrados* que se mencionan en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1978".

Finalmente, en esta enumeración de reglas concretas relativas a la organización del Servicio Público de Boletaje Electrónico, debe mencionarse el Manual de Organización del 30 mayo 1983 y el Acuerdo de 7 enero 1983, publicado en la *Gaceta Oficial* del Departamento del Distrito Federal de 10 marzo 1983. El Manual, en el primer párrafo de su página tres, se autodefine como "un compendio que tiene por objeto exponer la estructura funcional operativa del Organismo *Desconcentrado* denominado "Servicio Público de Boletaje Electrónico". El artículo único del Acuerdo de 1983, ordena que "El órgano *desconcentrado* del Departamento denominado Servicio Público de Boletaje Electrónico, (...) pasa a depender de la Oficialía Mayor del propio Departamento'".

Tres niveles normativos reiteran respecto de este tema la categoría de la organización *desconcentrada*. Veamos seguidamente algunas características de este tipo de organización administrativa, tal cual ellas se desprenden del derecho positivo (A,B) y de la doctrina jurídica contemporánea (C).

3. **LAS REGLAS ESPECIFICAS DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO VIGENTE.** La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de 24 dic. 1976, publicada en el *Diario Oficial* de 29 dic. 1976, establece (art.17):

"Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos *desconcentrados* que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso de conformidad con las disposiciones legales aplicables".

El Reglamento Interior del D.F. de 1979, desarrolla considerablemente dicho texto, en una reiteración sólo aparente:

"Artículo 33. Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia del Departamento del Distrito Federal, éste podrá contar

con órganos administrativos desconcentrados que estarán jerárquicamente subordinados a la jefatura y que tendrán las facultades específicas para resolver sobre *las materias* y dentro del ámbito territorial que se determinen en cada caso, de conformidad con las normas que para ellos establezcan el presente Reglamento y *los instrumentos jurídicos que dichos órganos creen*.

Dichos instrumentos deberán ser publicados en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal.

De conformidad con sus facultades y normas aplicables, el Jefe del Departamento del Distrito Federal podrá revisar y en su caso, confirmar, modificar, revocar y nulificar *las resoluciones dictadas por los órganos administrativos desconcentrados*" (subrayados nuestros, relativos a los giros que facultan una expansión, tanto de la especialidad institucional como de los poderes jurídicos, de los órganos desconcentrados)".

Concordantemente con este "ensanchamiento" potencial de la competencia "ratione materiae" y de las facultades orgánicas de las instituciones desconcentradas, el Reglamento Interior de 1979 enuncia una serie de atribuciones, de principio y residuales, de los desconcentrados:

"Artículo 35. Atribuciones genéricas de los órganos administrativos desconcentrados:

I. Planear, programar, organizar, dirigir controlar y evaluar el funcionamiento del órgano administrativo a su cargo, conforme a los lineamientos que al efecto se fijen en el *instrumento de creación respectivo* y a las disposiciones del Jefe del Departamento del Distrito Federal:

II. Expedir certificaciones sobre los asuntos de su competencia:

III. Dirigir y resolver con base en los lineamientos que fije el Jefe del Departamento del Distrito Federal y las disposiciones legales aplicables, los asuntos del *personal al servicio del órgano* administrativo desconcentrado así como todo *lo relacionado con las adquisiciones de éste*;

IV. Proponer al Oficial Mayor las sanciones administrativas a que se hagan acreedores los trabajadores del Órgano Administrativo desconcentrado, de conformidad con las disposiciones legales aplicables;

V. -Intervenir para los fines administrativos que procedan en la selección para el ingreso y las licencias del personal del órgano a su cargo;

VI. -Coordinarse y colaborar con los demás titulares de los órganos administrativos del Departamento del Distrito Federal cuando así lo requiera el mejor funcionamiento de éstos;

VII. *Resolver* cuando legalmente procedan *los recursos administrativos* que se interpongan;

VIII. Formular dictámenes e informes que le sean solicitados por la superioridad;

IX. *Proponer* al Jefe del Departamento del Distrito Federal para su aprobación los *proyectos de programas y de presupuesto, y de los manuales* de organización y de servicios que correspondan;

X. Hacer cumplir, el Reglamento de Escalafón de los Trabajadores, así como los sistemas de estímulos y recompensas que determinen las Condiciones Generales de Trabajo respectivas;

XI. -Proporcionar la información, los datos o la cooperación técnica que les sea requerida por otras dependencias del Ejecutivo Federal o por el propio Jefe del Departamento del Distrito Federal

XII. *Autorizar la documentación necesaria para las erogaciones* con cargo al presupuesto de conformidad con las disposiciones que se establezcan.

XIII. *Suscribirlos convenios y contratos* necesarios para cumplir adecuadamente con las funciones encomendadas al órgano;

XIV. *Representar* a su dependencia *como mandatarios* generales para *pleitos* y cobranzas con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial, conforme a la *ley y substituir y delegar estos mandatos* en uno o más apoderados para que los ejerzan individual o conjuntamente;

XV. Presentar al Jefe del Departamento del Distrito Federal un informe anual de actividades; y

XVI. *Las demás que se le encomienden* [por] sus superiores y *otros ordenamientos*" (Los subrayados nuestros indican poderes jurídicos del órgano desconcentrado, cuyo alcance rebasaría las facultades naturales de la desconcentración —que alguna doctrina llama "descentralización burocrática"— sin llegar empero a la plenitud de personificación y patrimonialización requerida por una descentralización "ortodoxa"; cfr., *infra*, numerales 65-66 de esta exposición de Caso Práctico).

Ahora bien, para matizar esta "porción competencial" expansiva de los órganos desconcentrados, no debe olvidarse que la Ley Orgánica de 1978 establece:

"Artículo 16. La Jefatura del Departamento, (...) las Delegaciones y los demás *órganos desconcentrados*, integran la *Administración Pública Centralizada*".

"*Los Órganos Administrativos desconcentrados, estarán jerárquicamente subordinados* a la Jefatura del Departamento del Distrito Federal la que, en su caso, fijará las relaciones que deberán guardar con otras dependencias".

4. **RESUMEN DE ESTOS PRINCIPIOS ESPECIFICAMENTE REGLADOS.** El derecho positivo mexicano vigente adopta una concepción amplia y flexible de la noción jurídico-administrativa de desconcentración. Al resumirla, conviene situarla en el contexto global del régimen jurídico del Distrito Federal.

Desde ahora, sin perjuicio de ulteriores precisiones doctrinales *infra*, numerales 5 a 7), pueden resumirse así los principios *mínimos* del ordenamiento federal y del concordante ordenamiento local del Distrito Federal:

*Primero: El Distrito Federal es una Entidad Federativa* (Constitución, arts. 43 y 44), cuya legislación es facultad del Congreso de la Unión (art. 73, fracc. VI) y *cuyo gobierno y administración están a cargo de la Federación*, por intermedio del Presidente de la República, quien los ejerce por conducto de una dependencia específica (arts. 26 y 44 de la L.O.A.P.F. de 1976), el Departamento del Distrito Federal;

*Segundo: El Distrito Federal es una institución administrativa de rango constitucional*, dotada obviamente de personalidad jurídica y patrimonio propios (Ley, art. 32), al igual que las restantes partes integrantes de la Federación (Constitución, art. 43);

*Tercero: El Distrito Federal tiene pues, simultáneamente, la calidad de "entidad" personalizada de "dependencia"* jerarquizada administrativamente: en cuanto Distrito, el D.F. es la sede autónoma para el gobierno federal, y en cuanto al Departamento es la dependencia u órgano administrativo que tiene el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para ejercer sus facultades como encargado (Constitución, art. 73, frac. VI, base la.) del gobierno del Distrito (MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México, Porrúa S.A./ICAP del P.R.I., 1982, 682 pp., pág. 498);

*Cuarto: En cuanto Entidad Federativa*, el Distrito se rige por su Ley Orgánica, votada por el Congreso de la Unión; ahora bien, en cuanto dependencia del Ejecutivo Federal, dicha ley es desarrollada por el Reglamento Interior que dicta el Presidente de la República (respectivamente, arts. 73 frac. VI y 89 frac. I de la Constitución);

*Quinto: En cuanto integrantes de un Departamento Administrativo que forma parte de la Administración Pública centralizada* (L.O.A.P.F., art. 1ª, párr. 2»), *los órganos desconcentrados del Departamento también la integran*;

*Sexto: El Jefe del Departamento del Distrito Federal es el superior jerárquico de todos sus órganos desconcentrados*;

*Séptimo: En el ejercicio de la función administrativa a ellos encomendada*, los órganos desconcentrados son competentes respecto, no sólo de una materia específica sino de las materias que les sean atribuidas por disposiciones de carácter general;

*Octavo: Las disposiciones de carácter general*, atributivas de competencia por razón de materia, *son no sólo las contenidas en Ley formal* (art. 17 de la L.O.A.P.F.), sino las establecidas por *la potestad reglamentaria* (Constitución, art. 89, fracc. I) y por *los demás instrumentos* jurídicos que sean creados por los órganos desconcentrados (art. 33 del Reglamento Interior de 1979);

*Noveno: Dichos instrumentos deberán ser publicados tanto en el Diario Oficial de la Federación como en la Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal* (Reglamento, art. 33, párr. 1º, 2a frase);

*Décimo: El ámbito espacial de validez de las facultades de los órganos desconcentrados será igualmente determinado por las citadas disposiciones de carácter general* Constitución, (L.O.A.P.F, Reglamento, *ibídem*)\

*Undécimo: Siguiendo el modelo de los "cabezas de sector" que se habían preocupado por el desglose enunciativo de las facultades de los titulares de los órganos desconcentrados* en los Reglamentos Interiores de todas las dependencias, el Reglamento Interior de 1979 del Departamento del Distrito Federal rebasa la simple evocación implícita o virtual de las facultades de los órganos desconcentrados, adoptando *una genérica pero explícita enumeración de facultades no taxativas* (desconcentración "explícita"), en el texto de su art. 3 5 (en sus XVI fracciones transcritas *supra*, en nuestro numeral 3).

*Duodécimo: Estos poderes jurídicos o facultades, genéricos, de los órganos administrativos desconcentrados lo son, reiteramos, a mero título ejemplificativo y no excluyen otros poderes o facultades igualmente genéricos que puedan ser atribuidos a los órganos desconcentrados por órganos superiores de la Administración Pública Federal o Local, o por otros ordenamientos diversos del presente Reglamento Interior* (art. 3 5, frac. XVI).

*Decimotercero: Los poderes o facultades genéricos* establecidos para todos los órganos desconcentrados, básicamente en la L.O.A.P.F. de 1976 y en la Ley Orgánica de 1978, deben ser necesariamente completados por poderes o facultades *específicos*, mediante ordenamientos subordinados relativos a cada uno de los órganos desconcentrados respectivos;

*Décimo cuarto: Existe una especialidad institucional* (competencia *ratione materiae*) de cada colectividad territorial, la cual *debe distinguirse* cuidadosamente (aunque la legislación en general suele ser desaliñada y confusa) *de los poderes o facultades jurídicos* atribuidos a la colectividad o administración, para el cumplimiento de su especialidad institucional. Así, respecto del Distrito Federal, los sistemas de agua potable y alcantarillado forman parte de su especialidad institucional (Constitución, art. 115, frac. ni, literal a), la cual requiere facultades o poderes jurídicos de control, vigilancia, estudio y sanción de conexiones irregulares (Ley Orgánica, art. 20, frac. IV);

*Decimoquinto: La especialidad institucional, o competencia por razón de materia, es en principio única o, mejor dicho, está constituida por un bloque unitario centralizado en el Jefe del Departamento. Sólo que para su más eficaz atención y eficiente despacho, se atribuyen "porciones competenciales" a los órganos administrativos desconcentrados* (art. 34 del Reglamento Interior);

*Decimosexto:* Los tres niveles normativos considerados en el plano local del Distrito Federal (Acuerdo, Ley Orgánica, Reglamento Interior) coinciden en la determinación, como órgano desconcentrado, del Servicio Público de Boletaje Electrónico.

5. *LA DOCTRINA JURIDICA CONTEMPORANEA.* El tema de la desconcentración obliga a recurrir, para una mejor comprensión de las virtualidades del derecho positivo, a las principales aportaciones de la doctrina mexicana (a) y extranjera (b) de los últimos tiempos.
6. *LA DOCTRINA NACIONAL* Tuvimos la oportunidad de sintetizarla en un estudio anterior (cfr. CORTIÑAS PELAEZ, León, Consulta para la Procuraduría Fiscal de la Federación, *Consideraciones doctrinales sobre los conceptos de delegación y desconcentración en la perspectiva de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, 1977). De él tomaremos algunas de las consideraciones siguientes:

Cabe distinguir la desconcentración —en cuanto modalidad atenuada pero siempre jerarquizada de la centralización— tanto de la delegación como de la descentralización.

*La descentralización supone más de una persona jurídica*, siendo la primera la institución central, y la segunda la institución no-central. *En rigor, la descentralización implica:* quiebra de la relación jerárquica; sustitución del intenso control de la jerarquía por razones de juridicidad y de oportunidad, por el más leve control de "tutela administrativa" ésta ejercida por razones de estricta juridicidad; personalidad jurídica y patrimonio propios, en la institución descentralizada (L.O.A.P.F., art. 45); e, incluso, se ha exigido la naturaleza electiva del órgano supremo, el cual pasa a tener carácter de superior jerárquico, en el organismo que así pasa a considerarse descentralizado en grado máximo, es decir, descentralizado en grado de autonomía.

Por el contrario, *la desconcentración supone una única persona jurídica de derecho público dentro de la cual la relación jerárquica subsiste*, aunque dosificada mediante la atribución en forma exclusiva de una especialidad técnica al órgano desconcentrado, dotado para su ejercicio de poderes jurídicos o facultades específicos, y sometido a un control atenuado por parte del superior jerárquico, por razones tanto de juridicidad como oportunidad. Para la concepción clásica dominante (pero cuya matización contemporánea veremos *infra*, en nuestros numerales 64-66), el órgano desconcentrado carecería de patrimonio propio, puesto que carecería de personalidad jurídica; la naturaleza electiva de los titulares del órgano desconcentrado no se plantea.

La previsión expresa de órganos desconcentrados (L.O.A.P.F. art. 17) permite la resuelta superación de ciertas inhibiciones, pero en sí misma no era necesaria. *La desconcentración ni requiere texto habilitante ni puede ser prohibida*, puesto que se trata de una estructuración de principio de la organización administrativa, a diferencia de la delegación de competencia, que supone dejar de lado su prohibición de principio.

La desconcentración implica una atribución de *competencia exclusiva* al inferior. *El superior jerárquico no puede avocarse* al conocimiento del asunto, *ni sustituirse* al subordinado, sin violar con ello el ordenamiento jurídico de la desconcentración. La competencia desconcentrada implica una *substracción, estable y permanente*, de una "porción competencial" al jerarca, quien resulta así desahogado de estas materias, "en primera instancia administrativa". El jerarca sólo recuperará competencia respecto de estas materias, así como podrá ejercer sus facultades al respecto, cuando sea involucrado en alzada, como consecuencia del recurso administrativo pertinente.

*La permanencia, y la amplitud cuantitativa y cualitativa de la desconcentración, permiten distinguirla frente a la precariedad y mayor especificidad de la delegación de competencia.*

En el marco estricto de la centralización, *la delegación de competencia sólo es lícita mediante texto expreso habilitante* (L.O.A.P.F. art. 16); en efecto, esta delegación, también llamada delegación de poderes jurídicos o imputación de facultades, modifica la relación interadministrativa, transfiriendo facultades del jerarca a un órgano subordinado *preexistente* (mientras que la desconcentración implica la creación de un *nuevo* órgano para transferirle, no sólo poderes jurídicos o facultades específicos sino toda una materia o especialidad institucional). Por lo demás, el texto convergente de todos los Reglamentos Interiores subordinados a la L.O.A.P.F. enfatiza que el Secretario o Jefe de Departamento Administrativo *podrá conferir sus facultades delegables, 'sin perder por ello la facultad para su ejercicio directo'* (Reglamento Interior: del D.D.F. art. 4º, la frase *in fine*; de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, art. 4º, párr. 1º; Secretaría de Hacienda y Crédito Público, art. 4º, párr. 2º).

*Finalmente, la doctrina nacional mexicana nos permite perfilar la desconcentración mediante tres consecuencias jurídicas:*

*Primera-*. El superior jerárquico pierde transitoriamente el conocimiento de las materias desconcentradas y no puede readquirirlo sino mediante aplicación del principio del paralelismo de las mismas formas, es decir, despojando por acto contrario y

expreso, y con las mismas formalidades, de la materia previamente desconcentrada al órgano al cual le fuera atribuida;

*Segunda:* La desconcentración se refiere a un órgano en abstracto y, por ello, subsiste aunque cambien los titulares o soportes (*Traeger*) del superior jerárquico o del órgano desconcentrado;

*Tercera:* Las decisiones del órgano desconcentrado tienen naturaleza formal y rango jerárquico-normativo diversos a las decisiones del superior jerárquico: naturaleza y rango son los del propio órgano desconcentrado, cuyos actos —de principio y sin texto expreso— son recurribles ante el jerarca.

7. **LA DOCTRINA EXTRANJERA.** En líneas generales, tanto la latinoamericana como la europea occidental continental, converge con los principios que acabamos de exponer. Sólo parece oportuno realzar aquí algunas peculiaridades doctrinales y de derecho comparado, que podrían facilitar la práctica y propiciar ciertos ajustes en nuestro derecho positivo.

En realidad, *no existe un régimen centralizado por oposición a un sistema descentralizado. Se pasa gradual y casi insensiblemente de los regímenes más centralizados a los que consagran la máxima descentralización, a través de una serie de umbrales intermedios*, en los cuales es posible individualizar etapas o categorías muy diversas. En este sentido, la delegación de competencias y, con mayor razón, la desconcentración, puede inscribirse en una progresiva transferencia de poderes jurídicos primeramente, y de materias en segundo lugar, que van franqueando el camino hacia una creciente "distancia" respecto del órgano central, la cual puede conducir a una ruptura de la jerarquía que conlleve una cierta descentralización (cfr. SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo: Barreiro y Ramos S.A. 3a. ed. 1974, pp. 204 ss.). Ahora bien, precisamente esta "insensible graduación, a veces en la penumbra, que escalona los umbrales sucesivos" derivados de la dosificación de poderes transferidos y de controles ejercidos por el órgano central, explica las incongruencias de los derechos positivos, y la dificultad que tienen todas las doctrinas para reducir los textos vigentes a categorías unívocas de derecho administrativo y de derecho de las finanzas públicas (cfr. DELCROS, Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, Étude sur les services non personnalisés de l'Etat*, Préface de Roland DRAGO, París: L.G.D.J. 1976, 322 pp.; MOULIÉ, Pierre, *L'imposition des personnes publiques, —Etat, collectivités locales, établissements publics, entreprises publiques, sociétés d'économie mixte*, Préface de Pierre LALUMIÈRE, París: L.G.D.J. 1972, 644 pp.; LOUIT, Christian, *Les finances des entreprises publiques*, Préface de JeanClaude VENEZIA, París: L.G.D.J. 1974, 397 pp.; FLOGAÍTIS, Spyridon, *La notion de*

*décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, París: L.G.D.J. 1979, con *Avant-propos* de Massimo Severo GIANNINI, y Préface de Jean RIVERO, 281 pp.; libros que citamos en el orden de gravitación en este estudio, el 1º y 4º en la Biblioteca de Derecho Público dirigida por Marcel WALINE, el 2º y 3º en la Biblioteca de Ciencia Financiera dirigida por Louis TROTABAS; desarrollos menos agudos pero igualmente interesantes se encuentran en las obras generales de las doctrinas alemana, italiana y española: Hans-Julius WOLFF y Otto BACHOF, *Verwaltungsrecht*, 4a. ed. Munich: Beck, 1976, tomo II Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, vol. II con una referencia para la "descentralización jerárquica o burocrática" equivalente de nuestra "desconcentración", en la obra de Carlo GIROLA, *Teoría del decentramento administrativo*, Torino: Fratelli Bocca, 1929; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Madrid: ed. Revista de derecho privado, 1967).

Así, la estructura interna de la administración nacional italiana comprende las llamadas *haciendas autónomas* que son unidades administrativas dependientes del Ministerio carentes de personalidad jurídica, pero que actúan mediante órganos propios, cierta autonomía técnica y funcional, no sólo un presupuesto sino un patrimonio individualizado y contabilidad separada (GIROLA, *ibídem*, p. 361 ss.). La existencia de un conjunto de bienes y recursos afectados especialmente al servicio configura *una fuerte individualidad financiera*, que en algunos casos, y máxime tratándose de servicios ajenos a las tradicionales "funciones de derecho público"<sup>1</sup>, *permite pensar en una personalidad limitada*, en particular cuando los ingresos impliquen la fijación de tarifas o precios públicos para los servicios o ventas realizados, los cuales pueden ser determinados en vía administrativa, por la institución "desconcentrada" o con la intervención de reglas establecidas por el superior jerárquico.

En este mismo sentido, una administración pública moderna de empresas mercantiles lleva a dotarlas de *una administración quizá no personificada pero sí autónoma y con aplicación de técnicas privadas de gestión*, que aseguran su eficacia y rentabilidad junto al respeto de la garantía de legalidad, aunque rompiendo los moldes clásicos del derecho administrativo. Como indica la doctrina española, sin que esto implique sustracción a los métodos de fiscalización ortodoxos, *la autonomía financiera de "servicios centrales no personificados" mediante el sistema de las "cajas especiales"* permite dotarlos de un régimen presupuestario algo independiente, una cuenta de ganancias y pérdidas y una de explotación, también propia e independiente. GARCÍA-TREVIJANO los vincula con los "servicios

públicos centralizados con estatuto especial" de la doctrina belga y las "administraciones autónomas con derecho excepcional" del derecho italiano. Más aún, resalta la importancia de la 'personalidad económica derivada de la posibilidad de manejar fondos para fines especiales', y recuerda que el ordenamiento español admite la existencia de órganos con manejo de fondos y sin personalidad {*servicios administrativos sin personalidad*}', en su "teoría de los sujetos administrativos", nos habla de *organizaciones sin personalidad pero con subjetividad*, que superan las dificultades del principio clásico de unidad presupuestaria y *llegan, en ciertos casos, a una muy libre disposición de los recursos autogenerados o beneficios derivados de su gestión* (*ibidem*, pp. 204 ss, 808 ss, y, para los entes locales, 1104-1105), lo cual lo lleva a destacar la similitud con las precitadas *haciendas autónomas* italianas (p. 810), atribuyéndoles "una capacidad vectorial".

## II. EL SERVICIO PÚBLICO.

8. **REGLAS CONCRETAS.** El Acuerdo 962 de 1977 preceptúa en su dispositivo:

"PRIMERO Se declara *servicio público* la actividad consistente en la organización, instalación y operación, por parte del Departamento del Distrito Federal, de venta anticipada de boletos por medio de máquinas electrónicas, para los diversos servicios, espectáculos y diversiones públicas que éste determine".

Atribuyendo la prestación de este cometido del Poder Público a un organismo desconcentrado {*supra*, numeral 2), el mismo Acuerdo preceptúa en su dispositivo:

"SEGUNDO (...) que se denominará *Servicio Público* de Boletaje Electrónico y que tiene por objeto prestar, en *forma exclusiva*, el servicio (...)".

El Acuerdo 962, en su parte motivada, plantea consideraciones doctrinales que ilustran la intención del Poder Público y la utilización del concepto de *servicio público* en sentido material:

"CONSIDERANDO. Que la demanda de boletos para asistir a los centros de espectáculos y diversiones públicos, por los que se paga *un precio*, supera la oferta que de aquéllos hacen las empresas por medio de la venta en taquillas, ocasionando perjuicios y molestias a *los usuarios*".

Los considerados posteriores abundan en el sentido indicado:

"CONSIDERANDO. Que en razón (...) de reunir esta actividad las características de *un servicio público*, se

hace necesario constituir *un mecanismo* que permita afrontar los problemas creados en la venta (...)".

"CONSIDERANDO. Que (...) es posible proporcionar de una manera más eficaz un *servicio* que facilite la adquisición anticipada de los boletos (...)".

"CONSIDERANDO. Que el conocimiento anticipado del posible número de asistentes a los espectáculos y de *usuarios* de otros *servicios* permitiría programar y distribuir adecuadamente los servicios de seguridad y tránsito (...)".

"CONSIDERANDO. Que este sistema de ventas representa *un servicio público* de carácter preponderantemente *social* en beneficio de los *usuarios* y empresarios (...)".

El dispositivo Primero del Acuerdo 962, en cuanto a la fundamentación (Constitución, art. 16, párr. 1 1ª fase), se apoya en los principales preceptos relativos de la anterior Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publicada en el D.O. 29 dic. 1970. Por su importancia, en la evolución y comprensión del régimen de servicio público en el Distrito Federal, las examinaremos por separado.

9. **LAS REGLAS DEL PERIODO 1970-1978.** En efecto, las principales disposiciones de la Ley Orgánica de 1970 detallaban con prolijidad el régimen de los servicios públicos capitalinos.

Básicamente, entre las principales atribuciones del D.D.F., el artículo 36 establecía:

"III. Determinar la actividad que deba considerarse de *servicio público* (...);

"IV. Decidir si *el servicio público* a que se refiere la fracción anterior deba ser prestado por sí o en colaboración con organismos descentralizados, empresas de participación estatal o con particulares, o bien si debe concesionarse;

"V. Reglamentar la prestación de todo *servicio público*;

"XV. Controlar *los precios* (...) en el acceso a eventos y espectáculos públicos;

"XIX. Proyectar y ejecutar las obras necesarias para la prestación de *los servicios públicos* no concesionados y supervisar aquellas otras que deban realizarse para la prestación de *servicios públicos* concesionados"

Complementariamente, la Ley de 1970 contenía un Capítulo VI, *De los servicios públicos*, en el cual incluía el siguiente precepto:

"Artículo 64. La prestación de *los servicios públicos* en el Distrito Federal corresponde al gobierno de la propia Entidad Federativa, sin perjuicio de su descentralización mediante concesión limitada y temporal que se otorgue al efecto".

Finalmente, el artículo 65 contenía una disposición prácticamente idéntica al artículo 23 de la vigente ley de 1978, que veremos seguidamente, en nuestro numeral 10.



10. *LAS REGLAS DEL PERIODO 1978-88.* La Iniciativa de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley Orgánica para enero de 1984, no contiene modificación alguna en esta materia. Por ello, la sistemática inaugurada en 1978 perdurará por un buen tiempo, por lo menos hasta la administración sexenal 1988-1994.

Su vigencia presente, aunada a su presumible permanencia, motiva su análisis detenido, integrado con el de su Reglamento Interior.

11. *LA NOCION.* Con leves retoques de estilo, la Ley vigente reitera el concepto contenido en el artículo 65 de la Ley Orgánica de 1970:

"Artículo 23. Para los efectos de esta Ley, se entiende por *servicio público* la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo. La prestación de estos *servicios* es de interés público" (párr. 1°).

- 12 *UN COMETIDO PUBLICO, EXCLUYENTE DE LA INICIATIVA PRIVADA.* Para el legislador federal mexicano, el régimen de servicio público se refiere a una actividad que el Estado cumple por imperativo de su soberanía y en el cual no hay ni puede haber acceso a la libre concurrencia. Estamos ante un típico cometido del Poder Público, en rango de servicio público:

"Artículo 22. La prestación de los servicios públicos en el Distrito Federal corresponde al Departamento del propio Distrito Federal (...)"

Naturalmente que no se trata de un ejercicio irrestricto de la soberanía, pues entonces estaríamos ante un cometido *esencial* insusceptible de concesión y cuyos beneficiarios serían considerados *súbditos* (cfr. *infra*, numerales 30 a 36, para el concepto de "cometido del Poder Público" y para la distinción de sus "destinatarios" en "súbditos", respecto de la categoría de los "cometidos esenciales", y "usuarios", respecto de la categoría de los "cometidos públicos" o servicios públicos *stricto sensu*).

- 12bis *UN COMETIDO DE POTESTAD SOBERANA, DELEGABLE MEDIANTE CONCESION.* La noción de servicio público *stricto sensu* que maneja nuestra ley, a diferencia de los cometidos esenciales, o servicios públicos administrativos clásicos, admite que el Poder Público delegue su potestad a particulares, *confiriéndoles un derecho del que éstos carecían antes del acto* administrativo justamente llamado de "*concesión*"

En este sentido, la Ley de 1978, concluye el precepto precitado del artículo 22, abriendo la posibilidad al Poder Público para que, *en régimen*

*orgánicamente* (art. 22 *in fine*) y *funcionalmente muy estricto* (arts. 25 a 29), puedan concesionarse estos servicios públicos:

"(...) sin perjuicio de encomendarla [la prestación], por disposición del Presidente de la República, mediante concesión limitada y temporal que se otorgue al afecto, a quienes reúnan los requisitos correspondientes" (art. 22, *in finé*).

13. *LA DECLARATORIA DE CONSTITUCION DE UN SERVICIO PUBLICO.* El texto de la Ley Orgánica de 1978 le atribuye efectos inmediatos, que limitan severamente los actos de los particulares:

"La declaración oficial de que determinada actividad constituye un servicio público, implica que la prestación de dicho servicio es de *utilidad pública*. El Ejecutivo Federal podrá decretar la expropiación, limitación de dominio, servidumbre u ocupación temporal de los bienes que se requieran para la *prestación del servicio*" (art. 23, párr. 2°).

14. *UNA FACULTAD NO DELEGABLE DEL JEFE DEL DEPARTAMENTO.* El derecho positivo es tan celoso de esta atribución del Poder Público que la misma se encuentra integrada al bloque de los poderes jurídicos insusceptibles de delegación por el superior jerárquico del Distrito Federal, por disposición expresa del Reglamento Interior de 1979:

"Artículo 5°. El Jefe del Departamento tendrá las siguientes atribuciones no delegables:

"XVIII. Determinar la actividad que deba considerarse *servicio público*, con base en las disposiciones de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, otras leyes y este Reglamento;"

La deslegalización de las facultades o poderes jurídicos específicos del Jefe del Departamento tiene en esta regla una enfática manifestación. En efecto, la base legal, al omitir por la confusión ya indicada (*supra*, numeral 4, principio *decimocuarto*) el *distingo entre la especialidad institucional* (prestación de los servicios públicos, art. 22) y los *poderes jurídicos* (de su declaración constitutiva oficial, art. 23, párr. 2°), dejó sin órgano titular a esta última facultad, mencionada apenas en esta forma:

"Artículo 20. Al Departamento del Distrito Federal, corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia de Obras y Servicios:

"XII. Determinar la actividad que deba considerarse de *servicio público*."

15. *OTRA FACULTAD NO DELEGABLE.* El mismo art. 20 de la Ley impone al D.D.F.:

"XII. Fijar y ejecutar las políticas del Departamento del Distrito Federal en materia de *prestación de servicios públicos*."

Estamos ante otro caso de deslegalización de las facultades o poderes jurídicos del Departamento, puesto que *esta facultad de titular innominado en la Ley, deviene una facultad no delegable del Jefe del Departamento en el texto reglamentario:*

"Artículo 5\*.-El Jefe del Departamento tendrá las siguientes atribuciones no delegables:

"XIX. Fijar y ejecutar las políticas del Departamento del Distrito Federal en materia de prestación de servicios públicos y de planificación;"

16. **LA COLABORACION DE LOS PARTICULARES.** Acentuando las prerrogativas del Poder Público en la organización y administración del servicio público, inclusive cuando éste se preste en colaboración con *particulares que en este caso sólo fungirían como coadyuvantes pero no como concesionarios*, la Ley Orgánica preceptúa:

"Artículo 24. Cuando a propuesta del Jefe del Departamento del Distrito Federal el Presidente de la República decida que un servicio público debe ser prestado *en colaboración con particulares, dicho Jefe tendrá a su cargo la organización del mismo y la dirección correspondiente*".

17. **LA CONCESION DEL SERVICIO PÚBLICO: REENVIO.** El objeto preciso de este caso se vería aquí algo desbordado si emprendiéramos el análisis de las prolijas disposiciones contenidas en la Ley de 1978, respecto al régimen de las concesiones.

Indicamos seguidamente los puntos capitales, con el artículo pertinente .entre paréntesis:

decisión de concesionar (art. 22);  
otorgamiento de la concesión (art. 25, párr. 1\*);  
nacionalidad del concesionario (art. 25, párr. 2\*);  
facultades específicas del D.D.F. (art. 26);  
régimen normativo genérico (art. 27);  
caducidad: propuesta, declaratoria, casos de procedencia, procedimiento, destino de los bienes (art. 28), *siendo facultad no delegable del Jefe del D.D.F. la propuesta de nulidad, caducidad o revocación de las concesiones* (Reglamento, art. 5\*, frac, IV);  
plazo: prorrogabilidad (art. 29);  
convenios con los Estados y Municipios (art. 30) y regionalización de servicios públicos concesionados(art. 31).

18. **LOS PODERES JURIDICOS EXPRESOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.** A cargo del Gobierno del Distrito Federal (Constitución, art. 73, frac. VI, base 1 a.), el Presidente de la Republica pone de manifiesto, con sus intensas facultades o poderes específicos en materia de servicios públicos del Distrito, la importancia que el ordenamiento federal y local atribuyen a la prestación de los mismos.

*A efectos del ejercicio de sus facultades en esta materia, el Presidente de la República actúa, según los casos, en forma privativa, ó por conducto del Jefe del Departamento ó a propuesta de éste.*

*Primero.* Es facultad privativa del Presidente, la disposición de encomendar la prestación de los servicios públicos mediante concesión limitada y temporal, que se otorga al efecto, a quienes reúnan los requisitos correspondientes (Ley, art. 22, *in fine*).

*Segundo:* A través del Jefe del Departamento, el Presidente otorga a una empresa particular, a fin de que pueda prestar un servicio público, una concesión en la que se contengan tanto las normas básicas que establece la Ley (art.27), como las estipulaciones contractuales que procedan en cada caso (art. 25 párr. 1º).

*Tercero:* En cuatro casos, el Presidente actúa a propuesta del Jefe del Departamento del Distrito Federal: En la decisión de que un servicio público debe ser prestado en colaboración con particulares (art. 24); en el otorgamiento de las concesiones, que se sujetarán al régimen normativo genérico de la Ley (art. 27); en la declaratoria administrativa de caducidad (art. 28), que el Reglamento de 1979 también exige para Fas declaratorias de nulidad o de revocación (art. 5º. fracc. iv); y en la decisión de prórroga del plazo (art. 29).

19. **LAS REGLAS CONSTITUCIONALES, POSTERIORES, DE 1982 Y1983.**Con posterioridad a las normas-que venimos de señalar (*supra*, numerales 8 a 18) el Poder Revisor de la Constitución ha promovido adiciones y reformas a la Regla Fundamental, según decretos publicados en el D.O. de la Federación de 28 dic. 1982 y de 3 feb. 1983.

*El basamento de las reglas resumidas en los numerales anteriores se ha visto así considerablemente conmocionado. Apuntaremos, seguidamente, algunas de las principales disposiciones constitucionales que pasan a presidir el tema en estudio.*

Ellas se refieren a los puntos siguientes: a) El concepto de los cometidos esenciales o "funciones exclusivas en las áreas estratégicas"; b) El concepto del servicio público, cuando deviene insusceptible de concesión y se asimila en su régimen a los cometidos esenciales; c) El rango normativo del régimen de servicio público; d) El régimen legal de las concesiones de servicios públicos; e) Los servicios públicos a cargo de los municipios, por decisión de la Constitución;/) Los servicios públicos a cargo de los municipios, por determinación de las Legislaturas locales;^) La coordinación y asociación intermunicipales, para la prestación de los servicios públicos; h) Los ingresos de los servicios públicos a cargo de los municipios; i) La transferencia de servicios públicos entre colectividades territoriales,

de la Federación a los Estados, y de éstos a los Municipios.

20. *LOS COMETIDOS ESENCIALES O "FUNCIONES EXCLUSIVAS EN LAS AREAS ESTRATEGICAS". El art. 28, párr. 4º, reformado en 1983, establece*

"No constituirán monopolios *las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas* a las que se refiere este precepto: (...) y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión" (subrayados nuestros).

Esta disposición constituye una unidad normativa con el texto del art. 25, párr. 4º igualmente reformado en 1983, que dispone:

*"El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28 párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan".*

La propia Constitución complementa estos preceptos, sustantivos, con un precepto orgánico y con una disposición tradicional pero hora flexibilizada, en materia de restricciones legales a la actividad privada que suprimen la libre concurrencia reservando un giro o prestación para una empresa o grupo de empresas.

En efecto, respecto de *la organización de los cometidos esenciales*, el nuevo texto del artículo 28, párrafo 6º, dispone:

*"El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo (...)".*

Complementariamente, el clásico principio constitucional de lucha contra los monopolios —obviamente referidos a la actividad privada, en régimen de libre concurrencia— se articula con las posiciones relativas a las "funciones exclusivas del Estado en las áreas estratégicas", con el nuevo tenor del primer párrafo del mismo artículo 28:

"En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos (...) *en los términos y condiciones que fijan las leyes*" (el subrayado nuestro indica la "desconstitucionalización" de la prohibición, en particular de los monopolios y que venía desde la Constitución de 1857, cuyo alcance pasa a ser regulado por la ley formal).

21. *EL COMETIDO DE SERVICIO PUBLICO "STRICTO SENSU" DEVIENE COMETIDO ESENCIAL AL PROHIBIRSE SU CONCESION A PARTICULARES.* El párrafo siguiente, el quinto, del mismo artículo 28, reformado con motivo de la nacionalización bancaria por Decreto publicado el 17 nov. 1982 y ratificado

íntegramente por las reformas del 3 feb. 1983, estableció:

"Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo *la prestación del servicio público de banca y crédito*. Este servicio será prestado *exclusivamente por el Estado* (...). El servicio público de banca y crédito *no será objeto de concesión a particulares*".

Lo que distingue a los cometidos esenciales, o "funciones exclusivas en las áreas estratégicas," reside en su identificación con los atributos de la soberanía, reñida con toda concesión. El párrafo quinto que acaba de transcribirse, en mérito a la prohibición de su última frase, convirtió *de jure* al servicio de banca y crédito en un cometido esencial del Poder Público.[Ello hasta las reformas que derogan este párrafo en D.O. 27 jun. 1990].

22. *EL RANGO NORMATIVO DEL REGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO.*- El párrafo décimo del art. 28 reformado, contiene un precepto de alcances quizá insospechados para nuestro tema:

*"La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley".*

23. *LA LEGISLACION DE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO.* Los textos constitucionales de 1983, en su art. 28, párr. 9º, establecen:

*"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".*

*Las disposiciones pertinentes se encontraban ya en la Ley Orgánica de 1978 (supra, numeral 17), sin perjuicio de su posible adaptación a este nuevo "techo constitucional", del cual parece haber prescindido la Iniciativa de 1983 {supra, numeral 2}.*

24. *LOS SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES DE RANGO CONSTITUCIONAL.* Reformado y adicionado el 3 feb. 1983, el clásico art. 115 del Municipio Libre preceptúa, en la primera parte de su fracción 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,"

25. **LOS SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES DETERMINADOS POR ACTO LEGISLATIVO LOCAL.** *En la misma fracción ni del artículo 115 se añade un último literal:*

"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 vigencia respecto de la especialidad institucional de los municipios, esta regla concuerda con el nuevo art. 28, párr. 10° {supra, numeral 22) en cuanto a la exigencia del acto legislativo—aquí estadual, allá federal—para la sujeción de una actividad a régimen de servicio público.

26. **LA COORDINACION Y ASOCIACION INTERMUNICIPALES.** El nuevo art. 115, frac. III párr. 2°, establece:

"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 correspondan".

27. **LOS INGRESOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES.** La nueva fracción IV del art. 115 establece, en lo pertinente:

"IV. Los Municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de (...) en todo caso:

"c) Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo. "Las leyes federales no limitarán la facultad de los Estados para establecer las contribuciones a que se refiere (...) c), ni concederán excepciones en relación con las mismas. Las leyes locales no establecerán exenciones o subsidios respecto de las mencionadas contribuciones, en favor de personas físicas o morales, ni de instituciones oficiales o privadas (...)"

28. **LA TRANSFERENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS ENTRE COLECTIVIDADES TERRITORIALES.** *En la misma línea de robustecer no sólo las bases financieras sino la propia actividad prestacional de las entidades territoriales menores, el nuevo texto reformado y adicionado del artículo 115, de la Regla Fundamental, estatuye:*

"X. La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.

"Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus Municipios a efecto de que éstos

asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior".

29. **LA DOCTRINA JURIDICA CONTEMPORANEA** .La complejidad del derecho positivo que venimos de bosquejar plantea ciertamente múltiples interrogantes al intérprete, las cuales no siempre cuenta con una respuesta unívoca. Trataremos seguidamente de formular algunas consideraciones doctrinales, que nos permitan una relativa sistematización de la materia en estudio.

Para ello, situaremos el concepto de servicio público en el marco de los cometidos del Poder Público (a) y, seguidamente, formularemos algunas puntualizaciones terminológicas (b) respecto de algunas nociones afines, como las de monopolios y libre concurrencia, competencia de principio del Poder Público e inexistencia de un derecho de la actividad privada en dicha materia, exclusividad y preferencia, etc.

30. **EL SERVICIO PUBLICO "STRICTO SENSU" COMO UNA DELAS CATEGORIAS ESPECIFICAS DEL GENERO DELOS 'COMETIDOSDEL PODER PUBLICO**". La desmesura, de la doctrina francesa tradicional, en la utilización del término "servicio público", respecto de todas las actividades del Poder Público en función administrativa, ha llevado a la crisis normativa y doctrinal, respecto no sólo de la propia noción sino también de todas aquellas nociones clásicas del derecho administrativo que la tenían como apoyatura "monista" (cfr. Charles EISENMANN, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique-Sayagués-Laso*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, tomo iv, pp. 419-439; Roland DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, París: Pédone, 1950, 286 pp.; R. CONNOIS, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París: L.G.D.J. 1959, 244 pp.; Alejandro NIETO GARCÍA, "Valor actual de los establecimientos públicos", en *Homenaje a Enrique Sayagués-Laso, ibidem*, t. IV, pp. 1051-1072; Jean Marie AUBY, "Contribution á l'étude du domaine privé", París: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1958, pp. 56 ss.; en contra, perdura —hasta su última edición— la aguda y sistemática defensa del "servicio público", como noción clave del derecho contemporáneo, en André de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, París: L.G.D.J., 4 tomos, 1980). Así han sido severamente cuestionadas las nociones derivadas del "servicio público" en el muy amplio sentido Clásico: establecimiento público, dominio público, función pública, contrato administrativo, responsabilidad por falta del servicio, etc. (

*La gravedad de las consecuencias científicas, no sólo teóricas sino muy especialmente prácticas, de*

semejante <sup>4</sup> "carcinoma doctrinal" han impuesto una "cirugía conceptual": ésta lleva a englobar la totalidad de las actividades de todas las administraciones públicas en el concepto de "cometidos del Poder Público", dentro de las cuales la noción de "servicio público" interpretada así estrictamente, se convierte en sólo una de las cuatro categorías específicas del género "cometidos" (cfr. críticamente a este respecto, León CORTIÑAS-PELÁEZ, "Hacia los cometidos del Poder Público", en ciudad de México: Vivienda, Vol. 12, No. 2, 1987, pp. 316-340, que orienta los desarrollos que siguen).

31. LA NOCIÓN GENERAL DE LOS "COMETIDOS DEL PODER PÚBLICO". También llama- dos genéricamente "servicios" o "actividades", son las tareas concretas, en función administrativa, asumidas por las instituciones públicas para el cumplimiento de los objetivos constitucionales supremos del ordenamiento jurídico objetivo.

Los cometidos del Poder Público comprenden, dentro de su género, a varias especies categoriales que en una sistematización didáctica del derecho positivo mexicano, son las cuatro siguientes', cometidos esenciales, servicios públicos "stricto sensu", cometidos sociales, y cometidos industriales y mercantiles.

Veremos seguidamente estas cuatro categorías específicas, para así visualizar con precisión el concepto de 'servicio público' en nuestro derecho positivo.

32. LOS COMETIDOS ESENCIALES. Constitucionalmente designados desde 1983 como "funciones exclusivas en las áreas estratégicas", los cometidos esenciales son los cumplidos por el Poder Público mediante actos de soberanía, insusceptibles de concesión a particulares, en régimen de derecho público, y respecto de los cuales sus destinatarios tienen calidad de súbditos.

Los cometidos esenciales pueden ser clasificados en dos categorías: los clásicos, inherentes al Estado desde la Edad Media, y los contemporáneos, forjados por las revoluciones económicas y sociales del siglo XX, en nuestro caso por las disposiciones de la Constitución federal mexicana de 1917, con sus adiciones y modificaciones. \*

Ejemplos de los cometidos esenciales clásicos son: la defensa, la seguridad interior o policía de la seguridad, las relaciones exteriores, la hacienda y el crédito público.

Ejemplos de los cometidos esenciales mexicanos desde 1917 son: los energéticos, (petróleo, electricidad, energía nuclear), petroquímica básica, minerales radiactivos, ferrocarriles, la banca de emisión, la acuñación de moneda, puertos,

aeropuertos, la comunicación vía satélite, los correos, los telégrafos, la radio-telegrafía y, desde las adiciones y modificaciones constitucionales de 1982-1983, la programación, el presupuesto y la evaluación del gasto público y, genéricamente, la planeación (Constitución, arts. 25, 26, 28, 73 fracciones XXIX D y XXIX-E, 115 fracciones v y vi).

33. LOS SERVICIOS PÚBLICOS "STRICTO SENSU" O COMETIDOS PÚBLICOS. Se trata de los cometidos asumidos, en principio, directa o indirectamente por el Poder Público, o concesionados por éste a particulares, en régimen de derecho público, y respecto de los cuales sus destinatarios tienen calidad de usuarios.

En este sentido estricto o restringido, los servicios públicos pueden ser ejemplificados, históricamente, por todos aquellos cometidos que han sido, son o pueden ser prestados, total o parcialmente en régimen de concesión: agua, gas, transportes, seguros, fianzas, radio, televisión, minería, teléfonos, banca mercantil múltiple (hasta el 17 de nov. 1982 y desde 1990), etc.; además, la educación primaria, secundaria, normal, y la de cualquier tipo de grado con tal que esté destinada a obreros y campesinos (Constitución, art. 3º, frac. vi). Esta última actividad se incluye en la categoría restringida del servicio público, puesto que la discrecional "autorización expresa del Poder Público", que "podrá ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno", es en verdad una "autorización" puramente semántica y jurídicamente debe ser entendida como un acto de concesión, en el radical sentido del término en derecho administrativo.

34. LOS COMETIDOS SOCIALES. Se trata de las actividades asumidas directamente por el Poder Público, concurrentemente y previa autorización, por los particulares, en un marco jurídico mixto en el cual se entrelazan disposiciones de derecho público con otras de derecho privado y derecho social, y cuyos destinatarios tienen calidad de beneficiarios.

Los cometidos sociales pueden ser ejemplificados por múltiples actividades cumplidas por el Poder Público como por los particulares, éstos previo acto administrativo de autorización, permiso o licencia: educación (en todos los grados, en el régimen de la Constitución liberal de 1857), asentamientos humanos y urbanismo, vivienda, salubridad, seguridad social, niveles de educación especializada y superior no comprendidos en el régimen de servicio público previsto por el artículo 3º de la Constitución, etc.

35. LOS COMETIDOS INDUSTRIALES Y MERCANTILES. Surgidos con posterioridad a la primera guerra mundial e intensamente desarrollados en esta segunda mitad de siglo XX, los cometidos industriales y mercantiles del Poder

Público son los que éste cumple al margen de sus 'funciones tradicionales de derecho público', *en libre competencia con la iniciativa privada*, en régimen predominante de derecho privado de organización como funcionamiento, sometiendo a los particulares a grados variables de control, y cuyos destinatarios tienen calidad de *clientes*.

*Ejemplos de los cometidos industriales y mercantiles* los tenemos en las múltiples facetas recientes del intervencionismo mexicano en el marco de la economía mixta: siderurgia, industria automovilística, ediciones económicas, cinematografía, teatros, textiles, agricultura, agroindustrias, subsistencias populares, forestal, guanos y fertilizantes, petroquímica derivada (intermedia como secundaria), etc.

36. *EN RESUMEN, RESPECTO DEL CONCEPTO POSITIVO DEL "SERVICIO PUBLICO"* Por lo expuesto en los numerales inmediatos anteriores (30-35), *el derecho público mexicano*, en principio, *tiende a utilizar una noción material y estricta* del 'servicio público', ciertamente ajena a la preconizada» muy expansivamente y hoy en plena crisis, por la doctrina francesa clásica de León DUGUIT. El manejo orgánico o institucional del "servicio público", como sinónimo de la mayoría o de la totalidad de las administraciones públicas, puede reputarse excepcional y ajeno a la temática aquí planteada (es el caso, v.g. de la Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, en el D.O. de 31 dic. 1982).
37. *ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLOGICAS DERIVADAS DE LA NOCION ERICTA ADOPTADA.* Ahora bien, la noción así delimitada del servicio público plantea una serie de precisiones terminológicas, respecto de algunos conceptos muy vinculados pero ciertamente diversos.

Formularemos seguidamente algunas puntualizaciones sobre: 38) La actividad privada; 39) la inexistencia de una garantía individual a la organización y ejecución del servicio; 40) La relación entre el servicio público y el monopolio; 41) La relación entre monopolio y concesión; 42) La potestad concedente, las modalidades del clausulado y la cláusula de preferencia en las concesiones; 43) La cláusula de exclusividad; 44) La concesión dotada de monopolio; 45) Un ensayo de clasificación sintética de las concesiones y, finalmente, 46) La autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Para ello, seguiremos los principios de nuestro derecho positivo, atendiendo en buena medida a los criterios esclarecedores de la doctrina, tanto europea como latinoamericana (cfr. Enrique SAYAGUÉS LASO, *La concesión de la C.U.T.C.S.A. Su legalidad*, Montevideo, 1944, pp. 429 ss.).

38. *LA ACTIVIDAD PRIVADA O EMPRESARIAL LIBRE.* En la generalidad de los países occidentales, el intervencionismo del Poder Público es compatible con una esfera de acción de la actividad privada, también llamada 'libre empresa'.

*La actividad pública*, o sea en principio la realizada por el Poder Público —que en el caso mexicano se adjetiva en los tres niveles territoriales, preceptuados por la Constitución (federal, estadual y municipal)— comprende un conjunto variado de tareas concretas o "cometidos", que acabamos sintéticamente de presentar (*supra*, numerales 30 a 35).

*La actividad privada*, es la realizada por los particulares en ejercicio de su libertad individual, la cual es en principio actividad empresarial libre, salvo las limitaciones impuestas por el interés general, y sometida a un control o vigilancia más o menos intensa del Poder Público.

De conformidad con la Constitución de 1917 (art. 5º), "a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos". Por ello, el régimen jurídico mexicano es de libertad absoluta de industria y comercio y, por ende, de *libre concurrencia* entre particulares.

*Las libertades individuales no son absolutas, pues están sujetas a limitaciones fundadas en el interés general (Constitución, art. 25, párr. 2º) y a las modalidades que dicte el interés público (Constitución, art. 25, párr. 6º).*

A menudo, basta reglamentar el ejercicio de la actividad privada: el particular que requiere ejercer tal comercio o tal industria, no necesita pedir autorización previa, pues le basta cumplir y respetar las reglamentaciones vigentes. En otros casos, y por razones de interés público, la intervención del Poder Público es un poco más intensa y se requiere *permiso o autorización administrativos: al otorgarlos, la administración no crea ningún derecho sino que levanta el obstáculo jurídico y permite al particular el ejercicio de su derecho subjetivo, individual y preexistente.*

En resumen, la actividad privada comprendida en la libertad de industria y comercio, constituye una garantía individual, cuyo ejercicio queda librado a la voluntad exclusiva de los particulares, lo cual implica un régimen de libre concurrencia.

39. *INEXISTENCIA DE UNA GARANTIA INDIVIDUAL A LA ORGANIZACION Y EJECUCION DEL SERVICIO PUBLICO.* *La organización y la ejecución de los servicios públicos incumbe, en principio, al Poder Público, en ejercicio soberano de su función administrativa.* Los servicios públicos están regidos exclusivamente por el derecho público y constituyen una misión propia del Poder Público, *cuya*

*administración debe realizarlos por sí misma. No obstante, y excepcionalmente, la administración puede delegar este cometido en un particular, otorgándole concesión de servicio público: pero entonces, cuando el Poder Público no cumple con su deber originario de asegurar por sí mismo la gestión del servicio público, éste sigue siendo una actividad de servicio público, presidida por la soberanía, que ha creado en favor del particular concesionario un derecho que éste antes de la concesión no tenía.*

Reiterando: el acto jurídico que acuerda a un particular la ejecución de un servicio público es *la concesión*, mientras que el acto que permite a un particular la ejecución de un cometido social es *la autorización*. La concesión crea *un derecho antes inexistente* para el particular; la autorización se limita a levantar un obstáculo, que impedía el ejercicio de *un derecho subjetivo preexistente*.

40. **CONTINUACION: OPINIONES DOCTRINALES QUE OPONEN LA POTESTAD SOBERANA DEL SERVICIO PUBLICO Y EL DERECHO PREEXISTENTE DE LA ACTIVIDAD PRIVADA.** Lo expuesto en el numeral anterior es decisivo para el tema en estudio. Por ello, nos permitimos transcribir cuatro opiniones, de celebrados autores de derecho administrativo, sin distinción de nacionalidades (*apud* SAYAGUÉS LASO, *ibídem*, pp. 439-440).

El ilustre Otto MAYER, en su obra clásica, expresaba:

"La concesión presenta un cierto parecido con el permiso de policía de industria. En este último, se trata también de una actividad que el individuo va a ejercer en su nombre y por su cuenta, pero una actividad que, por su naturaleza, *podría ser ejercida en virtud de la libertad natural*; el permiso no hace sino levantar un obstáculo puesto por la prohibición que la policía ha establecido bajo forma de una regla de derecho. La concesión de servicio público, por el contrario, confiere al concesionario algo que *no estaba comprendido en la libertad natural, un poder de accionar derivado del Estado*" (*Le droit administratif allemand*, París, 1906, t. ii, pp. 153-154, subrayados del original).

El maestro de Estrasburgo y de Berlín añadía:

"La esfera de aplicación de la concesión sólo comprende actividades que, tal cual son, no serían accesibles al individuo, por su naturaleza misma y *abstracción hecha de una prohibición especial*: sólo la concesión lo vuelve posible" (*ibídem*, t. IV, P155, subrayados del original).

Guido ZANOBINI, el maestro de la Universidad de Roma, afirma que la concesión de servicios públicos "crea en los particulares un derecho que antes no existía... ampliando la esfera de acción individual" y que tiene "por objeto *conferirles* el ejercicio de *una actividad propia de los entes públicos*" (cfr. L

*'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milano: Giuffrè, 1935, págs. 421 y 422, subrayados nuestros).

Refiriéndose a la naturaleza de los actos de concesión, otro eminente autor italiano se pronuncia concordantemente:

"No puede decirse que la autoridad remueva en las concesiones los límites que disposiciones legislativas han puesto a la actividad por razones de orden público (...); en esos casos, *se sale fuera del campo de actividad propio de cada individuo y se pasa más allá, a una nueva esfera, que el Estado viene a abrirla*; en otras palabras, *se adquiere un verdadero nuevo derecho* (sentido lato) *que el Estado confiere* al particular, y del cual éste no tenía ni siquiera el germen" (RANELLETTI, *Teoría generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1894, pp. 37-38, subrayados del original).

Considerándola una obra capital en la exposición del pensamiento democrático del derecho administrativo alemán, nuestro maestro de París Charles EISENMANN tradujo la obra de Fritz FLEINER, profesor en las universidades de Tubinga y Zurich. En sus *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, el maestro suizo integraba las nociones clásicas del derecho administrativo en el marco liberal y social de la Constitución de Weimar, integración que, obedeciendo a un "derecho administrativo en cuanto derecho constitucional concretizado", le permitió emitir este sustancioso criterio:

Mediante la concesión de servicios públicos, "la autoridad confiere (concede) al particular *un derecho que éste no poseía anteriormente; su esfera jurídica individual se amplía*. Por ello, se califica, acertadamente, a este procedimiento, de concesión por la autoridad (...). Esta concesión se distingue netamente de *la autorización de policía industrial (...)*, que no confiere a quien la obtiene ningún nuevo derecho, sino que simplemente asienta que no existe ningún impedimento policial para el proyecto del demandante" (trad. castellana y subrayado nuestros a la trad. francesa, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París: Delagrave, 1933, 280 pp., pág. 212).

41. **EL SERVICIO PUBLICO Y EL MONOPOLIO: SUS CONCEPTOS ECONOMICO Y JURIDICO.** El carácter común de todo monopolio es la disminución de la libre concurrencia; por lo tanto, *el monopolio se refiere a actividades reguladas por el principio de la libre concurrencia*, es decir, regidas por la libertad de industria y comercio, y *totalmente ajenas a la órbita de los servicios públicos*, y aún más ajenas a la esfera de los cometidos esenciales {*supra*, numeral 20, para el texto de la Constitución federal mexicana, que ejemplarmente aclara que no son monopolios las

“funciones estatales exclusivas en las áreas estratégicas”).

En otros términos, *la idea de servicio público, en sí misma, no tiene nada que ver con la idea de monopolio*, pues ambas se sitúan en dos planos radicalmente distintos. La ejecución de los servicios públicos es un cometido propio y exclusivo del Poder Público: nadie tiene derecho individual a organizar y realizar *los servicios públicos*, pues éstos *se hallan fuera de la esfera de acción propia de los particulares*, en ejercicio de la libertad de industria y comercio, *bajo régimen de libre competencia*. Sólo por una comprensión insuficiente del punto, o por confusión terminológica, podría discutirse si los servicios públicos implican o no monopolio, por cuanto éste supone una actividad ejercida en libre competencia, que no puede existir respecto de aquello.

Veamos un ejemplo, en el marco de nuestra Constitución federal, artículo 115, fracción III, literal a): ¿El servicio público de agua potable y alcantarillado, es un monopolio de la administración? No; se trata simplemente de un cometido comprendido en los fines propios de la administración que, por su naturaleza misma excluye toda intervención de los particulares a título individual, amparados en la libertad de profesión o trabajo (Constitución, art. 5°).

La cuestión requiere un enfoque diferente al de la pregunta que precede. En verdad, la ejecución de los servicios públicos es un cometido propio y soberano del Poder Público y, por naturaleza específica, excluye la actividad privada e individual en ejercicio de la libertad de profesión o trabajo.

Ahora bien, a mayor abundamiento, *conviene distinguir aquí la noción económica y la noción jurídica de "monopolio", que son distintas y perfectamente separables*. La noción económica, por ser más amplia, comprende a la noción jurídica; pero la contraria no es verdadera.

La noción económica de monopolio comprende todas las situaciones en que, por cualesquiera motivos, jurídicos o no jurídicos, *desaparece en los hechos la libre competencia* y queda sólo una empresa o categoría de empresas, en condiciones de suministrar el artículo o brindar la prestación.

Las sutiles gradaciones, concebibles en el concepto económico, se desvanecen al abordar la conceptualización jurídica, que es mucho más precisa y concreta: *hay jurídicamente monopolio cuando una disposición legal prohíbe una actividad privada, suprimiendo la libre competencia*, y reserva su ejercicio directo o indirecto al Poder Público o a una empresa particular.

De este modo, todo monopolio jurídico implica un monopolio en el concepto económico de la expresión; por el contrario, el monopolio económico no siempre supone el monopolio jurídico, pues puede formarse y mantenerse bajo un enfático régimen legal de libre competencia, o sea el monopolio *de hecho* (cfr. Horst EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung /Die Verfassungsrechtsprechung des Supre Court zur Wirtschaftsregulierung* Economía y Constitución —La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en materia de regulación económica—, Karlsruhe: C.F. Müller, 1961, 829'pp.).

42. **MONOPOLIO Y CONCESION DE SERVICIO PUBLICO.** *Partiendo de las precisiones anteriores sobre los conceptos, respectivamente, de servicio público en sentido estricto, y de monopolio, puede sí señalarse la posibilidad de la existencia de servicios públicos que gocen de un monopolio. Pero inclusive en esos casos, "servicio público" y "monopolio" continúan siendo conceptos independientes.*

A este respecto, conviene señalar dos casos típicos de posibles equívocos:

En primer lugar, es concebible que un servicio público pueda tener, a veces *un monopolio en sentido jurídico*, y ello con el propósito de proteger el servicio y asegurar su funcionamiento. Así, tenemos el servicio público municipal de alumbrado (Constitución art. 115, fracc. m, literal b). No existiendo monopolio, cualquier persona puede producir, por sí, la luz que consume en su casa o negocio. Los particulares no pueden organizar el servicio público de alumbrado, y tampoco ejecutar el cometido esencial de generación de energía eléctrica, que tenga por objeto la prestación del indicado servicio público (Constitución, art. 27, párr. 6°, *in fine*). Pero si, además de estos cometidos del Poder Público, se prohibiera toda generación lumínica por particulares, aunque ésta no tuviera por objeto la prestación de un servicio público, esta prohibición implicaría un monopolio de la generación de luz, que vendría a limitar, por ejemplo, a ciertas grandes empresas, grandes consumidores de energía eléctrica, que podrían tener interés en la libertad de su generación, al margen del servicio público de alumbrado municipal.

En segundo lugar, es concebible *un servicio público acompañado*, por sus mismas exigencias financieras y técnicas, *de un monopolio de hecho*. En estos casos, el servicio público no goza de monopolio jurídico, pero es el único capaz de brindar a los particulares la prestación en condición favorable, pues no hay posibilidad económica de que surjan empresas competidoras y la producción individual es inconveniente. Este monopolio de hecho surge necesariamente en los servicios públicos deficitarios



por naturaleza o por razones de interés general (tarifas bajísimas), como lo es, por ejemplo, el transporte subterráneo en la capital de la República Mexicana. Aunque no existiera monopolio, la administración pública federal sería la única que atendería el servicio, porque las pérdidas que origina su explotación excluyen de hecho la presencia de la actividad particular o libre empresa. Aparece, entonces, el monopolio de hecho.

Ahora bien, si servicio público y monopolio son conceptos diferentes, aunque puedan coexistir, *también la idea de monopolio es ajena a la concesión de servicio público.*

En efecto, el concesionario de servicio público realiza una actividad que constituye un cometido propio y soberano de la administración, extraño a la actividad privada o empresarial libre (*supra*, numerales 38 a 40), ejercida en el marco de la libertad de industria y comercio.

*La concesión puede ir acompañada de un monopolio*, al igual que puede suceder con los servicios públicos ejecutados directa o indirectamente por la administración; *y la concesión puede existir también sin ningún monopolio.* En este último caso, los particulares siguen libres en la esfera de acción que les es propia pero no pueden cumplir, por su sola voluntad, el mismo servicio público que explota el concesionario, porque nadie tiene derecho subjetivo a organizar y a hacer funcionar los servicios públicos (*supra*, numerales 39-40).

43. LA POTESTAD CONCEDENTE, LAS MODALIDADES DEL CLAUSULADO Y LA CLAUSULA DE PREFERENCIA EN LAS CONCESIONES. En ejercicio de su soberanía y de su potestad de principio para regular la organización y ejecución de los servicios públicos, *el Poder Público tiene amplias facultades para determinar las condiciones de otorgamiento de la concesión.* Por lo tanto, el otorgamiento de una concesión puede revestir diversas modalidades, tanto en cuanto al número de los concesionarios, como a las cláusulas de creciente protección —no sólo del interés general sino del interés del concesionario— que la administración pública puede incorporar al texto correspondiente.

Por supuesto, rigen las facultades del Departamento del Distrito Federal y las reglas genéricas previstas en la Ley Orgánica (*supra*, numeral 17). Pero ese régimen estatutario suele o puede complementarse con otras disposiciones.

*En primer lugar, en cuanto al número de concesionarios*, la administración puede otorgarla concesión a sólo una persona, se estima que en esa forma el buen funcionamiento del servicio público está asegurado; pero, discrecionalmente, puede

otorgar ulteriores concesiones a otras empresas, para que actúen en competencia con el primer concesionario. Es decir, que *el concesionario de un servicio público puede actuar solo o en competencia con otro concesionario; pero* inclusive en este último caso, los concesionarios competidores *no se bailan en régimen de libre concurrencia*, regido por la libertad de industria y comercio, sino que la simultaneidad en la concesión del *mismo* servicio a varios particulares es un medio utilizado por la administración para obtener los objetivos supremos postulados por el régimen de servicio público (cfr. DE VALLES,<sup>4</sup> "I servizi pubblici", en Vittorio Emmanuele ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1.1, 1924, p. 70).

*En segundo lugar, en cuanto al clausulado de las concesiones*, como la generalidad de los servicios públicos requieren la inversión de grandes capitales y un plazo prolongado de explotación, los concesionarios solicitan y la administración suele o puede aceptar, ciertas estipulaciones que los protegen, al punto que son rarísimas las concesiones que no tienen en mayor o menor grado, estas cláusulas o privilegios especiales.

*La tradicional exención de impuestos*, que fuera muy frecuente en el derecho comparado de las concesiones durante el siglo XIX, *se encuentra hasta 1983 expresamente prohibida por la Constitución federal mexicana de 1917*, prohibición cuya flexibilización por la jurisprudencia posterior nunca se ha referido a estas "cláusulas leoninas", justamente abominadas por el Constituyente de 1916-17, luego de las abusivas transacciones realizadas, durante el Porfiriato, con la potestad tributaria soberana. Por el contrario, otras cláusulas siguen pareciendo conformes con nuestra legislación y práctica administrativas: el compromiso de *no otorgar situaciones más favorables* a nuevos concesionarios, para evitar una competencia desleal por éstos; y *aún* la más efectiva protección del concesionario, mediante *cláusulas que atenúan o limitan la facultad de la administración* para otorgar nuevas concesiones competitivas.

*La cláusula de preferencia* tiende a incluirse frecuentemente, en este último sentido, en el pliego de condiciones de la concesión. Para evitar las desagradables sorpresas que podrían surgir de una cláusula que simplemente obligara a la administración a no otorgar concesiones con mayores ventajas a nuevos concesionarios, *la administración acuerda al primer concesionario más antiguo, un derecho de preferencia frente a las nuevas empresas, siempre que estén en igualdad de condiciones*, cuando la administración considere necesaria la renovación, ampliación o exención del servicio.

La cláusula de preferencia importa una limitación de las potestades de la administración, algo más acentuada que la simple cláusula de no otorgar situaciones más favorables a nuevos concesionarios.

Ahora bien, *ni el compromiso de no otorgar situaciones más favorables, ni el derecho de preferencia en igualdad de condiciones, limitan totalmente la facultad administrativa de provocar una cierta competencia* para la prestación de un mejor servicio. *En el primer caso*, porque la administración conserva intacta su libertad para otorgar concesiones competitivas, con la sola limitación de no crear situaciones más ventajosas para los nuevos concesionarios. *En el segundo caso*, porque el concesionario protegido por la preferencia está necesariamente obligado a la aceptación de todas las exigencias de la administración, que le impongan las mejores condiciones posibles obtenibles de terceros, potencialmente competidores.

Ahora bien, en este panorama sintético de las nociones vinculadas con la prestación del servicio público, y respecto de estas cláusulas de protección al concesionario, llegamos a la cláusula que, sin otorgamiento paralelo de monopolio, reúne los elementos de máxima protección para los intereses del concesionario, es decir, la concesión con cláusula de exclusividad.

44. **LA CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN LAS CONCESIONES.** Mediante la cláusula o privilegio de exclusividad, la administración se obliga a no otorgar nuevas concesiones concurrentes. Esta cláusula importa una intensa limitación, de los poderes jurídicos de la administración concedente, asumida voluntariamente en el acto de concesión.

La cláusula de exclusividad configura un compromiso formal, de abstenerse de toda medida tendente a favorecer la competencia contra el concesionario; *ella no limita empero* las demás facultades de la autoridad frente al propio concesionario y, en particular, *la potestad soberana de constante reorganización del servicio público*, para adaptarlo permanentemente a las cambiantes necesidades públicas (cfr. Gastón JÉZE, *Les principes généraux d'el droit administratif*, París: Sirey, 6 vols. 1924-1936, en el t. III, p. 381).

Estas precisiones nos permiten comparar la eficacia de la cláusula de exclusividad, con las modalidades del numeral anterior.

Obviamente, *mientras una concesión simple se limita a delegar la potestad soberana* respecto de la explotación del servicio público, *sin condicionar en absoluto a la autoridad* concedente respecto del otorgamiento de beneficios exorbitantes al concesionario; por el contrario, *la concesión con cláusula de exclusividad acuerda* al concesionario

*una ventaja decisiva, al prohibir a la administración el otorgamiento de concesiones competitivas*, que podrían perjudicar a la empresa, mediante la alteración del equilibrio financiero de la concesión.

La cláusula de exclusividad confiere al concesionario una posición más eficazmente protegida que la atribuida al *dotado de la cláusula de preferencia*. Este último *estará siempre sometido a la competencia virtual* de oferentes que mejoren o pretendan mejorar las condiciones de prestación del servicio, cuyas exigencias tendrá constantemente que igualar si aspira a mantenerse como concesionario; por el contrario, *la concesión con cláusula de exclusividad libera al concesionario del hostigamiento de todo posible competidor*, pues la autoridad está impedida de otorgar nuevas concesiones.

45. **LA CONCESION DOTADA DE MONOPOLIO.** Por el acto de concesión, la administración puede operar una autolimitación de sus facultades o poderes jurídicos al aceptar *una cláusula de exclusividad*, la cual *no limita* formalmente a *la actividad privada*.

Según vimos al puntualizar las relaciones entre el servicio público y la noción de monopolio (*supra*, numeral 41), *el monopolio* en sentido jurídico *implica formalmente una limitación de la actividad privada*, pues ésta deviene vedada en una esfera que estaba enmarcada en la plenitud de la libertad de industria y comercio.

Ahora bien, en esta gradación de creciente protección de los intereses del concesionario, puede también imaginarse, teórica y prácticamente, una acumulación del acto *administrativo* de concesión con el acto *legislativo* (Constitución, art. 28, la. frase, *in fine*) constitutivo de un monopolio; es decir, la concesión con cláusula de exclusividad pudo quizá forjar un monopolio *hecho*, pero la protección absoluta de los intereses del concesionario sólo se logra mediante un monopolio *de derecho*, que implica la supresión de toda actividad concurrente en la materia concesionada, supresión que requiere el rango de la ley formal pues implica una limitación de la libertad de industria y comercio.

46. **CLASIFICACION SINTETICA DE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PUBLICO,** En atención a lo expuesto (numerales 42 a 45, *supra*) puede intentarse una tipología empírica de las concesiones. Ella, enunciativamente, comprendería las siguientes:

*Primera:* La concesión *simple y unipersonal*, cuando se otorga a una única persona individual o colectiva, limitándose la administración a delegar la gestión del servicio público, sin acordar beneficios esenciales y en régimen de competencia potencial con nuevos concesionarios.

*Segunda.* La concesión *simple y pluripersonal*, cuando se otorga a dos o más personas individuales o colectivas, limitándose la administración a delegar la gestión del servicio público, sin acordar beneficios especiales, en régimen de competencia potencial con nuevos concesionarios y utilizando la competencia real entre los actuales adjudicatarios para los fines superiores del servicio.

*Tercera.* La concesión *con ventajas económico-financieras*, como ser: eventuales exenciones tributarias desde 1983 "en los términos y condiciones que fijan las leyes" (Constitución, art. 28, párr. 1 la. frase), subsidios otorgados "a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación" (Constitución, art. 28, párr. 11°), estímulos fiscales (Código Fiscal de la Federación vigente desde el 1º ene. 1983, art. 25), garantías de intereses, etc.

*Cuarta.* La concesión *con la cláusula de no otorgamiento de situaciones más favorables a otros concesionarios*.

*Quinta:* La concesión *con cláusula de preferencia*, en favor del primer concesionario, en igualdad de condiciones frente a las nuevas empresas.

*Sexta:* La concesión *con cláusula de exclusividad*, por la cual la administración se auto limita, obligándose a denegar toda nueva concesión para el mismo servicio ya concesionado.

*Séptima:* La concesión *dotada de monopolio*, "en los términos y condiciones que fijan las leyes" (Constitución, art. 28, párr. 1º., 1a. frase).

*Al cabo, procede puntualizar que, como surge de la historia del primer párrafo del artículo 28 constitucional, parece difícilmente imaginable en derecho público mexicano que, por acto legislativo del Congreso de la Unión, pueda interpretarse el nuevo texto de 1983 como permisivo de exenciones de impuestos y/o de monopolios respecto de concesiones de servicio público.*

47. **LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESION.** El derecho público mexicano, radicalmente presidencialista, no podría ser interpretado en este punto a la luz del derecho comparado.

Para tener más clara la afirmación precedente, valga aquí *una mirada al derecho comparado*. Como nuestra Constitución federal no encara la hipótesis de concesiones a nivel nacional desde un punto de vista orgánico, nos referimos solamente a las concesiones *locales* de servicios públicos.

En derecho francés, si la intervención del Legislativo nacional es indispensable en las concesiones de servicios nacionales, igualmente es el órgano legislativo municipal quien otorga las concesiones de servicios públicos municipales (cfr.

André de LAUBADERE, *Traite, ibidem*, 1.1, p. 170, ed. 1980).

*En derecho angloamericano*, aunque no existe un régimen municipal uniforme, se admite que las colectividades municipales necesitan autorización expresa de la legislatura local para otorgar concesiones de servicios públicos locales (ROWE, *El gobierno de la ciudad*, Madrid: Reus, 1914, p. 138).

*En derecho argentino*, las soluciones son muy similares a las de los Estados Unidos de América. En cuanto a los servicios públicos, declarados municipales por acto legislativo provincial, los municipios tienen facultades discrecionales para su organización: pueden pues optar, por la realización del servicio público ejecutado directamente por la administración pública o, mediante delegación de su potestad, transfiriendo la ejecución a un concesionario (Rafael BIELSA, *Principios de régimen municipal*, Buenos Aires: El Ateneo, 1940, p. 209).

*En derecho de la República Oriental del Uruguay*, la Constitución nacional atribuye al órgano legislativo departamental el otorgamiento de las concesiones para servicios públicos, locales o departamentales (Constitución de 1967, art. 273, 8º). Esa facultad se encuentra limitada, únicamente, por la prohibición de las concesiones a perpetuidad y por la competencia del Ejecutivo departamental, respecto del establecimiento y vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias (Constitución, art. 51).

Importan estos señalamientos sumarios de derecho comparado para descartar la vigencia, en este punto, de la doctrina extranjera en *el derecho positivo mexicano*. En efecto, es *facultad privativa del Presidente de la República la disposición de encomendar la prestación de los servicios públicos mediante concesión* (Ley Orgánica de 1978, art. 22, *in fine*), otorgamiento que el Ejecutivo Federal realiza a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal (Ley, art. 27, párr. 1º). Anteriormente hemos señalado los intensos poderes jurídicos atribuidos al Ejecutivo en esta materia (*supra*, numeral 18).

### **III. LA ESPECIALIDAD INSTITUCIONAL Y DOCTRINA DE LAS FACULTADES EXPRESAS.**

48. **DOS PRINCIPIOS: LA JURIDICIDAD Y LA BUENA ADMINISTRACION.** En derecho público mexicano, los órganos públicos y en general las administraciones públicas constituidas con personalidad jurídica o por un patrimonio de afectación (fideicomisos), están regulados por un régimen de facultades expresas, de origen

constitucional o legislativo. Queremos decir que, respecto de la competencia *ratione materiae* que les ha sido impartida por el ordenamiento positivo, nuestras administraciones tienen únicamente las facultades o poderes jurídicos que les han sido expresamente conferidos por un texto habilitante.

En otros términos, una cosa es el manejo razonablemente discrecional que realice la administración concreta respecto de la materia en la cual el ordenamiento la ha "especializado" (*especialidad institucional*), y otra cosa son las facultades o poderes específicos de acción que tenga respecto de esa especialidad.

Sintéticamente, veremos a continuación cómo la *interpretación rígida de las facultades contrasta con la amplitud y flexibilidad relativas del principio de la especialidad*. En verdad, mientras el régimen de las facultades o poderes jurídicos expresos está estrictamente dominado por la regla jurídica, la especialidad institucional configura un principio de buena administración, situado dentro de los márgenes de la razonabilidad, de la conveniencia o mérito.

49. EL REGIMEN DE LOS PODERES O FACULTADES EXPRESOS. *Estamos aquí en el campo de la capacidad (Roger BONNARD, Précis de droit administratif, París: Sirey, 1943, p. 319 ss.) y ésta, referida a la actividad jurídica de las instituciones, consiste en la determinación de los poderes o facultades jurídicas que pueden ser ejercidos para el cumplimiento de la especialidad (conjunto de cometidos, supra, numeral 30) atribuida por el ordenamiento objetivo.*

Señalaremos seguidamente algunos textos generales que confirman, en derecho constitucional mexicano, que toda institución pública sólo tiene una 'zona de facultades', limitada y precisa, en un marco de texto habilitante expreso.

50. EL REGIMEN DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL Refiriéndose a su titular, la Constitución prescribe:

"Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

"Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia;" XX. Las demás que le confiere *expresamente* esta Constitución" (art. 89).

La Constitución confiere, en presente de indicativo y a texto expreso, sus facultades y obligaciones al Presidente. El titular del ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión (Constitución, art. 80) no tiene "la facultad de las facultades", como diría la doctrina alemana. Por el contrario, *el Ejecutivo Federal sólo tiene las facultades y obligaciones que le confiere la Constitución*, puesto que el titular de la atribución de

poderes o facultades jurídicos no es el Ejecutivo sino el Constituyente (Constitución, art. 135).

En un régimen presidencial como el federal mexicano, las unidades administrativas y los órganos desconcentrados que colaboran con el Presidente, en el despacho de los negocios que incumben al Ejecutivo, sólo podrán asumir y ejercer las facultades o poderes jurídicos que sean susceptibles de serles distribuidos. En otras palabras, *las "partes" únicamente pueden tener porciones de la capacidad del "todo"* por lo cual unidades administrativas y órganos desconcentrados sólo pueden asumir las facultades y obligaciones que la propia Constitución confiere, para su ejercicio concentrado o distribuido, al Presidente.

En consecuencia, la Ley Orgánica que distribuya los negocios entre las secretarías y demás unidades administrativas y órganos desconcentrados del Ejecutivo, sólo podrá atribuir a éstos, 'sectores de las facultades o poderes previamente conferidos como un todo por la Constitución al Presidente'.

Una disposición que distribuyera facultades y obligaciones ajenas, a las expresamente conferidas al Ejecutivo, sería groseramente contraria a la doctrina de la Constitución. En aplicación del mismo principio, el Presidente de la República no puede "proveer a la exacta observancia de las leyes", mediante actos-regla subordinados (v.g. reglamentos, decretos, acuerdos) que vulneren la distribución de facultades establecida por la Ley Orgánica.

- 50bis. EL REGIMEN DE LOS PODERES LEGISLATIVO Y JUDICIAL. Podría pensarse que el principio de las facultades expresas rige sólo para las unidades administrativas, órganos desconcentrados e, inclusive, entidades de la administración pública paraestatal (cfr. arts. 90, 92 y 93). En verdad, y puesto que *se trata de una doctrina constitucional válida para el funcionamiento de todo tipo de órganos públicos*, no es extraño que también la Constitución federal la recoja respecto de los otros Poderes de la Unión, ya que tanto el Legislativo como el Judicial son imputables de actos materialmente administrativos, cuya edicción requiere el ejercicio de poderes o facultades específicas (por ejemplo, nombramiento, destitución, acuerdo de licencia, aumento o disminución de dotaciones, aceptación de renuncia, fiscalización del desempeño de un órgano sometido a su vigilancia, autorizaciones, aprobaciones, ratificaciones, declaratorias, etc.).

Para una mejor globalización de este enfoque, indicaremos tres reglas constitucionales pertinentes, respectivamente relativas al Congreso de la Unión, al Senado y al Poder Judicial.

51. **LAS FACULTADES DEL PODER LEGISLATIVO FEDERAL** La fracción XXX del artículo 73 dispone:

"El Congreso tiene facultad:

"XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas *las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución* a los Poderes de la Unión".

Con carácter genérico se encierra la esfera de poderes y facultades de *todos* los Poderes de la Unión, en el marco de lo concedido por la Constitución. Toda la facultad que escape al marco empero flexible (doctrina de las potestades implícitas o *implied powers*) de este precepto, será inconstitucional.

52. **LAS FACULTADES PRIVATIVAS DELA CAMARA ALTA.** La fracción X del artículo 76 establece:

"Son facultades exclusivas del Senado:

"X. Las demás que *la misma* Constitución le atribuye".

53. **LAS FACULTADES DE LOS ORGANOS DEL PODER JUDICIAL FEDERAL.** El párrafo 4º del artículo 94, preceptúa:

"*La competencia de la Suprema Corte, (...) las atribuciones de los ministros, (...) se regirán por esta Constitución y lo que dispongan las leyes*".

Vemos, finalmente, que también los órganos titulares de la función jurisdiccional de principio se rigen por el régimen de los poderes o facultades expresas, determinados, sea por actos-regla supremos, sea por actos-regla subordinados.

54. **RESUMEN DE LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCION.** En mérito a los numerales que anteceden {*supra*, 49-53}, cabe apuntar los siguientes principios del derecho público mexicano, sobre las facultades o poderes jurídicos de sus órganos:

1. *Los órganos públicos tienen facultades o poderes limitados a texto expreso*, y éstos requieren, para su ejercicio, de un acto constituyente, o legislativo subordinado, preexistente.

2. *La administración pública federal*, tanto sus dependencias centralizadas y jerarquizadas como sus entidades paraestatales coordinadas, *carece de la facultad de determinar el número y la intensidad de sus propios poderes o facultades jurídicos*. Ni el Presidente, ni las Secretarías ni los Departamentos, ni los órganos desconcentrados ni las entidades paraestatales, tienen la llamada "facultad de las facultades". Esta es privativa del Constituyente.

3. *En particular, las Secretarías del Despacho y los Departamentos Administrativos, tanto en sus unidades administrativas como en sus órganos desconcentrados, sólo participarán en las facultades y obligaciones del Ejecutivo Federal, en la parte y con los alcances que*

*sean determinados por una Ley (Constitución, art. 90), que distribuirá los negocios a su cargo.*

4. Toda atribución de derechos y obligaciones, exige un acto-regla, habilitante y específico. *La ley no puede habilitar una 'porción de facultades o poderes' contraria a la Constitución*; los actos administrativos de ejecución, incluso mediante disposiciones de carácter general (reglamentos, decretos, acuerdos), tampoco pueden habilitar una "porción" 'contraria a la Ley formal, a la que están directamente subordinados.

5. *Todas las unidades administrativas y órganos desconcentrados*, tanto centralizados como paraestatales, *están orgánicamente especializados* en su "respectivo ramo o actividad" (Constitución, arts. 92 y 93). Sólo para éste ("negocio concerniente ") son titulares de derechos y obligaciones y están dotados de facultades o poderes jurídicos para su ejercicio o cumplimiento.

Ahora bien, este último principio ya nos está llevando, como de la mano, a la consideración del *objetivo para el cual son conferidos facultades y poderes, es decir, la materia o especialidad* propia de la institución considerada.

55. **LA ESPECIALIDAD INSTITUCIONAL.** Roger BONNARD, con cuya cita principiáramos este capítulo {*supra*, numeral 49), tiene el gran mérito científico de haber deslindado la capacidad, respecto de la especialidad institucional.

*La especialidad, institucional u orgánica, se identifica con la competencia ratione materiae y designa la materia o conjunto de cometidos (supra, numerales 30-36) atribuidos a la institución u órgano, para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.*

*Los autores de derecho administrativo que se han ocupado de este problema motivan el principio de la especialidad, sea en la afectación especial del patrimonio institucional a uno o varios fines determinados (cfr. Louis ROLLAND, Précis de droit administratif, París: Dalloz, 11a. ed., 1957, p. 236), sea en la actividad misma de la institución, que está limitada al servicio o servicios públicos que tiene la misión de administrar, por lo cual no puede emplear su patrimonio para fines diversos (cfr. André de LAUBADÉRE, Traité de droit administratif, 1.1, 1980, p. 208).*

En la evolución doctrinal pueden señalarse dos épocas, sin perjuicio de detenernos después en las concepciones, civilistas como administrativistas, que contemporáneamente preconizan una moderada y aún considerable expansividad de la especialidad institucional u orgánica.

56. **LAS TENDENCIAS MÁS ANTIGUAS.** Las tendencias doctrinales del siglo XIX y comienzos del siglo XX responden a dos posturas fundamentales

respecto de los hoy llamados "cometidos del Poder Público".

Una primera tendencia, que podríamos identificar en derecho mexicano con la concepción liberal de la Constitución de 1857, encarna la *hostilidad individualista a los 'cuerpos morales'* por motivos de defensa social contra los bienes de "manos muertas" y de prevención contra el desarrollo de los establecimientos religiosos. Esta tendencia *coincide*, en la doctrina francesa, con la *teoría de la ficción de las "personas morales"*, las cuales no tienen ningún derecho propio por su naturaleza. —derechos intrínsecos exclusivos de la persona física— sino derechos surgidos de la ley, necesariamente limitados, pues son concedidos y no son derechos naturales (cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruselas-París, 1878, 3a. ed., t. I, pp. 369 ss.; Thomas DUCROCQ, *Cours de droit administratif, et de législation française des finances*, París: Dunod, 7a. ed., 1905, t.VI, págs. 52, 107, 113 ss.).

Una segunda tendencia, más amplia y tolerante, tiende a favorecer la expansión, benéfica para la sociedad, de los cometidos del Poder Público atribuidos a una multitud de dependencias y entidades encargadas de vastas misiones sociales, de acuerdo con una nueva concepción, solidarista, de los fines estatales (cfr. Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, París: Sirey, 11a. ed., 1927, pp. 931-932).

57. *FLEXIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD INSTITUCIONAL: LA DOCTRINA DOMINANTE.* Ahora bien, esta segunda tendencia introduce los lineamientos de la actual doctrina dominante, por lo que trataremos de presentar seguidamente los mismos, tanto en autores de derecho privado (58) como en autores de derecho público (59).
58. *LA DOCTRINA DE DERECHO PRIVADO.* En sus planteamientos convergen autores europeos y latinoamericanos, que importa presentar aquí someramente, sin distinción de nacionalidades.

La doctrina italiana reivindica la diferencia existente entre capacidad y especialización. Rechazando la doctrina francesa de la ficción (*supra*, numeral 56), sostiene que *a falta de restricción expresa, la institución* (la persona jurídica) importa no sólo la plena capacidad para todos los derechos patrimoniales, sino que *nunca queda encerrada en el campo de lo estrictamente necesario a la persecución de su objeto*. No sólo gozan de derechos y pueden entrar en relaciones que trasciendan su esfera patrimonial sino que, también en el comercio jurídico, *tienen una elasticidad de movimientos que los asemeja a las personas físicas*. El objeto es, ciertamente, el motor interno que dirige su actividad, pero no es medida de su personalidad, no encierra

los límites dentro de los cuales su vida se desarrolla y fuera de los que se desvanece como sombra. Las personas jurídicas son reales y capaces, aunque trasciendan o traicionen su objeto.

*Salvo que una expresa disposición legal limite su capacidad, la persona jurídica puede hacer, no sólo lo que la ley le concede, sino también aquello que ley no prohíbe.* Y es obvio qué lo dicho para las instituciones con personalidad, es aplicable a las instituciones dotadas de patrimonio sin personalidad, dotadas empero de subjetividad (cfr. *supra*, las consideraciones concordantes de GARCIA TREVIJANO FOS, numeral 7, *in finé*).

De estos conceptos, surgen dos consecuencias de gran importancia.

La primera, que el principio de la especialización no implica propiamente una cuestión de incapacidad, sino de buen orden administrativo que se hace respetar por vías de tutela y de control, pero que escapa a las acciones jurisdiccionales de particulares, ajenos a las relaciones jurídicas internas de una administración. La sanción de tal principio sería interna pero nunca externa; sería la negativa a la autorización previa o a la aprobación posterior, cuando fueran necesarias, o la responsabilidad político-administrativa, pero nunca la nulificación jurisdiccional del acto.

La segunda, puesto que el principio de la especialidad institucional no implica una cuestión de incapacidad, sino de buen orden administrativo, debe ser interpretado con amplitud (cfr. GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 1.1, pp. 296-297, 3a. ed. de 1913, *apud* AMEZAGA, *infra* Francesco FERRARA, *Teoría delle persone giuridiche*, 1929, pp. 846, 877). Una transcripción de FERRARA tiene, en este sentido, esa síntesis de teoría y práctica que sustenta el verdadero rigor científico:

"No se crea que el cuerpo moral no puede desarrollarse ni *extender su esfera de actividad, implicándola a nuevos objetos, ampliarse y renovarse según los tiempos y las necesidades sociales*; la especialización es un criterio político a aplicarse con fuerza y benevolencia, con iluminada libertad, *si no se quiere al fin de cuentas hacer víctima de un estrecho rigorismo al interés público*" (*ibidem*, p. 877).

Estos conceptos de los ilustres maestros de las universidades de Roma y Pisa, han sido prolijamente adoptados y prolongados por un eminente civilista de la Universidad de Montevideo, quien destaca que *al abandonarse la doctrina de la ficción y adoptarse la teoría "de la realidad de las personas morales" se destruyó la identidad entre el problema de la capacidad y el principio de la especialización, identidad que aún hoy domina en los derechos inglés*

y angloamericano, donde toda institución (persona moral) es incapaz de realizar cualquier acto que estrictamente no se encuentre dentro de sus fines y, si lo realiza, es ilícito y nulo.

En concreto *la interpretación estrecha de las cláusulas estatutarias no es legítima*. Es muy difícil comprender en una regla todos los casos que pueden presentarse, pero puede afirmarse desde ya que *todos los actos necesarios y aún útiles, para la gestión de los fines de una institución, pueden ser válidamente realizados*. No hay razón para aplicar con más severidad, a las personas de derecho público que a las de derecho privado, el principio de la especialización. Para decirlo con un par de ejemplos: no puede discutirse el derecho de una administración a vender una mercadería cualquiera, recibida en pago de manos de un deudor; es igualmente indiscutible la legitimidad de las operaciones realizadas por una dependencia o entidad administrativa, por encargo de otra, aunque ello rebase su especialidad estatutaria, recordándose que un banco de emisión asumió el control de cambios y hasta la colocación mercantil de saldos exportables de trigo en el exterior, mientras que una administración de "combustibles, alcohol y cemento" asumió negocios en materia de carbón y se vio reconocida competencia para la fabricación de insecticidas; finalmente, respecto de esta última administración, son operaciones típicamente legítimas las de aprovechamiento de los subproductos, dejados por la fabricación de los productos que integran el giro principal (cfr. los dictámenes incluidos en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de Juan José AMEZAGA*, Montevideo: Facultad de Derecho, 1958, 650pp., esp. 355-365).

59. LA DOCTRINA DE DERECHO PÚBLICO. Aquí también convergen los criterios de la doctrina europea.

Maurice HAURIOU, el ilustre decano de Tolosa y constructor de los cimientos mismos del derecho administrativo contemporáneo, sostiene que el principio de la especialidad no tiene sino el carácter de una regla de policía administrativa; que no debe considerarse como una regla de derecho civil que se haga sentir hasta sobre la capacidad para ser instituido. Este principio estaba dirigido en el siglo XIX contra el incremento de los bienes eclesiásticos y perderá importancia con la desaparición de los establecimientos del culto:

"Es un principio de orden, seguramente, pero de un orden un poco rígido, que se adapta mal a las necesidades de la vida." (cfr. *Précis*, *ibidem*).

La especialidad es una regla ajena al derecho, es una regla de simple oportunidad o conveniencia, aplicable por la autoridad jerárquica o de tutela en el

marco de una buena administración, regla de razonabilidad o mérito que no afecta con su violación la capacidad jurídica de la institución. En este sentido, León MICHOUÏ sostiene (refiriéndose a liberalidades ajenas a la especialidad de la institución beneficiaria) que no hay principio jurídico que se oponga a la gestión, por un organismo dado, de un patrimonio anexo (cfr. *infra*, numerales 64-66), afectado a un fin diverso del primitivo; por ello, se pronuncia por el carácter puramente administrativo de la regla de la especialidad, puesto que el tutor administrativo (y, con mayor razón el superior jerárquico, acotamos nosotros), puede admitir la anexión de servicios públicos accesorios al servicio público principal y por razones de conveniencia, las cuales serían rechazadas por la consideración estrictamente normativa de un juez. El ilustre autor, a quien citamos en su tercera edición realizada conjuntamente con el maestro Louis TROTABAS, condena la interpretación "estricta y judaica" de los estatutos, que impediría a las instituciones (personas morales) que no pueden modificar por sí mismas su fin, la adaptación al medio social, obliterándoles satisfacer necesidades nuevas imprevistas:

"No parece deseable, principalmente, impedir a los establecimientos públicos, aún con su patrimonio, agregar a su objeto primitivo, objetos accesorios, vinculados más o menos directamente a su misión principal y no comprendidos en la competencia de ningún otro establecimiento público" (La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, París: L.G.D.J., 1932, pp. 180-181).

Otros eminentes autores, siguiendo formalmente otras posturas civilistas aquí omitidas por razones de brevedad (cfr. Henri CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, París: Sirey, 5a. ed., 1929, esp. pág. 233; Marcel PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 4a. ed., refundida y completada por Georges RIPERT y Jean BOULANGER, París: L.G.D.J., t. III, 1951, pp. 1102-1104), sustentan también la tesis de que el principio de la especialidad constituye una mera regla de policía administrativa, que no puede llegar a determinar la anulabilidad jurisdiccional porque no es una regla de derecho (cfr. BENOIST, Les dons et legs à personnes morales et le principe de la spécialité, París: Sirey, 1938, pp. 43-53; Roland MASPETIOL y Pierre LAROQUE, La tutelle administrative, París: Sirey, 1930, pp. 69-80).

60. EN SINTESIS: FACULTADES EXPRESAS Y ESPECIALIDAD RAZONABLE.-De lo expuesto en los numerales que preceden (*supra*, 48-59), podemos concluir, provisoriamente, con las siguientes proposiciones:

Primera: Las facultades o poderes jurídicos de las instituciones públicas requieren texto legal expreso habilitante, el cual debe interpretarse restrictivamente.

*Segunda-* Las facultades o poderes jurídicos expresos son conferidos para el cumplimiento de los cometidos atribuidos a la institución administrativa por su acto de creación;

*Tercera-* Esta especialidad, o competencia por razón de materia, configura un principio de buena administración, susceptible de interpretación y aplicación amplias, por razones de oportunidad y conveniencia.

#### **IV. SUBJETIVIDAD, INDIVIDUALIDAD FINANCIERA Y REGIMEN DE INGRESOS.**

61. *REALIDAD Y HORIZONTE DEL MARCO JURIDICO.* En los capítulos anteriores hemos intentado visualizar, sucesivamente, tres grandes categorías del derecho administrativo mexicano, que presiden la estructura, el funcionamiento y los controles del presente *caso práctico* relativo al hoy desincorporado Servicio Público de Boletaje Electrónico. Al respecto, su naturaleza de órgano desconcentrado (*supra*, numerales 2 a 7), encargado de la prestación de un servicio público (*supra*, numerales 8 a 47, esp. 33, 38-40 y 44), nos permite precisar su especialidad de "venta anticipada de boletos por medio de máquinas electrónicas, para los diversos servicios, espectáculos y diversiones públicas que determine el Departamento del Distrito Federal" (Acuerdo de 1977, dispositivo Primero).

Ahora bien, los desarrollos legislativos y las reflexiones doctrinales que preceden nos permitirán, seguidamente, la formulación de ciertas precisiones respecto de esta institución. Formalmente carente de personalidad y patrimonio propios, BOLETRONICO tiene facultades que implican una "subjetividad" reveladora de una "semipersonalidad" o "personalidad limitada" (A), genera como contraprestación de sus servicios ingresos que perfilan una "individualidad financiera" (B) y plantea, a este último respecto, una contradicción flagrante de su régimen fiscal (C) con su naturaleza jurídico-administrativa.

Trataremos de exponer estas situaciones jurídicas con la mayor objetividad, apuntando algunas "pistas de solución" posibles para todas nuestras empresas públicas, en este umbral del tercer milenio, en el marco positivo y doctrinal que antecede.

62. LA "SUBJETIVIDAD" DE UNA "PERSONALIDAD LIMITADA". Órgano técnico desconcentrado, BOLETRONICO puede: crear instrumentos jurídicos que determinen su propia especialidad ("*materias*", Reglamento Interior de 1979, art. 33, *supra*, numeral 3); suscribir convenios; suscribir contratos; comparecer en juicio (*ibídem*, art. 35, *frac. XIII* y

*XIV*); ver incorporadas a su competencia, por razón de materia, atribuciones específicas impartidas por ordenamientos diversos del Reglamento Interior (art. 35, *frac. XVI*, *ibídem*).

Muy particularmente, la representación en juicio (cfr. DELCROS, *ibídem*, pp. 115-145), pero también la existencia de vínculos convencionales y contractuales suscritos por una institución desprovista de personalidad jurídica (*ibídem*, pp. 81-113), configuran una "subjetividad" indisimulable.

63. CONTINUACION: LA "SUBJETIVIDAD" COMO SUJETO DE LA RELACION LABORAL. Complementariamente a los elementos subjetivos apuntados, tenemos que *las relaciones laborales de función pública* relativas al personal de BOLETRONICO, no tienen lugar con éste en cuanto órgano del Departamento del Distrito Federal, sino directamente con el Servicio Público de Boletaje Electrónico, según lo preceptúa el dispositivo Décimo primero del Acuerdo de 1977:

"Los empleados y trabajadores que laboren para Servicio Público de Boletaje Electrónico, excepto los enumerados en el párrafo siguiente [se refiere a los de confianza], estarán sujetos al artículo 123 apartado B) de la Constitución General de la República y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y para los efectos del artículo 5º en relación con el 7º de la misma Ley".

Ahora bien, en el derecho laboral común como en el derecho laboral de la función pública o burocrático, es obvio que la parte patronal tiene personalidad jurídica y es "la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores" (cfr. Néstor de BUÉN LOZANO, *Derecho del trabajo*, 2a. ed., ciudad de México: Porrúa S.A., 1977, t. I, pp. 449-471, esp. pág. 452-453, comentando el art. 10 de la Ley Federal del Trabajo, e ilustrando esta "personalidad" del patrón con doctrina latinoamericana y europea).

64. EL REGIMEN FINANCIERO Y SU POSIBLE INDIVIDUALIDAD O AUTONOMIA. De la misma manera que la carencia de personalidad jurídica resulta una dificultad atemporada por las peculiaridades de la "subjetividad" (*supra*, numerales 62 y 63), la carencia de un patrimonio propio plantea dificultades graves en materia de manejo de fondos y de responsabilidad (a), que obligan a la búsqueda de un nuevo "diseño legislativo" para el cual derecho y doctrina comparados podrían ser de utilidad (b).
65. LA CARENCIA PATRIMONIAL: COROLARIOS EN EL MANEJO DE FONDOS Y VALORES, Y EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD. Tanto la personalidad como el patrimonio propios corresponden, en la especie, al Departamento del Distrito Federal (Ley, art. 3 2), por lo cual el BOLETRONICO estaría limitado únicamente al



manejo equilibrado de sus ingresos y egresos, en el régimen anual de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos del Departamento (cfr. *Gaceta Oficial* del lo. de enero de 1983, respectivamente pp. 31-32 y 33-39), enmarcados a su vez, en lo pertinente, por la Ley de Hacienda del D.D.F. (*Gaceta Oficial*, lo. ene. 1983, pp. 3-31, que deroga expresamente la Ley de Hacienda del D.F. de 31 dic. 1941) y el Código Fiscal de la Federación de 1983.

En este sentido, en cuanto "dependencia del Distrito Federal", BOLETRONICO es un organismo auxiliar de la Tesorería de la Federación (Ley de la Tesorería, D.O. 24 dic. 1959, art. 5o., frac. II), en la cual deberá concentrar invariablemente todos los fondos y valores que se perciban en favor del gobierno federal (*ibídem*, art. 12, párr. lo.), debiendo rendir cuenta del manejo de los mismos (art. 52); y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación, precisa que las autoridades:

"cuando eventualmente perciban *fondos o valores* a favor del gobierno federal, *deberán concentrarlos* a la propia Tesorería (...) *a más tardar dentro de los cinco días siguientes al de la percepción, con un informe pormenorizado* del concepto, causas y procedencia que les dieron origen, recabando comprobante oficial de dicha concentración" (en su artículo 73).

Ahora bien, el indicado manejo se efectuará bajo el control del Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación, quien formulará, en su caso, los pliegos preventivos de responsabilidad (Ley y su Reglamento, publicados, respectivamente, en el D.O. de 31 dic. 1959 y 26 jun. 1968).

66. LA BUSQUEDA DE UN NUEVO "DISEÑO LEGISLATIVO". Sin perjuicio de ocuparnos separadamente de la naturaleza jurídica de los ingresos del BOLETRONICO, la prestación del servicio público correspondiente genera fondos que un régimen estricto de tesorería-fundamentada en el principio de la unidad presupuestaria— impediría fructificar con el sentido dinámico que exige la gestión empresarial moderna.

En las reglas vigentes del derecho administrativo mexicano, tanto federal como local, *no tenemos noticia de normas que permitan "presupuestos anexos" o "cuentas especiales del Tesoro"*, es decir, mecanismos técnicos que permiten adecuar los principios tradicionales del derecho presupuestario, a las exigencias de la gestión industrial moderna.

En este sentido, *el derecho presupuestario francés de la V República define a los presupuestos anexos de la siguiente manera:*

*"Las operaciones financieras de los servicios públicos del Estado, que la ley no ha dotado de personalidad moral y cuya actividad tiende esencialmente a la*

*producción de bienes o a la prestación de servicios que generan pago de precios, pueden ser objeto de un presupuesto anexo. Su creación y supresión son resueltas por la ley de finanzas' (ordenanza con fuerza de ley del 2 de enero de 1959).*

Se considera que ciertos *servicios públicos centralizados y carentes de personalidad jurídica necesitan una cierta autonomía financiera que les permita realizar una gestión idéntica a las de las empresas privadas industriales o mercantiles*. La fórmula del presupuesto anexo debe permitir la utilización de sus propios ingresos autogenerados, la realización de una política de inversiones, la flexibilización de los principios clásicos de la anualidad, de la unidad y de la universalidad.

En particular, *la libre reinversión de los recursos autogenerados se completa por la transferencia al siguiente ejercicio de los ingresos normales de la explotación*. Además, la flexibilidad de la fórmula del presupuesto anexo se deriva también de la existencia de *fondos* de suministro, amortización, reserva y provisiones (cfr. Pierre LALUMIÈRE, *Les finances publiques*, París: Colín, 1978, pp. 58-60).

La contabilidad pública se ha visto igualmente flexibilizada por *el mecanismo de las llamadas "cuentas especiales del Tesoro"* que permiten globalizar ingresos y gastos, con una gestión mercantil de los ingresos públicos destinados al cumplimiento de cometidos del Poder Público que no encajan en el marco de los cometidos estrictamente industriales o mercantiles. En particular, de las seis categorías de cuentas especiales del Tesoro nos interesan las *cuentas comerciales* que se distinguen por radicalizar los alcances de los "presupuestos anexos" *confiriendo verdadera autonomía financiera a los servicios no personalizados del poder central* (cfr., para toda esta modernización del régimen financiero de las instituciones administrativas centralizadas en misión de servicio público: LALUMIÈRE, *ibídem*, pp. 60-63; Paul AMSELEK, *Le budget de l'Etat sous la V<sup>e</sup> République*, París: L.G.D.J., 1966, préface de Pierre LAVIGNE, 657 pp, esp. 49-101; Maurice DUVERGER, *Finances publiques*, París: P.U.F., 1978, pp. 317-319; y los autores franceses precitados *supra*, en nuestro numeral 7).

67. EL REGIMEN DE INGRESOS.-Reconocida así la subjetividad y la individualización financiera *de lege ferenda* del BOLETRONICO, el sistema de las reglas constitucionales, legales y administrativas que rigen su régimen de ingresos plantea una contradicción mayor, señaladamente a partir de ciertas inadvertencias normativas recientes.

Como vimos (*supra*, numeral 9), las reglas fundacionales y, en general, todas las disposiciones dictadas en el período 1977-1982 concuerdan en

señalar la especialidad institucional como servicio público (a). Paradójicamente, en forma indirecta, reglas de 1983 indican que estaríamos ante un cometido industrial y mercantil (b).

68. *LA POSTURA ORIGINARIA: DERECHOS O INGRESOS DE DERECHO PÚBLICO. El acuerdo de 1977 estableció:*

"Cuarto. Por la prestación del servicio deberán pagarse los *derechos* que para el efecto señale la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal (...)"

Concordantemente, el entonces vigente Código Fiscal de la Federación (publicado en el D.O. de 19 ene. 1967), definía el concepto en los siguientes términos:

"Art. 3o. Son *derechos* las contraprestaciones establecidas por el poder público, conforme a la ley, en pago de un servicio"

Con matices, que no alteran la sustancia del concepto, el Código Fiscal de la Federación (publicado en el D.O. de 31 dic. 1981) estableció:

"Artículo 2o. Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social y *derechos*, los que se definen de la siguiente manera: "III. *Derechos* son las contribuciones establecidas en ley por los servicios que presta el Estado en sus funciones de *derecho público*, así como por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la nación".

Con modificaciones (cfr. D.O., 31 dic. 1982), menores y en otros aspectos, este texto entró definitivamente en vigencia el 1o. de enero de 1983.

69. *CONTINUACION: LA LEY DE HACIENDA DEL D.D.F. DE 1981.*-El texto del Acuerdo fundacional es inequívoco en cuanto a la naturaleza jurídica (*derechos*) de los ingresos derivados de los servicios prestados por BOLETRONICO y, la legislación fiscal, tanto en el Código de 1967 como en el Código de 1983, define a los derechos como la contraprestación "en pago de un servicio" o la contribución\* 'por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público"

En otros términos, *el tipo de ingresos del BOLETRONICO excluye las actividades* de la Federación "1 que no corresponden al desarrollo de sus funciones de *derecho público* o por la explotación de sus bienes patrimoniales", a cuyo concepto la Ley define como *productos* (art. 4o. del Código de 1967). *Este concepto excluyente, que opone los derechos* (en cuanto contraprestaciones en pago de un servicio del Poder Público o" servicios que presta el Estado en sus funciones de *derecho público*" y) *a los productos* (en cuanto "ingresos que no corresponden al desarrollo de funciones propias de *derecho público*" o, más exactamente, en cuanto "contraprestaciones por los servicios que preste el Estado en sus funciones de *derecho privado*"), *configura la doctrina de las sucesivas codificaciones*

*federales* (cfr. Código de 1967, arts. 3 y 4, y Código de 1981/83, arts. 2 frac, ni y 3, párr. 2o.). Es igualmente el criterio técnico admitido por la doctrina mexicana de la materia (cfr., las obras generales: Sergio Francisco de la Garza, *Derecho financiero mexicano*, ciudad de México: Porrúa Hnos. S.A., 15a. ed., 1989; Ernesto FLORES ZAVALA, *Finanzas públicas*, 24a. ed., ciudad de México: Porrúa Hnos. S.A., 1983; Emilio MARGÁIN MANAUTOU, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*, San Luis Potosí: Editorial universitaria potosina, 6a. ed., 1983).

Ahora bien, de conformidad con el criterio legislativo y doctrinal así delimitado, la Ley de Hacienda del D.D.F. en su tenor de 1981, estableció:

#### TITULO TRIGESIMO CUARTO

*Derechos por venta de boletos en el servicio público de boletaje electrónico*

"1003

"Por la venta de boletos para espectáculos, diversiones públicas y otros servicios que se presten por Servicio Público de Boletaje Electrónico, se causarán los siguientes derechos; "I. 10% sobre el precio autorizado de venta al público a cargo de adquirentes de boletos de espectáculos y diversiones públicas"

"II. 5 % sobre el precio autorizado de venta al público a cargo de quienes organicen, realicen, patrocinen o exploten los espectáculos y diversiones públicas".

E inclusive, yendo más lejos en cuanto a la naturaleza rigurosamente tributaria de estos ingresos de *derecho público*, la Ley de Hacienda del D.D.F., en su tenor de 1981, flexibilizó las algo rígidas relaciones con la Tesorería (*supra*, numeral 65), estableciendo:

"1004

" La Tesorería del Distrito Federal podrá autorizar al Servicio Público de Boletaje Electrónico, para retener y recaudar los derechos señalados en el artículo anterior, debiendo pagarlos de acuerdo con las instrucciones que al efecto emita la propia Tesorería".

70. *EN RESUMEN DE LA POSTURA ORIGINARIA.*— Trátese específicamente de un "servicio público" (*supra*, numeral 33) o, más ampliamente, de "servicios prestados por el Estado en sus funciones de *derecho público*", los ingresos de BOLETRONICO —tanto en el régimen administrativo como en el sistema legal y en las consideraciones doctrinales correspondientes— por dichas actividades configuraban hasta 1983 *derechos*, es decir, contribuciones de *derecho público*, constitutivas de una relación tributaria, generadoras en su caso de un crédito fiscal en favor del Distrito Federal, por conducto del órgano desconcentrado.

Por ello mismo, la determinación del régimen de ingresos del BOLETRONICO incumbía al órgano legislativo, no sólo genéricamente por la potestad clásica del art. 73, frac. VII de la Constitución, sino por la regla específica de su frac. XXIX:

"El Congreso tiene facultad:

"Para establecer *contribuciones*:

"4o. *Sobre servicios públicos* concesionados o explotados directamente por la Federación (...)

"Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine (...)".

71. **LAS REGLAS DE 1983: ¿UNA TRANSFORMACION INDIRECTA EN UN COMETIDO INDUSTRIAL Y MERCANTIL EN REGIMEN DE DERECHO PRIVADO?** En 1983 mantienen íntegramente su vigencia las reglas del Acuerdo de 1977, de la Ley Orgánica de 1978 y del Reglamento Interior de 1979, así como los preceptos del Código Fiscal de la Federación y de las fracciones VII y XXIX del artículo 73 constitucional.

Empero sólo aparentemente el régimen de ingresos de BOLETRONICO, en este marco "mayor", seguiría incambiado. En efecto, a pesar de que el decreto de presupuesto de egresos del D.D.F. para 1983 sigue hablando del Servicio Público de Boletaje Electrónico (cfr. *Gaceta Oficial*, lo. ene. 1983, p. 34), *la nueva Ley de Hacienda* del D.D.F. implica un cambio radical respecto del régimen de ingresos de BOLETRONICO, que inclusive indicaría un cambio en la naturaleza jurídica del cometido o especialidad institucional, particularmente interpretado en el nuevo contexto de la Constitución federal, con sus adiciones y modificaciones del 3 de feb. 1983 en el D. *Oficial* (*infra*, esp. nuestro numeral 76).

72. **CONTINUACION: LA LEY DE HACIENDA DEL D.D.F. de 1983.** Podríamos hablar de una omisión y de una redefinición.

*En primer lugar*, en vano buscará el intérprete una disposición similar a los artículos 1003 y 1004 de la Ley de 1941, en su tenor de 1981 (*supra*, numeral 69). En efecto, el texto de 1983 desarrolla los principios tributarios de los derechos en el Título IV, artículos 54 a 116, y su capítulo II, *De los derechos por la prestación de servicios*, en sus artículos 60 a 104, omite toda mención del BOLETRONICO, inexistente como servicio generador de ingresos por concepto de derechos, todo a lo largo de sus nueve secciones.

*En segundo lugar*, y he aquí el busilis de esta transformación, en el Título I, *Disposiciones generales*, se contiene un artículo 10, que a la letra establece:

"Las cuotas por los servicios que presta el Departamento del Distrito Federal o sus organismos

descentralizados *provenientes de servicios que no corresponden a sus funciones de derecho público*, se cobrarán por las entidades que los presten en el monto que ellas mismas determinen de conformidad con las reglas que establezca el propio Departamento.

"Se consideran como tales, entre otros los siguientes:

"V. Venta de boletos en el servicio público de boletaje electrónico".

*Resulta manifiesta la contradicción en que incurre el nuevo texto, inclusive consigo mismo*: por una parte, se refiere a los "servicios que no corresponden a sus funciones de derecho público" y, por la otra, se refiere al "servicio público", incluyéndolo en la categoría anterior. Es una *contradictio in adjectio*, una contradicción en sí misma, una incoherencia del nuevo texto consigo mismo.

En otros términos, y de acuerdo a los criterios legislativos y doctrinales del Código Fiscal de la Federación (*supra*, numerales 68 y 69), *el texto de la nueva Ley de Hacienda equivale a decir*:

"Se consideran 'productos', entre otros, a los 'derechos' por servicio público..."

Planteadas así las cosas, cabe preguntarse si, más allá de su incoherencia formal y sustantiva, en caso de que la intención legislativa hubiera sido la de cambiar la naturaleza de los ingresos del BOLETRONICO, cómo podría intentarse una construcción razonable de la nueva sistemática así insinuada.

En efecto, *o estamos ante* una actividad que sigue siendo considerada como "servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público", en cuyo caso sus ingresos, en régimen tributario, generan *créditos fiscales* y tienen naturaleza de *derechos*; *o estamos ante* una prestación estatal "en sus funciones de derecho privado", en cuyo caso sus ingresos escapan al régimen tributario, *no son créditos fiscales* y tienen naturaleza de *productos*.

*Ambas hipótesis no son simultáneamente posibles*: la primera resulta más coherente con las reglas que rigen directamente a BOLETRONICO desde su fundación en 1977, por lo cual cabría remitirse a todos los desarrollos anteriores y tener a esta Ley de Hacienda, en su artículo 10 y concordantes, por una inadvertencia legislativa, perfectamente rectificable en un siguiente<sup>4</sup> "paquete legislativo".

Pero bien podría tratarse de una imperfecta formulación del cambio radical aludido. Sumariamente, intentaremos visualizar este horizonte diferente [el de la privatización, muy ampliada en los sexenios 1982-941.

73. **CONTINUACION: ALGUNAS REPERCUSIONES DE ESTA POSIBLE "REFORMA".** Cabe evidentemente también la posibilidad de que el legislador se haya propuesto iniciar, por conducto de

la Ley de Hacienda del D.D.F. de 1983, una "reforma" radical de la filosofía institucional, social y jurídica, relativa al BOLETRONICO.

*La incompletez e imperfección del procedimiento legislativo* hasta entonces conocido colocó al intérprete en la necesidad de interpolar ciertas posibilidades, de naturaleza eminentemente provisoria y cuya exactitud o error sólo pudieron conocerse, eventualmente, en el texto de una nueva Ley Orgánica y de un nuevo Reglamento Interior del D.D.F., sin perjuicio de las ordenaciones recogidas en el Manual de organización y métodos del BOLETRONICO hasta su desincorporación y demás empresas públicas similares.

74. *Desconcentración.* La naturaleza orgánica de la institución permanecería incambiada. Pero sería perfectamente concebible, por razones de buena administración, de mayor competitividad e individualización financiera, el confiar su cometido a una entidad descentralizada del D.D.F.
75. *Subjetividad.* Las facultades o poderes jurídicos que la perfilan (*supra*, numerales 62 y 63) podrían seguir incambiados, aun intensificándose los rasgos de autonomía financiera, mediante la técnica de los presupuestos anexos o, en su caso, de un mecanismo comparable al de las 'cuentas especiales del Tesoro' (*supra*, numerales 7 y 66). En efecto, éstos tienden a fortalecer los aspectos de 'explotación industrial' por encima de las reglas tradicionales de la contabilidad pública, forjada por y para los 'servicios públicos' en sentido estricto.
76. *El "servicio público stricto sensu" deviene un "cometido industrial y mercantil" del Poder Público en el D.F.* Con las consecuencias apuntadas para ambas categorías del Poder Público mexicano en función administrativa prestacional (*supra*, numerales 33 y 35) asumirían peculiar realce las siguientes: 1) sería una actividad privada por derecho propio de los particulares (*supra*, numerales 38 y 39); 2) su prestación, a cargo de una administración pública que pretendiera prohibir la actividad privada al respecto, requeriría un acto legislativo que instaurara un monopolio de derecho en favor de BOLETRONICO; 3) no existiendo monopolio, la presencia de los particulares en régimen de libre concurrencia sólo sometida a simples autorizaciones de policía, excluiría totalmente el requisito de la concesión de servicio público, y con éste, las modalidades de las cláusulas de preferencia o de exclusividad, en su caso (*supra*, numerales 39-44); 4) los destinatarios del servicio ya no serían "usuarios", dotados de potentes prerrogativas frente a una administración directa del Poder Público o a un particular concesionario, sino 'clientes' sometidos a la ley de la oferta y la demanda; 5) la presencia del Poder Público en esta

'área no prioritaria' y así ajena al régimen de servicio público, ya no requeriría de acto legislativo, ni federal (Constitución, art. 28, párr. 10) ni local (Constitución, art. 115, fr. III, literal i); 6) las facultades del Presidente de la República desvaneceríanse conjuntamente con el régimen de las concesiones de servicio público (*supra*, numerales 47 y 18); 7) el régimen laboral podría mantenerse en el marco del apartado "B)" del art. 123 constitucional por imperio del derecho positivo, pero la motivación se tornaría arbitraria y sería más razonable, y conforme a la postura 'desburocratizadora', la transferencia al régimen del apartado "A)", frac. XXXI, b, 1.

77. *La especialidad institucional.* Podría igualmente permanecer incambiada, pero la *deslegalización* del régimen jurídico, que dejaría de exigir el marco de la ley formal al dejar de ser "servicio público", *comportaría el debilitamiento de las facultades o poderes jurídicos* de la institución, en particular *en sus relaciones con los particulares*. La especialidad podría empero ser más amplia, sin las rigideces del régimen de servicio público, prisionero de la "reserva de la Ley".
78. *El régimen de ingresos.* Al transferirse la especialidad institucional, de una categoría a otra de cometidos del Poder Público, es decir, de 'servicio público stricto sensu' a 'cometidos industriales y mercantiles', *cambiaría* por lo ya expuesto la naturaleza de los ingresos, de 'derechos "a" 'productos'. En cuanto los productos no son contribuciones en el sentido del 73 constitucional frac. VII, estarían *ajenos al régimen del Código Fiscal de la Federación* para los créditos fiscales; su régimen sería entonces de *simples créditos de derecho privado*, ejecutables previo juicio ante los tribunales de derecho privado de la Federación o del D.F. en su caso.

En particular, BOLETRONICO no podría en modo alguno percibir los ingresos previstos hasta 1982 por la Ley de Hacienda (10 % y 5 %, respectivamente). Para sostener su importe, tendrían que ser fijados por BOLETRONICO y recaudados por éste, de conformidad a reglas dictadas por el Departamento. Serían, en definitiva, precios privados, regulados por una dependencia centralizada (el D.D.F.), para su determinación y recaudación por conducto de un órgano desconcentrado.

79. *Las relaciones con la Tesorería.* Las reglas de manejo de fondos y valores, así como en materia de responsabilidad, no se alterarían por el cambio de naturaleza jurídica de la actividad y de sus ingresos derivados. Cabría empero intentar nuevas reglas, más flexibles, a dictarse, fuera por el Departamento (Ley de Hacienda de 1983, art. 10, *supra*, numeral 72) o por la propia Tesorería, siguiendo los

lineamientos de la anterior Ley de Hacienda (art. 1004, "mediante instrucciones", *supra*, numeral 69).

## V. AL CABO

### 80. RECAPITULACION DE PRINCIPALES CONCLUSIONES

*De los capítulos de este caso práctico, podemos desprender conclusiones relativas a la desconcentración (A), al servicio público (B), a la especialidad y facultades (C), a la subjetividad (D) y al régimen de ingresos (E); todas ellas en la experiencia de transición casuística del Boletrónico que este análisis ha adoptado como ejemplo.*

#### 81. A) Respecto del órgano desconcentrado y nuestras empresas públicas.

Integrante de la personalidad jurídica del Distrito Federal y del patrimonio de éste, el órgano empresarial Boletrónico tenía la atribución exclusiva del servicio público de boletaje electrónico. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, en cuanto jerarca, no puede avocarse ni sustituirse al órgano desconcentrado, sino tomando conocimiento de las materias exclusivas de éste sólo mediante el recurso de alzada o jerárquico, que es de principio inclusive sin texto expreso que lo prevea. La desconcentración orgánica requiere ser establecida mediante disposición general y abstracta y, para que las materias y facultades desconcentradas sean readquiridas por el jerarca, se requiere un acto contrario y expreso, con las mismas formalidades que el acto de desconcentración.

En la práctica, las gradaciones insensibles derivadas de la dosificación de poderes propios y controles permiten organizaciones intermedias, en las cuales la intensidad de las facultades propias respecto de las materias desconcentradas forja fórmulas, de "personalidad limitada" y de "autonomía financiera", cuya adopción en derecho mexicano permitirían mayor eficacia en la acción y un mejor control de la gestión moderna de nuestras empresas públicas, cualquiera que sean las formas que su "devenir" las lleve a adoptar.

#### 82. B) Del cometido de servicio público.

En sentido material, debe aquí entenderse en su sentido estricto o restringido, en cuanto "cometido del Poder Público que éste ejecuta, directamente por sí o indirectamente mediante acto de concesión a particulares, y cuyos destinatarios son los usuarios del servicio". El acto de concesión crea un derecho, que el particular concesionario no tenía, a la organización y ejecución del servicio, pero no por ello lo coloca en régimen de libre concurrencia, la cual no existe sino en el marco de la libertad de industria y

comercio, que es ajena a la esfera, estatal de principio, del servicio público. En todo caso, sin llegar al monopolio de derecho que requiere acto legislativo, la administración puede pactar cláusulas de variada intensidad (preferencia, exclusividad, c.g.) para proteger al concesionario, sin mengua de sus potestades soberanas para la reorganización eventual del servicio.

En el derecho del Distrito Federal, las normales facultades jerárquicas del Jefe del Departamento se ven acompañadas de intensas facultades o poderes jurídicos del Presidente de la República, por tratarse del cometido "servicio público" y que no serían procedentes respecto de otros cometidos del Poder Público, por ejemplo, en materia industrial y mercantil.

#### 83. C) De la especialidad institucional y los poderes o facultades para ejecutarlas.

Son dos cosas bien distintas. Estos últimos son conferidos taxativamente para el cumplimiento de aquélla, que es un principio de buena administración y escapa por ello a la rigidez de la pura juridicidad, mediante consideraciones de oportunidad y conveniencia.

#### 84. D) De la subjetividad.

En Boletrónico, ésta se manifiesta en sus poderes individualizados de convenir, contratar y litigar, así como en el régimen laboral de sus trabajadores. Esta subjetividad podría convertirse en una *autonomía financiera* flexible mediante instrumentos sugeridos por el derecho comparado, tales como el "presupuesto anexo", las "cajas especiales", y las "haciendas autónomas", etc.

#### 85. E) De la privatización y del nuevo régimen de ingresos.

*Instaurado en 1983, éste es incoherente con todo el anterior derecho positivo.* En los numerales 72 a 79 se detallan algunas de sus privatizantes consecuencias, quizá no totalmente visualizadas por el legislador en el marco, por lo demás, de las adiciones y modificaciones a la Constitución de 3 de febrero de 1983.

Cabe remitirse en particular (*supra*, numeral 76) a las siete precisiones formuladas: éstas sustentan la actualidad de estas reflexiones *ex-post*.