

ELEMENTOS Y CARACTERES PROPIOS DEL SERVICIO PUBLICO Y SU UBICACION DENTRO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO

FAUZI HAMDAN AMAD

I. *Introducción*

El interés público, en la actual etapa del Estado intervencionista, no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que el Estado —en algunos casos en forma exclusiva y excluyendo la participación de los particulares,¹ y en otros, concurriendo y combinándose con ellos— se ha convertido en titular de una actividad consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Evidentemente que este tipo de actividad, principalmente a partir de la segunda década de este siglo por lo que hace a nuestro país, ha venido a romper el esquema del Estado abstencionista, cuya única y fundamental misión consistía en asegurar el orden jurídico dejando a los particulares la satisfacción de sus necesidades físicas, sociales, morales y culturales.

No es nuestro propósito señalar las muy diversas razones que dieron lugar a que el Estado asumiera la prestación de los servicios públicos, sean asistenciales y sociales, es decir, aquéllos encaminados a la conservación de la vida y la salud, al igual que el desarrollo de su personalidad: educación, vivienda, cultura, etc., ya que ello rebasaría el cometido de este trabajo, eminentemente técnico-jurídico, para invadir el campo de la filosofía política. Es menester, sin embargo, destacar que cuando el Estado inició su intervención en este campo, la prestación de tales servicios no constituía, y aún hoy en día en muchos casos no constituye, un monopolio estatal la prestación de servicios públicos; es decir, no existía prohibición a los particulares de llevar a cabo muchas actividades paralelamente con el Estado.

Hoy en día, en casi todos los países, se aprecia una clara tendencia a aumentar el Estado sus atribuciones para satisfacer necesidades de diversa índole, una de cuyas expresiones más contundentes es precisamente la satisfacción de necesidades económicas, lo que representa un cambio radical en el ámbito funcional de la administración pública moderna por cuanto no sólo es titular originario de determinados servicios económicos, sino que ha asumido la gestión directa de ellos, compitiendo en forma

¹ Correos, telégrafos, radiotelegrafía. acuñación de moneda, emisión de billetes, petróleo y electricidad.

desproporcionada con los particulares en aquellas actividades económicas en las que aún no han sido excluidos.

El rompimiento violento del sistema tradicional de las relaciones del Estado y la economía, ha producido su impacto en el propio cambio del Derecho Administrativo, donde el concepto de servicio público ha sufrido profundos cambios, llegando algunos autores a aseverar que tal concepto está en franca crisis.²

El concepto de servicio público es junto con el de interés general, utilidad pública e interés colectivo, una de las nociones más imprecisas que existen en el Derecho Administrativo; si a ello aunamos la transformación que ha sufrido a causa del incremento, cada vez mayor, de las actividades asumidas por el Estado, y si además, nuestro derecho positivo es omiso, y en los pocos casos que trata el concepto es ambiguo y contradictorio en esta materia se entenderá por qué la noción de servicio público constituye una de las instituciones jurídicas que reclama de una manera apremiante su delimitación por medio de una reglamentación concienzuda. La imprecisión, ambigüedad y extensión de su noción ha ocasionado que el Estado maneje y manipule el concepto a su antojo, provocando con ello un grave deterioro y menoscabo al derecho de los individuos en lo atinente a su actividad económica.

La Doctrina, como reguladora y estabilizadora de las incongruencias o deficiencias que la realidad social presenta, ha tratado de corregir las desviaciones y errores del concepto de servicio público, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad y circunscribir su ámbito de aplicación. Entre nosotros parece ser que no nos ha preocupado grandemente a pesar que el Estado ha ampliado considerablemente su esfera de acción, so pretexto del interés público o necesidad colectiva que hay que satisfacer por medio de la prestación de servicios públicos. No sólo la imprecisión del concepto ha dado lugar a una restricción de los particulares en el ámbito económico, sino que algo que también es muy preocupante es el hecho del estado de indefensión del particular frente a servicios cumplidos defectuosamente o inclusive no prestados.

Este ensayo pretende, dentro de los límites que la naturaleza ha dispensado a su autor, contribuir a conciliar y aclarar, en lo posible, los diferentes conceptos que en la doctrina se han vertido sobre esta materia y señalar aquellos elementos y caracteres propios de tal noción, al igual que su ubicación dentro de nuestro derecho vigente a fin de evitar, como está sucediendo actualmente, una explosión en número creciente de las atribuciones del Estado en esta materia que bien muchísimas de ellas constituyen transgresiones a nuestra Constitución.

² Ver Manuel M. Díez, *Derecho Administrativo*, Tomo III, pág. 194 y ss; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 58 y ss., Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 347 y ss., entre otros.

II. Origen del concepto de servicio público

La noción de servicio público tuvo su origen en Francia, teniendo un concepto totalizador de la actividad de la administración pública, es decir, originalmente se consideró que el servicio público abarcaba prácticamente toda la actividad del Estado, pues toda la actividad estatal constituía servicio público según sus precursores.³ A la noción se le dio una extensión amplísima, la cual sirvió además para la construcción del Derecho Administrativo en sus inicios, al igual que constituyó el fundamento de la competencia contencioso-administrativo del Consejo de Estado Francés.

Posteriormente la noción fue perdiendo importancia y amplitud al reconocerse que no toda la actividad del Estado constituye servicio público. Hoy en día, se supone que sirve para fundamenar un régimen jurídico especial para regir la actividad que se resuelva calificar como tal.

III. Puntos esenciales de controversia doctrinaria sobre lo que ha de entenderse por servicio público

Tal como lo indicamos en el capítulo introductorio se trata de una noción fugaz, difícil de concretar en una definición. Por ello, como señala el Dr. Manuel María Díez⁴ "...las nociones de servicio público son tantas, como autores se han ocupado de él".

Además de la controversia doctrinal relativa a los puntos de vista orgánica y material en que se pretende analizar el concepto de servicio público existen, según señala acertadamente el Dr. Miguel S. Marienhoff,⁵ dos cuestiones esenciales que son motivo de controversia: "a) La actividad mediante la cual se satisface la pertinente necesidad. ¿Ha de desenvolverse de acuerdo a un régimen ("procedimiento") especial de Derecho Público? Ese "régimen" ¿Puede considerársele simplemente encuadrada en el Derecho Público, sujeta al mismo?; b) La necesidad a satisfacer ¿Ha de ser colectiva o de interés general? ¿Cuáles actividades quedan comprendidas en la noción de servicio público?"

³ Para León Duguit, citado por Marienhoff, los servicios públicos son uno de los elementos del estado, y agrega "El Estado no es, como en cierto momento se creyó que era, un poder que manda, una soberanía; él es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los Gobernantes." Gaston Jeze, en su obra titulada *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, Edición Española Depalma, Buenos Aires, señala que "habrá servicio público siempre que la administración satisfaga necesidades de interés general, mediante el procedimiento del servicio público, que implica un régimen jurídico especial de derecho público.

⁴ *Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, S. R. L., Buenos Aires, 1967.

⁵ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 18.

Las cuestiones antes planteadas por el autor de referencia, que constituyen la problemática que la Doctrina en general plantea, no son suficientes para la cabal comprensión de tal noción, referida a nuestro Derecho vigente, pues existe en cuanto a nuestro régimen jurídico una laguna relativa a determinar qué órgano estatal (legislativo o ejecutivo) es el competente para señalar la actividad o actividades que constituyen necesidad colectiva y, por ende, que deba satisfacerse mediante la prestación del servicio público. Aparentemente, y restringido nuestro análisis a las leyes aplicables al Distrito Federal, tal cuestión no plantea ningún problema ya que la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1978, faculta al propio Jefe del Departamento para calificar, discrecionalmente, cuando una actividad debe satisfacerse mediante el procedimiento de servicio público, de acuerdo con la definición que de tal noción señala dicha Ley en su Artículo 23. Sin embargo, analizada dicha cuestión a la luz de todo nuestro sistema jurídico— y no sólo a lo dispuesto por el mencionado ordenamiento legal— la cuestión planteada sigue vigente porque es dudoso que la autoridad administrativa tenga facultades para calificar si una actividad constituye necesidad colectiva y, como consecuencia de ello, desplace a los particulares de la posibilidad de llevar a cabo libremente tal actividad. Por la importancia del ejercicio de tal facultad, que vendría a restringir o a limitar la libertad de comercio o industria de los particulares, resulta cuestionable que sea la autoridad administrativa la que pueda legalmente calificar una actividad como de necesidad colectiva y se atribuya su satisfacción en forma directa o indirecta mediante el procedimiento de servicio público.

Las tres cuestiones señaladas, amén de otras que en el curso de este ensayo se plantearán, constituyen a nuestro juicio la problemática fundamental que plantea la noción de servicio público.

IV. Concepto orgánico y funcional de los servicios públicos

Ya indicábamos que en su origen se consideró como servicio público toda la actividad que el Estado desarrollaba, cuyo cumplimiento era menester asegurarlo, regularlo y controlarlo por los Gobernantes. El hecho de asimilar como servicio público toda la actividad estatal evidentemente que sólo podía prestarse por los órganos estatales, de ahí que en su origen la prestación del servicio público sólo podía ser realizado por los órganos estatales. Sin embargo, actualmente un sector muy importante de la Doctrina admite que el servicio público pueda ser prestado por personas o entes particulares o privados dando lugar con ello a que el servicio público sea analizado desde el punto de vista de su naturaleza, prescindiendo de quien es el que lo presta.

Con motivo de la transformación que ha sufrido el concepto, actualmente existen dos criterios fundamentales, el orgánico y funcional, para determinar qué debe entenderse por servicio público. El criterio orgánico caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza; de ahí que sólo se considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por medio de concesionarios. El criterio material o funcional define o caracteriza al servicio público en razón a la índole de la necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga, independientemente de quien lo preste o realice (administración pública o particulares), siempre y cuando la necesidad a satisfacerse reúna determinadas características.

Para Marienhoff⁶ el criterio que debe seguirse para determinar si estamos en presencia o no del servicio público, es el funcional o material, y al respecto expone: "Comparto en un todo el criterio funcional, material o substancial, complementado por las notas a que me referiré más adelante, relacionadas con la índole de la actividad que despliegue quien preste o realice el servicio y con el sistema jurídico en que tal servicio quedará encuadrado. En nuestro país, el criterio funcional es también compartido por otros expositores, entre éstos Bielsa y Greca, quienes aceptan la categoría de servicios públicos impropios propuesta por del Valles en Italia, es decir prestados por administrados o particulares. En España, Garrido Falla acepta también la categoría de servicios públicos "impropios". Con lo expuesto queda dicho que el elemento "público" de la locución "servicio público", no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta: Refiérese al destinatario del mismo, es decir, a quien dicho servicio va dirigido. "Servicio público" no es otro que servicio para el público".⁷

En nuestro país el criterio que predomina es el mixto o ecléctico, o sea tanto el orgánico como el funcional, pues sólo existe servicio público en sentido estricto cuando es prestado por la administración pública en forma directa, o bien, al través de concesionarios (criterio orgánico) y, además, cuando la prestación recaiga sobre una actividad que interese a toda la colectividad como una necesidad derivada de la vida en común (criterio funcional o material). En nuestro derecho, la actividad que desarrollan los particulares sin que medie concesión por parte de la autoridad administrativa no es calificada como servicio público, sino en todo caso como una actividad privada de interés público la cual queda sujeta, en mayor o menor grado dependiendo de la importancia de la actividad, a un régimen de policía administrativa, severo y minucioso, como medida para salvaguardar los intereses de la colectividad que se pretenden proteger

⁶ Ob. Cit. pág. 21.

⁷ En el capítulo V de este ensayo se tratará ampliamente la diferencia que en doctrina se hace entre servicios públicos "propios" e "impropios".

mediante el ejercicio de tal actividad. Para aclarar tal situación es conveniente presentar un ejemplo: La Ley del Mercado de Valores regula, entre otras situaciones, las actividades que realizan las personas dedicadas en forma habitual a hacer oferta pública de los valores a que se refiere la Ley. Las personas físicas o morales (agentes de valores) están sujetas a una severa reglamentación dado el interés que el público inversionista tiene en que las personas dedicadas a tal actividad sean personas capaces, honestas y solventes; para lo cual la Ley señala una serie de requisitos y condiciones que deben satisfacerse por quienes pretendan llevar a cabo tal actividad. Satisfechos tales requisitos y condiciones la autoridad competente otorga autorización al solicitante convirtiéndose de esa manera en Agente de Valores. En el ejemplo planteado, aún cuando la actividad que desarrolla es de interés general, no constituye un servicio público en sentido estricto, ni realiza el Agente de Valores una actividad que originariamente le compete al Estado; técnicamente hablando, tales sujetos no tienen el carácter de Organismos Descentralizados por Colaboración.⁸ En general, muchas actividades que llevan a cabo los particulares, sujetos al régimen previo de permisos y autorizaciones, no constituyen prestaciones de servicios públicos por el hecho de que la actividad que desarrollen se pudiera calificar como de interés general.

V. Servicios públicos propios e impropios

En opinión del Dr. Rafael Bielsa⁹ son servicios públicos propios "los que presta o debe prestar el estado directamente o por concesionario. Servicios públicos impropios son aquellos que tienen de común con los propios en satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el estado quien los presta ni los concede, sino tan sólo los reglamenta. Entre estos servicios están no pocos de los llamados de interés público o de necesidad pública".

Sobre el particular, Marienhoff,¹⁰ por su parte señala que "el servicio público impropio constituye, pues una actividad "privada" situada entre la actividad pública y el comercio privado puro y simple, lo cual le atri-

⁸ De acuerdo con la Doctrina los Organismos Descentralizados por Colaboración, a diferencia de los llamados organismos descentralizados por región y por servicio, son entidades privadas que realizan una función o quehacer público, que originariamente le corresponde llevar a cabo al Estado pero que la Ley lo autoriza a delegarlo a particulares. Como ejemplos de tal clase de organismos se encuentran las Cámaras de Industria y Comercio, las Asociaciones Ganaderas y Agrícolas, Notarios y Corredores públicos, concesionarios para la prestación de servicios públicos o para la explotación de bienes del dominio público de la Federación, etc.

⁹ Derecho Administrativo, Tomo I, Quinta Edición, Roque Depalma, Buenos Aires, 1955, pág. 477.

¹⁰ Ob. Cit., pág. 26 y ss.

buye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico". Sigue el autor en cita señalando "la actividad del comerciante, especialmente la del que se dedica al tráfico de artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.) tiene una substancia tal que trasciende lo meramente privado para penetrar en lo social, saliendo así del estricto ámbito "privado" para ubicarse en una forma francamente regulada por el Derecho Público. En muchos casos hallamos que la actividad del comerciante implica un verdadero servicio público impropio; es lo que ocurre con los farmacéuticos y aún con los de venta de artículos alimenticios de primera necesidad, al por menor. En ambos supuestos tratándose de actividades vinculadas con necesidades vitales de la colectividad. En todo esto el derecho administrativo tiene una amplia esfera de aplicación, sea a través de normas reguladoras o de normas de contralor. El servicio público —sigue expresando el distinguido jurista— no es simplemente un concepto jurídico; es ante todo, un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias, en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico. Pero ello no obsta a que, dada su naturaleza, y aún a falta de toda declaración estatal, existen ciertos servicios públicos "virtuales" u "objetivos" como acaece con los llamados servicios "impropios" a que hice mención, a los que entonces corresponde aplicarles directamente el tratamiento que para esos supuestos reconoce o establece la ciencia jurídica".

Por su parte, Diez¹¹ critica la existencia del servicio público virtual, ya que ello implicaría que la administración pudiera imponer en ciertas condiciones al particular obligaciones propias y ordinarias de aquellos que realizan propiamente la prestación de un servicio público. Agrega que la teoría del servicio público virtual es una noción subjetiva, vaga y arbitraria, ya que presenta el peligro de que la administración, subrogándose en una facultad propia del órgano legislativo, en lugar de limitar la creación de servicios públicos, tienda a facilitarla; además de que en cualquier momento el Estado puede erigir en servicio público cualquier actividad privada, en perjuicio de los derechos de los particulares. Este peligro que señala Diez, es el que está latente en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal a que hicimos alusión, pues prácticamente deja al arbitrio de la autoridad administrativa calificar cuando se está en presencia de una necesidad colectiva y, en consecuencia, convertirla en actividad sujeta a concesión. Ello mismo aconteció con la Ley General de Institu-

¹¹ Ob. Cit., págs. 192 y 193.

ciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que antes las actividades bancarias podían realizarlas los particulares previa la obtención de permiso, pero no de concesión. Sin embargo, posteriormente la Ley fue reformada para establecer el requisito de "concesión" para llevar a cabo cualquier actividad bancaria convirtiéndola el Estado en forma ilegal en un servicio público, como si se tratara de una actividad originaria y propia del Estado. Con tal medida, el particular se vio limitado en una actividad, que aunque sujeta a un severo régimen de control y vigilancia, (policía administrativa) antes podía realizarla una vez cumplidos los requisitos señalados por la Ley; pero ahora al calificarla como servicio público y quedar en consecuencia sujeta al régimen de concesiones, el Estado queda en entera libertad de otorgar o no la concesión respectiva, inclusive sin necesidad de fundamentar o motivar su negativa ya que de acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia el acto de concesión no confiere al particular un derecho preexistente, en tanto que en el régimen de permisos y autorizaciones el particular tiene un derecho preexistente que sólo se encuentra limitado hasta en tanto haya cumplido los requisitos señalados en la Ley. Se aprecia con toda nitidez que de aceptarse la teoría de Marienhoff, queda al capricho, en algunos casos del Organismo Legislativo ordinario y en otros del Organismo Ejecutivo, calificar cuando una actividad tiene el carácter de necesidad colectiva o de interés general, y por ende, sujetarla a un régimen de servicio público constituyéndose en una actividad reservada al Estado quien graciosamente puede o no concederla a particulares para su prestación mediante el acto de concesión.

Por todos esos razonamientos, Díez,¹² con quien coincidimos, colige que "...Cuando el particular se dedica a ciertas actividades que pueden interesar a la colectividad, como en el caso de las farmacias o de los mozos de cordel y muchas otras similares, no está prestando en manera alguna un servicio público, aunque el control que el Estado ejerce en el servicio puede interesar al público, en mérito de que mediante esa vigilancia se evita la comisión de abusos en las ventas. Podría el Estado reglamentar ese comercio y aún fijar precios, pero todo eso no le dará la característica de un servicio público ni aún impropriamente considerado. Además esta concepción estaría sujeta a mutaciones, según se produjeran o no oscilaciones de carácter económico en el Estado. Los llamados servicios públicos impropios se han denominado, en Doctrina, actividades individuales de interés público."

Es innegable que la actividad de interés público tiene una relevancia que trasciende los términos estrictos de interés privado, pero de ahí no cabe deducir que tales actividades constituyen lo que propiamente se denomina servicios públicos.

¹² Ob. Cit., pág. 193.

Por otro lado, y en estrecha relación con el tema que nos ocupa, Marienhoff se pregunta, cuya cuestión corresponde a uno de los puntos planteados en este ensayo, si la necesidad o el interés que se satisfacen mediante el servicio público han de ser de carácter colectivo o general. La mayor parte de los autores coinciden que la necesidad o el interés a satisfacer ha de ser "colectiva" entendiendo por tal palabra no necesariamente la población entera, sino es suficiente que una parte de ella sienta la necesidad para cuya satisfacción se creó el servicio, y agregan que tal necesidad debe derivar de la *vida en comunidad* y que la necesidad sentida o apetecida para que tenga el carácter de colectivo deber ser sentida por ser miembro de la colectividad, o sea, como consecuencia de la vida comunitaria.

Sobre lo anterior, Marienhoff¹³ difiere de la postura adoptada por la Doctrina y señala al respecto que "no debe referirse a circunscribirse aquí el concepto de "necesidad" al hecho de que tal necesidad responda a un requerimiento de la vida en comunidad. El concepto de necesidad "colectiva" debe referirse al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas. Por eso, y ante el alcance o interpretación que se le quiere dar, en lugar de necesidad colectiva corresponde hablar directamente de necesidad o interés general.

"La especie o la índole misma de la necesidad nada influye en esto: basta con que sea sentida por un grupo apreciable de personas. Por lo demás, el servicio público no sólo puede existir en ciudades populosas, sino también en pequeñas aldeas o en modestas poblaciones, porque una necesidad "general" también puede existir en éstas. No veo razón alguna para que la provisión de energía eléctrica para alumbrado sea o pueda ser un servicio público, y no pueda hacerlo el de alimentación. En la época actual, la necesidad de luz, mediante alumbrado, no sólo la siente quien viva en un gran centro urbano, sino también quienes vivan en una zona rural: por eso es que la índole o especie de la necesidad es irrelevante en esta materia: lo esencial es que la respectiva necesidad exista. Exactamente lo mismo puede decirse de la alimentación. No debe olvidarse que para vivir colectivamente se requiere, como requisito *sine qua non*, la vida individual de cada uno, y esto, entre otras cosas, exige como básico la alimentación, cuya atención en los centros urbanos presenta características evidentes de servicio público. La necesidad de alimentarse no nace de la vida en comunidad: existe como imperativa exigencia biológica aunque el individuo viva aislado." Sigue argumentando Marienhoff que lo anterior "no desvirtúa la circunstancia de que ciertas necesidades, como el transporte, se hagan más intensas, y adquieran ciertas características especiales en los centros poblados que en los centros no poblados. Cada necesidad tiene su modalidad propia, lo cual no impide que todas puedan

¹³ Ob. Cit., pág. 30.

ser objeto y servir de base a un servicio público". Marienhoff concluye que es indebido el alcance limitado y restringido que se pretende dar al concepto de "colectividad" sugiriendo que en lugar de tal palabra, es más propio usar la denominación de necesidad, como "la suma apreciable de concordantes intereses individuales".

Diez¹⁴ refuta el alcance que Marienhoff pretende darle al concepto de necesidad colectiva para lo cual señala lo siguiente: "La idea del interés general se encuentra en todas las actividades públicas, sean ellas o no servicios públicos, y en este sentido los agentes públicos deben obrar siempre en interés general. Por otra parte, la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado. Por ello se ha dicho que lo que caracteriza al servicio público desde este punto de vista es que la satisfacción de una necesidad de interés general constituye el objeto de su creación. Una actividad se convierte en servicio público cuando los poderes públicos decidan asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general, que sin esa intervención sería insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha". Continúa exponiendo el citado autor que "la necesidad de interés general que se trata de llevar mediante el procedimiento de los servicios públicos es la que resulta de la vida del hombre en sociedad. El hombre aislado tiene necesidades que satisfacer que son fundamentales pero que las satisface por su cuenta, especialmente, por ejemplo, la alimentación. Más otras necesidades van a nacer como consecuencia de ser miembro de la colectividad. La necesidad, entonces, que el servicio público cubre, no basta que sea general; es preciso que sea una consecuencia de la vida colectiva. En consecuencia, la alimentación no constituye un servicio público. En la práctica la prestan directamente los particulares como actividad privada. En cambio el transporte es un servicio público porque es una consecuencia de la vida del hombre en la sociedad. Las necesidades que se experimenten de manera diferente de individuo o individuos, por ejemplo, la alimentación, no pueden ser satisfechas por el sistema de los servicios públicos ya que sería imposible reglamentar su prestación, desde que faltarían las grandes uniformidades que hacen posible las generalizaciones. Por ello se ha dicho que no puede ser considerado servicio público el del propietario de una panadería que suministra pan para todo un barrio, sobre todo si se tiene en cuenta que el interés de la administración podrá descubrirse en las medidas de policía de diverso tipo relativas a la producción de pan". Concluye Diez indicando que la apreciación del interés general es discrecional y queda en manos del poder público. Asevera, no sin cierta razón, que no existe un criterio uniforme para calificar qué actividades merecen el tratamiento de servicio público, pues ello depende de las necesidades, que cambian de tiempo en tiempo y de lugar. Ejemplifica, entre otros casos, el servicio de

¹⁴ Ob. Cit., pág. 202 y ss.

cultos, que fue en un tiempo servicio público en Francia hasta el año de 1905 que por Ley sancionada en ese año se decretó la separación de la iglesia y el Estado.

Comparando las posturas de los mencionados autores, bien podríamos calificar que la postura de Marienhoff refleja la tendencia, cada vez mayor, a una socialización de aquellas necesidades que afectan o puedan afectar a la colectividad. Por lo contrario, la actitud de Diez es evitar un aumento de las atribuciones del Estado y su intervención en las actividades que hasta ahora todavía tienen ingerencia los particulares, o sea, una actitud limitante de las atribuciones estatales. No obstante la discrepancia entre ellos, coinciden, independientemente de la interpretación del concepto de *necesidad colectiva*, que para que un servicio público merezca tal categoría jurídica, es menester que sea calificado como tal por el Estado, difiriendo en que Diez exige que sea al través de una Ley formal (Organo Legislativo) en tanto que a Marienhoff le basta con que provenga del Organo Ejecutivo, mediante decreto.

En nuestro país ciertamente que la tendencia coincide con la apuntada por Marienhoff y quizá no estemos lejos de actividades como la alimentación y vestido, entre otras, por el interés general que existe de disminuir las diferencias económicas entre los diversos estratos sociales, el Estado pudiera llegar en un tiempo no muy lejano, a convertir esas actividades en servicio público asumiéndolas en forma directa (estatización absoluta) o en forma indirecta mediante actos de concesión, constituyendo de esa forma prácticamente un monopolio estatal. Apenas en 1972, por reformas introducidas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dio el fundamento para la creación de la Ley Orgánica del INFOVIT, Organismo Público Descentralizado por servicio, que desde entonces tiene por objeto proveer a la clase trabajadora de una vivienda decorosa y digna. No cabe la menor duda que la vivienda constituye una necesidad de interés general: la cual no nace de la vida en sociedad. La prestación del servicio social de proporcionar vivienda actualmente no es originaria del Estado, por lo que no se requiere obviamente la obtención de concesión estatal para dedicarse a tal actividad; se requiere, en todo caso, permisos y autorizaciones, los cuales son exigidos por las Leyes aplicables como medidas necesarias para salvaguardar la seguridad, el orden, al igual que evitar abusos en perjuicio de los que contratan con aquellos que se dedican a tales actividades. En el ejemplo citado, no es una actividad totalizadora o monopolizante por parte del Estado; éste ha asumido tal función, paralelamente con los particulares, como un imperativo categórico social del fin último que justifica su existencia: El bien común. En el caso planteado la actividad no constituye un servicio público, pues para ello tendría que ser una actividad que sólo el Estado pueda realizarla por sí o mediante concesionarios, como sucede en el caso de las minas, transportes, pesca, etc. En los términos como está redactado

el capítulo de "Servicios Públicos" en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal podría haber una interpretación extensiva para comprender en el concepto de necesidad colectiva múltiples actividades que corresponden a los que la Doctrina llama servicios públicos "impropios" o "virtuales" y, pretender con ello convertirlas en servicios públicos "propios" de manera que sea el Estado a quien corresponda originalmente la actividad pudiendo llevarla a cabo por sí mismo o al través del acto de concesión, con lo cual se pondría en grave peligro la fuerza y vigencia del derecho individual consagrado en el Artículo 4 de nuestra Constitución.

VI. *Distinción entre función pública y servicio público*

Zanobini, citado por Fernando Garrido Falla,¹⁵ opina que la función pública representa el ejercicio de una protesta pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad del Estado, o sea, del ejercicio pleno de su soberanía, en tanto que el servicio público representa, por su parte, actividades materiales, técnicas, incluyendo de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines.

Por su parte, Rafael Bielsa¹⁶ afirma que en principio la distinción entre función y servicio público se encuentra en que en el primer caso es abstracta y general, en tanto que en el segundo es concreta y particular, agregando que entre las funciones esenciales del Estado, se encuentra la defensa de la soberanía, la de asegurar la paz interior, la de promover el bienestar general. La función, concluye es un concepto institucional y el servicio público actualiza y materializa la función. Diez¹⁷ inicia señalando que hay ciertas funciones esenciales e inherentes a su calidad de Estado y que no se concibe su existencia sin su ejercicio directo. Por ejemplo, la Defensa Nacional, el Poder Impositivo, la Seguridad interior, la Administración de Justicia, etc. No es factible, dice, que puedan ser encomendados a los particulares, ni aún en su carácter de concesionarios, por ser indelegables. En resumen indica que "en la actividad de la administración es posible distinguir la función pública del servicio público. Mientras es la actividad del Estado, la legislación y la justicia se caracterizan siempre por ser ejercicio de una función pública, la actividad administrativa comprende además del ejercicio de la función pública, el de los servicios públicos. Es necesario limitar el concepto de servicio público solamente a algunos aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de función pública como forma superior de manifestación de la misma actividad".

¹⁵ Ob. Cit., pág. 344.

¹⁶ Ob. Cit., pág. 475.

¹⁷ Ob. Cit., pág. 188.

Encontrar el criterio que permita distinguir ambos conceptos es trascendente, ya que ello permitirá decidir si se está o no en presencia de un servicio público, y a cargo de quien queda su prestación. A nuestro juicio el concepto de función pública está íntimamente vinculado al de las funciones esenciales del Estado (legislativo, judicial y administrativo). Si bien tales funciones —que constituyen la manera o forma de expresión de las potestades o atribuciones esenciales del Estado— en sí mismas pudieran ser consideradas servicios públicos en sentido lato sensu, y si bien es cierto, por ejemplo, que la función judicial en tiempos remotos la llegaron a ejercer particulares, por el desarrollo que ha sufrido la estructura estatal, hoy en día las tres funciones mencionadas son el ejercicio primario y fundamental de la soberanía estatal, como lo señalan Bielsa y Diez, y constituyen actividades indelegables que por razones obvias en ningún momento pueden ser ejercidas por los particulares. En cambio, el servicio público, es un concepto que encuadra dentro de la administración y que por la índole de la naturaleza e importancia de la necesidad a satisfacerse, dependiendo de la valorización que cada país le concede a cada necesidad, en algunos casos el servicio debe ser prestado por la administración en forma directa, excluyendo la posible participación de particulares (Defensa Nacional, Policía Preventiva y de Seguridad). En cambio otras necesidades pueden ser prestadas conjuntamente por la administración y los particulares (educación, transporte, etc.) cuya índole de la necesidad a satisfacer, por lo menos hoy en día nuestro país, no reviste tal magnitud que requiera ser prestado el servicio en forma exclusiva por el Estado desplazando a los particulares. Por lo contingente y mutable de ambos conceptos, quizá el criterio que pueda servirnos de base para determinar si un servicio público debe ser prestado por la administración o si podrá serlo por los administrados, es el relativo a la determinación, en cada caso particular, si la actividad apareja la idea de soberanía, como son los casos de Defensa Nacional y Policía de Seguridad, en tanto que si la actividad no afecta ni interesa en forma contundente la idea de soberanía, el servicio puede ser prestado por los administrados o particulares. En Argentina, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica es una actividad que la desarrollan los administrados mediante actos de concesión; mientras que entre nosotros, a partir de 1960, (nacionalización) se convirtió tal actividad en un ejercicio de soberanía, y en consecuencia, en función pública por ser el Estado el que la ejerce totalmente, sin que puedan intervenir los particulares.

VII. *El servicio público como organización*

Por la importancia que tiene la prestación eficaz de un servicio público para la satisfacción de una necesidad colectiva o de interés ge-

neral, y a fin de que pueda llevarse a cabo con todos los elementos humanos y técnicos necesarios y convenientes para obtener óptimos resultados en su prestación, y cumplir así con el fin de su creación, el servicio público presupone usualmente una organización de elementos y actividades, una ordenación de medios materiales y personales, esto es una empresa en sentido económico. La idea de organización prácticamente es inseparable de la noción de servicio público. Sin embargo, hay autores como Marienhoff¹⁸ que señalan que no es necesario jurídicamente que exista una empresa o una organización agregando que lo substancial en la prestación del servicio público es la satisfacción de una necesidad, la cual puede ser satisfecha, haya o no organización constituida al efecto. La opinión de Marienhoff no tiene un sustento lógico pues toda organización presupone la combinación de elementos materiales y humanos, independientemente que tal organización o empresa tenga como titular a una persona física o moral, por lo que si una de las características del servicio público, como más adelante lo veremos, es la permanencia, resulta inconcebible que se pueda satisfacer sin que exista una organización, o sea, una combinación de capital y trabajo que permitan estar en condiciones y en aptitud de prestarlo eficazmente. La anterior aseveración queda corroborada por nuestro derecho vigente que en casi todas aquellas actividades calificadas como servicio público por nuestra legislación (Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional, en materia Minera, Ley Forestal, Ley Federal de Aguas, etc.), se exige una organización como presupuesto para asegurar la explotación de bienes del dominio público o la prestación de servicios públicos, o ambos a la vez. En algunos casos, como es el caso de la Ley de Vías Generales de Comunicación, no sólo exige una organización sino que ésta adopte la forma de una sociedad mercantil para asegurar su continuidad, independientemente del cambio de las personas físicas que formen parte de dicha organización.

VIII. Finalidad del servicio público

Todo el esquema técnico-jurídico atinente a la institución jurídica denominada servicio público tiene por objeto y fin que la actividad que se preste satisfaga una necesidad pública, colectiva o de interés general. En el capítulo Quinto de este ensayo hicimos alusión a los diversos criterios doctrinales para ubicar el concepto de necesidad colectiva y llegamos a la conclusión, si a ello se le puede llamar así, que dependiendo de la mayor o menor estatización será mayor o menor la amplitud o extensión de tal

¹⁸ Ob. Cit., pág. 52.

concepto. La finalidad del servicio público es satisfacer el mayor número de necesidades sean de naturaleza biológica o física, social, cultural, inclusive moral, y lo que es más importante que llegue a satisfacer al mayor número de sujetos que tengan tal necesidad. Por ello, uno de los caracteres propios del servicio público es su generalidad, como más adelante lo analizaremos. En consecuencia, si un servicio público no realiza el fin para lo cual fue creado, tiene lugar en todo caso la caducidad o rescisión de la concesión, según sea el caso.

IX. Régimen jurídico aplicable a los servicios públicos

Con motivo de la absurda tesis doctrinal sobre la doble personalidad del Estado (que en un tiempo tuvo su razón de ser), y que por desgracia todavía sostiene nuestro máximo tribunal, dio lugar en la doctrina al planteamiento del régimen aplicable a los servicios públicos, es decir, si su régimen jurídico es de Derecho Privado o de Derecho Público, o bien, parte de uno o parte del otro. Existe coincidencia en la Doctrina¹⁹ en el sentido de que el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos es primordialmente un régimen de Derecho Público. Sin embargo, Díez, entre otros, señala como excepciones a tal regla aquellos servicios públicos industriales o comerciales en que para su prestación se adopta la forma de empresa pública, más bien conocida entre nosotros como Empresa de Participación Estatal, mayoritaria o minoritaria.

En nuestra opinión el régimen jurídico aplicable a la prestación del servicio público, sea por parte del Estado directamente o por medio de concesionarios, con mayor razón en el primer caso, es de Derecho Público, es decir, conforme a un régimen exorbitante del Derecho Privado. En resumidas cuentas, por afectar la estructura corporativa del Estado en cuanto que a él le compete, en última instancia, reglamentar, regular y vigilar su prestación y, en cuanto que en mayor o menor grado el Estado es el encargado de imponer las modalidades en su prestación y dado que, además, tratándose de un particular concesionario éste queda vinculado en cuanto a tal actividad a todo un régimen jurídico distinto a las normas propias del Derecho Privado, colegimos de ello que todo el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos es de Derecho Público, aún en aquellas transacciones que realiza, por ejemplo, un concesionario al adquirir maquinaria y equipo, pues uno de los elementos del servicio público es la estabilidad financiera necesaria para prestarlo eficazmente, estabilidad que vigila el propio Estado y para ello exige determinadas condiciones y requisitos para mantener tal equilibrio financiero. Claro está

¹⁹ Ver Dr. Gabino Fraga, Derecho Administrativo; Dr. Andrés Serra Rojas, Derecho Administrativo; Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, entre otros.

que cuando el concesionario adquiere equipo o maquinaria como medios de capital o como instrumentos para prestar el servicio público, considerado en sí mismo el acto de adquisición (contrato de compraventa) se regula como institución jurídica, por el Derecho Privado; sin embargo, aún en ese caso, la adquisición del equipo o maquinaria, en muchas ocasiones, es por orden de la autoridad concedente, para contar con los elementos materiales necesarios para la eficaz prestación del servicio, o bien, para renovar la maquinaria o equipo deteriorado u obsoleto. En cuanto a las relaciones del concesionario o prestador del servicio público con el usuario, su relación se regula preponderadamente por el Derecho Público, pues el prestador del servicio está sujeto a un régimen de tarifas, a un conjunto de términos y condiciones relativos a la manera y forma de prestar el servicio, los cuales no son materia, ni pueden serlo de discusión o transacción con los usuarios, o sea, legalmente carece el prestador del servicio de la autonomía de voluntad, propia del Derecho Privado en materia contractual, para discutir y convenir con el usuario los elementos esenciales de la manera y términos de prestar el servicio, pues ello le es impuesto unilateralmente por el Estado. En fin, que todas las actividades del prestador están impregnadas del Derecho Público, cuyas normas de control son cada vez más intensas y rigurosas, ejerciendo el Estado un poder de policía general, continuo y permanente. La solución que se ha dado en cada país sobre el régimen jurídico aplicable es más o menos generalizado y uniforme. En donde difieren es en los tribunales competentes para dirimir las controversias que surjan entre la autoridad concedente y el concesionario, por un lado, y este último y el usuario, por el otro. Naturalmente el hecho de que en algunos casos los tribunales ordinarios (y no los tribunales contenciosos-administrativos) sean los competentes para resolver tales conflictos no es razón legal para determinar el régimen jurídico aplicable en cuanto al derecho sustantivo.

X. Caracteres jurídicos del servicio público

En razón de que se trata de satisfacer una necesidad pública colectiva o de interés general, el servicio público debe estar dotado, tal como quedó señalado en el capítulo anterior, de medios y normas exorbitantes al Derecho Privado, es decir, sometido a un régimen de Derecho Público, de ahí que la Doctrina y nuestra propia legislación señalan cuatro caracteres fundamentales que deben tener los servicios públicos, que son los siguientes: continuidad, regularidad, igualdad y generalidad. Algunos autores, como Marienhoff, señalan como elementos característicos también la obligatoriedad de prestar el servicio público.

Tales caracteres, incluyendo el de la obligatoriedad, constituyen la

esencia propia del servicio público sin los cuales la noción perdería su auténtico y cabal significado.

La continuidad constituye quizá el carácter más acentuado del servicio público, y ello significa que la prestación no puede interrumpirse ni suspenderse por haberse establecido en favor de la colectividad. Paralizar los servicios públicos puede ocasionar graves daños a la colectividad y a nuestro juicio debe sancionarse severamente todo acto tendiente a su interrupción total a parcial. En nuestro país continuamente se ve amenazada la interrupción de un servicio público por el ejercicio, irrestricto y absoluto del Derecho de huelga, cuyo tema será analizado en el último capítulo de este trabajo.

El segundo elemento del servicio público es la regularidad lo cual es distinto del de la continuidad. Decíamos que un servicio es continuo cuando no se interrumpe, en tanto que la regularidad se refiere a que el servicio se preste en forma correcta y de acuerdo con la reglamentación vigente. Por ello, la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra, señalan que para el buen funcionamiento del servicio la administración cuenta con la facultad de imponer modificaciones y modalidades en su prestación que sean necesarias y razonables.

Otro elemento fundamental del servicio público es el principio de igualdad. El servicio debe prestarse en igualdad de condiciones, sin que obste que se puedan establecer diversas categorías de usuarios manteniéndose en estricta igualdad a todos aquellos que estén en determinada categoría. Algunos autores denominan a este elemento con el nombre de uniformidad.

También el servicio tiene el carácter de general, es decir, que es para todos y no a determinadas personas. Dicho principio se vincula intensamente con el de igualdad o uniformidad ya que el servicio tiene derecho a usarlo todos los habitantes que cumplan o satisfagan los requisitos que la Ley del servicio imponga en cada caso para su otorgamiento o prestación.

Por último, algunos autores como Marienhoff, señalan como característica esencial de los servicios públicos, la obligatoriedad. Al efecto señala, con toda razón, que de nada servirían los caracteres mencionados sino debe prestarlo o realizarlo quien estuviere obligado a ello. La negativa a prestar el servicio debe tenerse como una falta gravísima. Muchas de nuestras leyes que regulan diversos servicios públicos señalan como causa de caducidad del servicio no prestarlo cuando es solicitado, siempre y cuando no medie una causa justificada. Obviamente que la nota o característica de obligatoriedad se encuentra referida a quien debe prestar el servicio; no al usuario, a pesar de que hay determinados servicios públicos obligatorios para el usuario, como es la instrucción primaria de acuerdo con el Artículo 3o. Constitucional.

XI. Órgano estatal competente para calificar si una actividad constituye una necesidad colectiva o de interés público y, en consecuencia, debe satisfacerse mediante el sistema del servicio público

La cuestión planteada es determinante para saber en cada caso qué órgano es el competente para calificar cuando estamos en presencia de una necesidad de tal magnitud que merezca y requiera ser satisfecha mediante el procedimiento del servicio público. Esto tiene una importancia capital por cuanto que tal calificación viene a poner en peligro o a restringir la libertad privada en virtud del principio de libertad de trabajo.

El planteamiento del problema no sólo se restringe a determinar si el órgano ejecutivo es o no competente para llevar a cabo tal calificación sino que de acuerdo con la jerarquía de normas jurídicas nos encontramos en nuestro Derecho con el problema atinente a saber si la actividad a calificarse como necesaria implica una reforma constitucional o es suficiente una ley secundaria. Este tema, merece de por sí ser analizado bajo un tratamiento monográfico más amplio que el presente. Nos inclinamos a sostener que corresponde la facultad de crear servicios públicos al órgano legislativo. Hay que distinguir: a) si se trata de un servicio público exclusivo del Estado que tenga como presupuesto necesario para llevarlo a cabo la explotación de un bien del dominio del Estado debe estar contenida la facultad en forma expresa en el texto constitucional. Hubiera sido un acto inconstitucional que mediante una ley secundaria u ordinaria, sin reforma constitucional, se hubiera decretado el dominio directo de la nación sobre los hidrocarburos (artículo 27, párrafo 4º de la Constitución) y, por ende, que su aprovechamiento o explotación hubiere dado exclusividad o monopolio al Estado. Por ello cuando en 1917 los hidrocarburos fueron incluidos en el texto constitucional como del dominio directo no por ello quedó impedido el Estado para conceder su aprovechamiento a terceros, mediante concesiones, pero para que el aprovechamiento y explotación fueran exclusivos del Estado, hubo necesidad del acto de nacionalización mediante la reforma constitucional respectiva. Lo mismo cabe decir de aquellas actividades que ejerce el Estado en forma exclusiva a que se refiere el Artículo 28 Constitucional; y b) la otra situación es la relativa a que si en el texto constitucional se atribuye expresamente al congreso la facultad de legislar sobre ciertas instituciones que impliquen servicios públicos, es factible que la creación de tales servicios correspondan al órgano legislativo en sus funciones ordinarias, sin requerirse en todo caso la reforma constitucional; lo que no es admisible por ningún concepto, aún cuando haya una Ley del Congreso de la Unión sobre el particular, que sea el órgano ejecutivo, como sucede en el caso de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, quien califique cuando se está en presencia de una necesidad y la convierta a un régimen especial de servicio público, pues ello implica

romper el esquema y estructura de nuestro régimen jurídico en detrimento de la libertad de trabajo. Téngase presente que los derechos individuales sólo pueden ser restringidos o limitados por medio de una ley en sentido formal y material emanada por el órgano legislativo. En esta materia no cabe el ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto a determinar si se está o no en presencia de una necesidad colectiva, pues ello implicaría prácticamente la delegación de facultades legislativas en el ejecutivo, lo cual está prohibido en principio por nuestra Constitución.

En síntesis la creación de un servicio público le corresponde al órgano legislativo, sea al constituyente permanente o al ordinario, según sea el caso. Para sustentar la expresada competencia legislativa caben los siguientes argumentos:

1. La creación de un servicio público limita la esfera de acción de los particulares o administrados, afectando su libertad, su propiedad, la libertad de comercio, de industria, etc.;

2. Los medios con que cuenta un servicio público desfavorecen o perjudican a las actividades privadas concurrentes, lo que sucede aunque se trate de un servicio público no monopolizado, pues ello es una consecuencia de la fuerza o poder económico del Estado, cuyo Presupuesto cubrirá eventualmente el déficit que arroje el servicio público, de ahí que surja por parte del Estado, tratándose de un servicio público no monopolizado, su concurrencia que bien puede calificarse de competencia desleal pues resulta mucho más gravosa y difícil para las empresas privadas que compiten con el Estado en la prestación del servicio; y

3. La creación de un servicio público por parte del ejecutivo que implica a su vez la creación de un organismo descentralizado o empresa de participación estatal trae aparejada necesariamente una nueva inversión que debe de ser autorizada por parte del Congreso de la Unión (Cámara de Diputados) por medio del Presupuesto de Egresos de la Federación.

XII. El derecho de huelga en los servicios públicos

Cuando hablamos de los caracteres jurídicos de los servicios públicos mencionábamos su continuidad, o sea, la no interrupción del servicio porque ello puede ocasionar graves daños a la colectividad. De ahí que la huelga en los servicios públicos es una contraposición a ese elemento esencial que es la continuidad. Aparentemente resultan antagónicos el derecho a la continuidad del servicio público y el derecho de huelga. En el Apartado A) del Artículo 123 y su Ley Reglamentaria (Ley Federal del Trabajo), el Derecho de Huelga se consagra en forma absoluta, cuando es calificada como lícita. En cambio, el Derecho de Huelga no es absoluto en su origen tratándose de los trabajadores al servicio del Estado, según lo dispone el Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, pues para

que la huelga sea procedente se requiere que las violaciones a los derechos de los trabajadores sea de manera general y sistemática; pero también como sucede en el Derecho de Huelga previsto en el Apartado A), dándose los presupuestos correspondientes la huelga se convierte en un derecho absoluto e irrestricto. No cabe la menor duda que la huelga se desnaturaliza cuando se le usa como instrumento de lucha y presión políticas; pero tampoco cabe duda sobre la legitimidad de tal derecho cuando se ejerce como medio eficaz para contrarrestar los abusos y excesos de los patrones, y estabilizador de las fuerzas sociales y económicas. La huelga en los servicios públicos da la impresión que son incompatibles, pues por una parte existe el deber del Estado de asegurar a toda costa la continuidad del servicio.

Reconocer el derecho de huelga en los servicios públicos implica destruir, en beneficio de una colectividad menor, el régimen jurídico de una colectividad mayor. Por razones estrictamente políticas, que no viene al caso señalarlas, muchas de las actividades que constituyen servicios públicos, las relaciones laborales entre los prestadores del servicio y sus trabajadores se rigen por el Apartado A) del Artículo 123 a pesar de que existe disposición legal contenida en el Artículo 1º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional que enumera en forma enunciativa más no limitativa aquellos Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal que quedan también comprendidos en dicha Ley, así como cualesquiera otros análogos que presten servicios públicos. Por el principio de autoridad formal de la Ley, es cuestionable que el Ejecutivo al crear un Organismo Descentralizado o una Empresa de Participación Estatal destinado a la prestación de un servicio público pueda señalar en el propio decreto que las relaciones obrero-patronales se regirán por el Apartado A), pues ello implicaría una derogación a la disposición mencionada de la ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. También sabemos que se ha usado como instrumento para restar una fuerza a la huelga en los servicios públicos, la facultad de la requisición, prevista en la ley de Expropiación cuyo instrumento legal suele usarse con mucha frecuencia. Como solución a tal aparente antagonismo se ha propuesto la adición de un nuevo Apartado, como C), al Artículo 123 Constitucional, tratándose de instituciones docentes. La solución a nuestro parecer es innecesaria si para el caso de huelga en los servicios públicos se adoptara el criterio que por ejemplo en Alemania se ha seguido sobre el particular. En dicho país se ha exigido el arbitraje obligatorio ante los Tribunales competentes, que entre nosotros evidentemente serían los federales, para evitar que en forma indebida se paralicen las actividades relativas a la prestación del servicio. Adoptar la posición del arbitraje obligatorio quizá resulta la solución más justa y equitativa conciliando así los intereses de las partes en conflicto, pues el arbitraje no menoscaba el

derecho de "huelga" y tampoco se paralizan los servicios pues ello implicaría que la autoridad judicial se avocara al fondo de la cuestión y resolviera definitivamente el conflicto planteado, y no esperar hasta que las partes decidan de mutuo acuerdo la solución del conflicto.