

# EL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN PRESTADO POR PARTICULARES

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ

SUMARIO: I. *Concepto de servicio público.* II. *Caracteres esenciales del servicio público.* III. *La división del servicio público.* IV. *Formas de gestión del servicio público.* V. *El servicio público y el artículo 28 constitucional.* VI. *La concesión de servicios públicos y el artículo 28 constitucional.* VII. *El servicio público de educación y el artículo 3o. constitucional.* VIII. *La impartición de educación por particulares.*

## I. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

La idea de servicio público aparece en la jurisprudencia francesa —una vez separada la jurisdicción administrativa de la judicial—, como un factor determinante en el deslinde de competencias en los conflictos suscitados entre los tribunales de carácter administrativo y los ordinarios, en *arrêts* famosos como el *Rotschild* (6 de diciembre de 1855), el *De-keister* (6 de agosto de 1861) y el célebre *arrêt* Blanco (6 de febrero de 1873).

Más tarde, la noción de servicio público cobró una dimensión descomunal, al ser equiparada con un criterio orgánico a toda actividad del Estado y señalada por León Duguit como sustituto del concepto de soberanía en la fundamentación del derecho público.<sup>1</sup> Posteriormente, Gastón Jèze consideró al servicio público como equivalente a toda actividad de la administración<sup>2</sup>, y después, Maurice Hauriou lo redujo a su justa dimensión: el servicio público es sólo una parte de la actividad de la

<sup>1</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho publico*, trad. de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 106 y 107.

<sup>2</sup> Jèze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, t. II, vol. 1, p. 4.

administración pública.<sup>3</sup> La locución servicio público —en singular o plural— tiene actualmente diversas acepciones, entre otras, la de actividad satisfactora de necesidades de carácter general, la de cargo o empleo público y la de actividad del Estado, así se advierte, por ejemplo, en el texto vigente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 3o., fracción VIII; 5o., y 27, fracción VI, respectivamente.

En su primera acepción el servicio público se puede explicar como toda actividad técnica destinada a satisfacer de manera general, uniforme, regular y continua, una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico exorbitante del derecho privado. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace consistir al servicio público: “en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que, por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes”.<sup>4</sup>

## II. CARACTERES ESENCIALES DEL SERVICIO PÚBLICO

De acuerdo con la doctrina, el servicio público debe estar dotado de ciertos caracteres esenciales, sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos, para garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de atender, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: “El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, la última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla”.<sup>5</sup>

Los caracteres jurídicos considerados por el grueso de la doctrina como esenciales del servicio público son: la generalidad, la igualdad, la regularidad y la continuidad; algunos autores agregan la obligatoriedad,

<sup>3</sup> Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, 9a. ed., París, Librairie Larose et Tenin, 1919, p. 182.

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ley de Vías Generales de Comunicación, servicio público en relación con la, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, tercera parte, segunda sala, p. 191.

<sup>5</sup> Waline, Marcel, *Manuel Elementaire de droit administratif*, París, Sirey, 1933, p. 333.

otros la adaptabilidad, no falta quien mencione la permanencia y, alguien más la gratuidad.

### 1. *Generalidad*

La generalidad o universalidad del servicio público consiste en la posibilidad de que toda persona lo aproveche, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que el impuesto por la capacidad instalada de la infraestructura del servicio de que se trate.

De esta suerte, la generalidad de todo servicio público se vincula con los derechos humanos porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el proveniente de su capacidad instalada.

### 2. *Igualdad*

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

Como en el caso de la generalidad, la igualdad o uniformidad del servicio público es reconocida y apoyada por el derecho internacional de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, por estar incluida en el virtual catálogo de derechos humanos.

### 3. *Regularidad*

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

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

Conviene hacer notar que la irregularidad del servicio público, o sea, la inobservancia de las normas que regulan su prestación, independientemente de ser atribuible al prestador del mismo, también puede imputarse a la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otra puede intentar acción legal el usuario del servicio, en caso de irregularidad del mismo; por ello tiene razón Georges Vedel, cuando afirma:

Esta acción contractual dirigida contra el que administra el servicio, que puede ser un concesionario, no supone un obstáculo para los recursos abiertos contra la Administración de que depende el servicio y fundados en el desconocimiento por parte de la misma de sus propias obligaciones de control del servicio.<sup>6</sup>

#### 4. *Continuidad*

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

Algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a dicho programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso del servicio público de educación, cuya prestación se programa en determinadas semanas del año, días de la semana y horas del día. Por ello la naturaleza de la necesidad de carácter

<sup>6</sup> Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, trad. de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 71.

general que cada servicio público está destinado a satisfacer, habrá que determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad debe evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio en breve plazo.

### III. LA DIVISIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Para resolver la polémica suscitada acerca de si el servicio público se atribuye o no al Estado, el profesor italiano Arnaldo de Valles, propuso el reconocimiento de dos tipos de servicio público: el propiamente dicho o propio y el impropiaamente dicho o impropio, después llamado también servicio público virtual.

Servicio público propio es el creado por la ley y atribuido al Estado, quien lo puede prestar directamente por medio de las dependencias y entidades de la administración pública, o indirectamente a través de particulares, bajo el régimen de concesión que les autorice a encargarse de su prestación.

Servicio público impropio o virtual es el que no está atribuido al Estado, por cuya razón el particular que pretende prestarlo no necesita concesión para encargarse de su prestación; empero, por ser una actividad reglada, requiere de permiso o licencia que retire el obstáculo jurídico que le impide encargarse de su prestación.

### IV. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

En México, la gestión de los servicios públicos propiamente dichos puede llevarse a cabo tanto por entes de derecho público, como por personas de derecho privado, mediante estructuras organizacionales obviamente distintas.

#### 1. *Prestación del servicio público por entes de derecho público*

Cuando el Estado realiza la gestión directa de los servicios públicos asume completa y exclusivamente la responsabilidad de su prestación, a cuyo efecto aporta los recursos necesarios, absorbe los déficit o aprovecha los remanentes que, en su caso, resulten, para lo cual puede recurrir a diferentes sistemas o mecanismos de prestación.

Figuran como las principales formas de prestación del servicio público por entes de derecho público, la gestión por medio de la administración pública centralizada; la gestión mediante ente específico pero carente de personalidad jurídica propia, como es el órgano desconcentrado; la prestación a través de la personificación del servicio público por la vía de la descentralización administrativa por servicio, cuya forma más conocida es la del establecimiento público francés, que con algunas adecuaciones y diferentes denominaciones se incorpora al derecho positivo de muchos países; y también la prestación por medio de un fideicomiso público.

## 2. *Prestación del servicio público por personas de derecho privado*

Tratándose de servicios públicos propiamente dichos, en algunos casos su prestación se transfiere a los particulares, mediante diferentes mecanismos entre los que descuella la concesión, merced a la cual el servicio público no sale del ámbito de las atribuciones de la administración pública, en consecuencia, ésta no pierde su titularidad, por lo que prestar el servicio indirectamente a través del concesionario —el que podrá ser una persona física o moral—, quien tendrá a su cargo los riesgos económicos de su prestación. Maurice Hauriou la ha definido:

La concesión es una operación por la cual un particular se encarga, a sus gastos, riesgos y peligros, del funcionamiento de un servicio público y, en su caso, de la ejecución de obras públicas, gracias a la transmisión temporal de derechos del poder público, de manera reglamentaria, y merced a una remuneración prevista contractualmente, derivada de tasas que está autorizado a percibir de los usuarios del servicio.<sup>7</sup>

## V. EL SERVICIO PÚBLICO Y EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

Habida cuenta que entendido como actividad satisfactoria de necesidades, el servicio público constituye una técnica de protección del usuario que se sujeta a un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho

<sup>7</sup> Jèze, Gaston, *op. cit.*, nota 2, p. 4.

privado, en su párrafo once el artículo 28 constitucional previene: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”.

Lo anterior significa que la creación del servicio público propiamente dicho sólo puede efectuarse mediante ley.

## VI. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

El mismo artículo 28 constitucional, en su décimo párrafo, determina que la única posibilidad de delegar en favor de particulares la prestación de los servicios públicos federales propiamente dichos, es a través de la concesión, al preceptuar:

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.

## VII. EL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN Y EL ARTÍCULO 3o. CONSTITUCIONAL

Por su parte el artículo 3o. constitucional, en su fracción VIII, dispone que la legislación secundaria sujete a la educación al régimen de servicio público, al establecer:

El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan.

Previamente, en su fracción VI, el artículo 3o. constitucional preceptúa:

Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares. En el caso de la educación primaria, secundaria y normal, los particulares deberán:

a) ...

b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley; ...

### VIII. LA IMPARTICIÓN DE EDUCACIÓN POR PARTICULARES

Pese a que la impartición de la educación es un servicio público propiamente dicho, y como tal atribuido al Estado, la Ley General de Educación al regular en su capítulo V la educación que impartan los particulares en lo que concierne a la educación primaria, la secundaria, la normal y demás para la formación de maestros de educación básica, no adopta —como dispone el artículo 28 constitucional— la figura jurídica de la concesión, sino que, indebidamente, opta por la diversa figura de la autorización utilizable sólo para la prestación del servicio público virtual o impropiamente dicho, o sea, de aquélla actividad que —sin ser sometida expresamente por la ley a un régimen de servicio público, satisface una necesidad de carácter general— no estando atribuida al Estado, tiene ciertos condicionamientos jurídicos para su realización.

Para evitar la delegación en favor de particulares de la prestación del servicio público de educación primaria, secundaria y normal por la vía de la concesión, la Ley General de Educación se vale de la ambigua disposición contenida en el inciso b) de la fracción V del artículo 3o. constitucional, en el sentido de que los particulares podrán impartir educación previa obtención de la autorización expresa del poder público, autorización que, de acuerdo con el artículo 28 constitucional sólo puede darse por la vía de la concesión.

Pero no debe interpretarse fuera de contexto el inciso b) de la fracción VI del artículo 3o. constitucional, pues debe tenerse presente la disposición del artículo 28 de la propia Constitución que condiciona la delegación de la prestación de los servicios públicos propiamente dichos al otorgamiento de la concesión respectiva, en los casos que la ley lo permita.

En cuanto a la educación distinta a la referida en el párrafo anterior, la educación impartida por particulares, podrá obtener, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley General de Educación, el reconocimiento de validez oficial de estudios, que no es sino una forma de eludir la obligación de realizar la delegación de la actividad educativa a nivel superior, por la vía de la concesión.

Por ser el servicio público una técnica de protección del usuario, siempre que se delegue su prestación a favor de particulares debe ser bajo el régimen de concesión, tanto para proteger los derechos e intereses de los usuarios como para precisar los derechos y obligaciones del concesionario, sin que el servicio público de educación deba ser una excepción.

Lo anterior evidencia la necesidad de explicar correctamente en la legislación secundaria los términos de la fracción VI del artículo 3o. constitucional, para evitar la interpretación sesgada que actualmente le da la Ley General de Educación, en abierta contradicción a la disposición categórica del párrafo once del artículo 28 constitucional que establece a la institución de la concesión administrativa como única forma posible de delegar en favor de particulares la prestación del servicio público propiamente dicho, cual es el de educación.

En consecuencia, debiera reformarse el capítulo V de la Ley General de Educación, para regular en él los requisitos, procedimientos y demás aspectos relativos al otorgamiento de concesiones del servicio público de educación a efecto de precisar los derechos y obligaciones de la administración concedente, de los concesionarios y, desde luego, de los usuarios de dicho servicio.