



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ARAGON "

SINTESIS DIALECTICA DEL DERECHO PUBLICO Y
EL DERECHO PRIVADO A TRAVES DEL SERVICIO
PUBLICO

^{D-39}
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PEDRO LOPEZ RUIZ

SAN JUAN DE ARAGON, MEX.

1985.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Der-472



1



A MIS PADRES Y HERMANOS:

Que siempre me tendieron la mano,
y me ayudaron a superar los obstá
culos difíciles que surgieron.

A MIS AMIGOS:

Que me brindaron ánimo para
realizar mi carrera profe -
sional.

AL DIRECTOR DE LA ENEP ARAGON
EL SR. LIC. SERGIO ROSAS ROMERO
Porque ha sabido conducirla, -
logrando éxitos para la misma.

AL DIRECTOR DE MI TESIS.
El Sr. Lic. Luis A. Guzmán
Sánchez, con gratitud y -
respeto.

I N D I C E

PAGS.

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

DIVISION CLASICA DE ESTADO EN SU DOBLE ASPECTO: DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

A. El Estado regulado por un ordenamiento Jurídico...	1
B. Teorías del Derecho Público y Privado.....	7
C. Distintas ramas del Derecho Público y Privado.....	19
D. El Ordenamiento Jurídico y su Estructura Escalonada.....	23

C A P I T U L O II

ESCUELA CLASICA FRANCESA Y MODERNA, ESCUELA FRANCESA-EN EL SERVICIO PUBLICO.

A. Representantes de la Escuela Clásica Francesa: . .	27
1. León Duguit.	
2. Gastón Jezé.	
3. Bonard Rogar.	
B. Representantes de la Escuela Moderna:.....	51
1. Louis Rolland.	
2. Marcel Walline.	
3. Andre de Laubadere.	

C A P I T U L O III

NOCION DE SERVICIO PUBLICO

A. El reclamo de las Necesidades Públicas.....	70
B. Concepto de Servicio Público y elementos que lo forman.....	75
C. Diversos modos de prestar el servicio público.....	82
D. Régimen Jurídico en el Servicio Público y Régimen-Jurídico en la Legislación Mexicana.....	88

C A P I T U L O I V

CONCEPTO Y PRINCIPALES LEYES DE LA DIALECTICA.

A. La categoría de la totalidad	101
B. La contradicción causa esencial del movimiento...	105
C. Síntesis dialéctica.....	118
CONCLUSIONES.....	123
BIBLIOGRAFIA.....	130

I N T R O D U C C I O N

En el proceso histórico de la humanidad, es el Derecho quien ha regulado a través del establecimiento de normas, a la sociedad.

Sabemos que tradicionalmente se ha dividido al Derecho en ramas, se le ha buscado una distinción fundamental, dividiéndolo en Derecho Público y en Derecho Privado.

Dialécticamente le llamaremos contradicción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, porque dicha contradicción es un fenómeno jurídico que se da a través del servicio público, ya que los autores de la Escuela Clásica francesa sostenían que los servicios públicos únicamente deberían ser prestados por el Estado y regulados por el Derecho Público; pero debido a la evolución que van teniendo los servicios públicos, posteriormente los autores de la Escuela Moderna francesa sostienen que los servicios públicos también pueden ser prestados por los particulares, y regulados por el Derecho Privado. Tal contradicción tiene un desarrollo, el cual llega a su etapa de madurez, hasta que la jurisprudencia francesa, reconoce que los servicios públicos pueden estar administrados por organismos privados, y sometidos al Derecho privado.

Ello nos da por resultado la síntesis dialéctica, y en dicha síntesis se encuentran presentes los elementos y factores que intervinieron o jugaron algún papel en el desarrollo. Con su interpenetración se obtiene algo nuevo y diferente, es decir se obtiene su conciliación y sufusión. Y así -

encontraremos que al hablar de la noción de servicio público en la nueva definición que se dá, ya se toma en cuenta el - aspecto doctrinal y jurisprudencial; por ello algunos autores consideran que en los servicios públicos es donde se dá una interpenetración entre el Derecho Público y el Privado, y con ello nosotros consideraremos que se dá, la síntesis dialéctica del Derecho Público y el Derecho Privado a través - del servicio público.

C A P I T U L O I

DIVISION CLASICA DE ESTADO EN SU DOBLE
ASPECTO:

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

A. EL ESTADO REGULADO POR UN ORDENAMIENTO JURIDICO.

En el proceso histórico de la humanidad, es el Derecho quien ha regulado a través del establecimiento de normas, a la sociedad. Las normas que regulan a la sociedad deben establecer un orden jurídico, y cómo veremos en el siguiente párrafo, el ordenamiento jurídico es la expresión o formulación concreta de determinado orden jurídico.

"...El orden jurídico es un complejo normativo, estructurado sistemáticamente y unificado por determinado sentido-teleológico, o bien por una única norma que sirve de fundamento a su validéz y que puede concebirse con prescindencia de su positividad, vigencia o eficacia. Con la expresión "ordenamiento jurídico" se hace más bien referencia a la formulación concreta de determinado orden jurídico, mediante normas-escritas o no principios jurídicos doctrinales y jurisprudenciales con positividad y vigencia dentro de determinado ámbito físico. En otros términos: El "Ordenamiento Jurídico", es la expresión de determinado orden jurídico ... "Ordenamiento Jurídico", apunta con inmediatez a los aspectos lógico-formales y técnicos de la formulación positiva de cierto orden jurídico. De tal manera ambos objetos conceptuales aparecen vinculados por una relación de materia y de forma de continente y contenido, haciendo ambos, referencia desde distintos puntos de vista, a una misma estructura normativa..."⁽¹⁾ Ahora bien, en cuanto a que el Estado está regulado por un ordenamiento jurídico, se debe a la relación que tiene el Estado y el Derecho.

¹ Enciclopedia Jurídica omeoba. Tomo XXI, pág. 116

Al respecto Gómez Arboleya Enrique, nos menciona - --
 "...que el problema del Estado y el Derecho es el de la -
 unión de voluntad y norma de ser y deber ser. Precisamente-
 por eso a toda especulación separación de ser y deber ser,-
 bien con una intención nomológica, o con un fin materialis-
 ta, se le ocupa el objeto. Pues un deber sin conexión con -
 este mundo se transforma en forma lógica deja de ser norma-
 jurídica, deja de ser Derecho, y por tanto no nos puede con-
 ducir al problema del Estado. De otra parte, una pura cade-
 na de acontecimientos sin sentido, un ser sin deber ser, -
 una voluntad sin normas no nos conduce tampoco al problema-
 del Estado, ni la representación de normas por masas, el Es-
 tado no es nunca poder físico..."(2)

Felice de Battaglia, nos dice lo siguiente: "...Si --
 examinamos las modernas sistematizaciones del Derecho Públi-
 co, nos encontramos con que en el mayor número de casos el-
 estudio se abre con la teoría del Estado, como persona jurí-
 dica. Dicho en otros términos, la deducción del Estado exige
 que este, en cuanto a sujeto de Derecho, le sea reconoci-
 da en el orden jurídico la personalidad. Del mismo modo el-
 hombre físico es sujeto de derecho, la persona psíquica y -
 moral también lo es. El Estado, por tanto, será sujeto de -
 Derecho, en cuanto le sea atribuida la personalidad.

El Estado, considerado en el orden del Derecho, es su-
 jeto de Derecho, es persona en cuanto que como quiera exis-
 te una voluntad y una acción del Estado que implica una de-

finida y propia capacidad, es titular de derechos y deberes. Derechos y deberes de los ciudadanos y los entes a el sometidos igualmente que los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos y tienen que cumplir sus deberes en relación al Estado... Es la personalidad jurídica, quien permite la instauración del Estado de Derecho, en el sentido que el Estado encuentre un límite en el derecho, límite en cuanto a las relaciones que tiene con los ciudadanos y al mismo tiempo, los ciudadanos pueden, con relación a el actuar pretensiones, si bien recíprocamente tengan deberes que el Estado hace o puede hacer valer..." (3)

Por su parte Serra Rojas nos señala lo siguiente: "...El Estado es un orden integrado por el Derecho, pero debe concebirse como unidad, como totalidad, como fuerza integradora. El derecho es la función específica del Estado, digamos la diferencia que debe existir entre "el elemento ordenador" y "el elemento ordenado"... ni el Derecho es una cosa que esté por si misma fuera y por encima del Estado, porque representa el procedimiento y la forma a través de la cual el Estado se organiza y manda, ni el Estado por otra parte, puede obrar independientemente del derecho, porque a través de este se forma manifiesto y realiza su propia voluntad..." (4) Aquí podemos confirmar lo antes manifes

3 Battaglia Felice, Estudios de Teoría del Estado, págs. 72, 73, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1966.

4 Serra Rojas Andrés, Teoría General del Estado, págs. 278 - 279, Ed. Porrúa, S.A., México, 1981.

tado, respecto a que el ordenamiento jurídico es la formulación concreta, ya que este párrafo dice que el Derecho es - la función específica del Estado, que el Derecho representa el procedimiento y la forma a través de la cual el Estado - se organiza.

Así pues, podemos entender que toda actividad, todo - fin que tenga el Estado, este debe actuar conforme a los li neamientos que le marca el Derecho.

Y continúa diciendo Serra Rojas lo siguiente:

"...Es un hecho indudable las necesarias e imprescindi bles relaciones que existen entre el Estado y el Derecho, - que nos obligan a no poderlos considerar con independencia - el uno del otro. Más debemos señalar que tanto el Derecho, - como el Estado pueden y deben considerarse como entidades - diversas.

Hay un proceso de fuerza o denominación que se manifies ta a través de la historia, pero el hombre al luchar por su libertad en verdad por lo que ha luchado es por el imperio - del Derecho y por el mantenimiento de un orden.

El Estado elabora su propio derecho, es el creador de - todas las instituciones nuevas, que reclaman la vida social. La lucha entre un Derecho positivo concluye. Ahora es el - Estado el que interpreta esa vida social, la encausa o acep - ta lo que debe estar al campo de la juricidad. La normación jurídica es una normación exclusiva estatal..."⁽⁵⁾

Por lo que respecta al asunto Francisco Porrúa Pérez, nos dice lo siguiente:

"...El aspecto jurídico del Estado, en sus lineamientos generales comprende al Derecho en un sentido amplio, en todas sus ramas. Es derecho del Estado el Derecho Público y también lo es el Derecho Privado, por tanto, porque de él emanan en forma directa o indirecta ambos como porque el Estado en última instancia, es el llamado a aplicar las normas jurídicas cualquiera que sea su naturaleza. Sin embargo, tradicionalmente se ha dividido al Derecho en ramas, se ha buscado en él una distinción fundamental, dividiéndolo en Derecho Público y en Derecho Privado..."⁽¹⁶⁾ y continúa diciendo más adelante:

"...Debemos hacer incapié en que el Estado, al crear el Derecho, se autolimita, pues dicta las normas que han de estructurar sus instituciones y funcionamiento; las normas que ha de encauzar su actividad. El mismo Estado señala el cauce, los moldes, la estructura de sus órganos y lineamientos a que ha de sujetarse su propia actividad... la noción científica del Estado en su base se encuentra una sociedad humana con constante actividad, aún cuando es el resultado de la libertad de los seres humanos que la desarrollan, tiene que realizarse dentro de los márgenes que señala el orden jurídico y que son indispensables, tanto para crear su misma organización social, como para conservarla y regir su funcionamiento. Y la sociedad estatal comprende no tan sólo a las

6 Teoría General del Estado, Pág. 159. Ed. Porrúa, S.A., México, 1980.

estructuras del poder normadas por el Derecho Público, sino también a la persona humana individual, a las múltiples instituciones del Derecho Privado que crea al relacionarse con sus semejantes. Por ello, no sólo el Derecho Público es Derecho del Estado, también lo es, el Derecho Privado..."(7)

"...En este sentido el orden jurídico, como nota esencial del Estado es unitario y total, es unitario, porque como fuente formal, mediata e inmediata, recurre siempre al Estado, pues siempre es creado por este, si estimamos correctamente a su realidad, no como una estructura de poder, si no como sociedad humana organizada, y es total, porque toda norma jurídica, de Derecho Público o de Derecho Privado se encuentra colocada dentro del orden jurídico e integrándolo y dando realidad a esta parte sustancial del Estado, a este ingrediente necesario o constitutivo de la sociedad estatal - que es el aspecto jurídico de la misma..."(8)

Así pues cabe hacer un pequeño comentario, diciendo que el Estado al crear el Derecho se autolimita y se sujeta al mismo, pero no solamente va a estar regulado por el Derecho Público o por el Derecho Privado, sino por la totalidad del orden jurídico en general. Esto es, que una vez que el Estado ha creado el orden jurídico, el Estado tiene que estar sujeto al mismo orden jurídico, y al concretizarse se convertirá en ordenamiento jurídico, como ejemplo tenemos la jurisprudencia, la cual será tratada, casi al final del siguiente inciso.

7 Porrúa Pérez Francisco, Ob. Cit. Pág. 164

8 Idem. pág. 164

B. TEORIAS DEL DERECHO PUBLICO Y EL PRIVADO.

Por lo que respecta a estas teorías trataremos de abundar lo suficiente porque en el capítulo cuarto, dialéctica - mente le llamaremos contradicción entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

"...Entre los Griegos, los Germanos y en general en la edad media, el Derecho Público asume los caracteres del Derecho Privado, llegando aún la misma soberanía al ser considerado como propiedad particular, mientras que los bienes públicos, se consideran meramente como bienes de familia..." (8)

Así también Galindo Garfias Ignacio, nos dice lo siguiente:

"...Que el Estado se identifica con la persona del soberano y el ejercicio de los poderes públicos, es algo que se encuentra integrado a los poderes patrimoniales del señor -- feudal. La propiedad privada, tiene su origen en prerrogativas o concesiones públicas, la confusión entre dominium e imperium es completa..." (9)

También dice que con la recepción del Derecho Romano, - los glosadores señalaron, en el estudio de las fuentes, las funciones de los órganos estatales que reglamentan la prestación de los servicios públicos y la existencia de normas de derecho privado, aplicables a la familia, a la propiedad y - al tráfico mercantil.

8 J. Bluntschili Gaspar, Derecho Público Universal, Volumen- 2 Tomo I, Pág. 215. Ed. Góngora, Madrid, S.F.

9 Derecho Civil, Pág. 73, Ed. Porrúa, S.A. México, 1980.

Pero es el caso que tanto en las normas de derecho público por ausencia de un Estado emocional fuertemente organizado, no encuentra campo propicio de aplicación, las normas de derecho privado, en cambio, fueron objeto de los comentarios que habfan llevado a cabo los glosadores y desarrollaron ampliamente. Ahora bien, en el Renacimiento el Derecho Privado, se enfrenta y se opone al Derecho del Estado, puesto que aquél tiene como fin ante todo garantizar la mayor suma de libertad del individuo.

Posteriormente Kant y Fichte señalaron la necesidad de distinguir entre Derecho Público y el Derecho Privado. Esas ideas filosóficas aparecen desarrolladas en la política, por la Revolución Francesa, con base en el individualismo, por ella proclamado. La obra codificadora, representa el resultado final de esta posición de doctrina jurídica... Durante el siglo XIX se trató de distinguir en la actividad del Estado, dos aspectos: aquel en que ejerce su actividad pública y actúa como sujeto de derecho público y aquella otra posición en la cual ejerce derechos patrimoniales, actuando como ente de Derecho Privado. (10)

A continuación señalaremos en una forma concisa, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado; lo cual sabemos que es muy discutido por los juristas, por ejemplo Radbruch, estima que "...dichos conceptos con categorías apriorísticas de la ciencia del derecho, otros autores dicen que se trata de una dictonomía de índole política, y no po--

cos niegan enfáticamente la existencia de un criterio válido de diferenciación..."(11) Así pues tenemos las teorías más importantes que acerca del asunto han sido formuladas:

Teoría Romana.- "La división de las normas jurídicas -- en las dos grandes ramas del Derecho Privado y el Derecho Público, es la obra de los juristas romanos. La doctrina clásica hayase sintetizada en la conocida sentencia de Ulpiano - "Publicum jus est quoad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem". Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; el que concierne a la utilidad de los particulares. A esta concepción se le conoce con el nombre de Teoría del Interés en Juego, - la cual indica que la naturaleza privada o pública de un precepto o conjunto de preceptos, depende de la índole del interés que garanticen o protejan. Las normas del público corresponden al interés colectivo, las del privado refierense a intereses particulares, 'dícese público', lo que beneficia a la comunidad. 'Derecho Público', es pues el que regula relaciones provechosas para el común. Las facultades de Derecho Público por ejemplo: las gubernativas del empleado, el Derecho del Voto del ciudadano concíbese para ser ejercitados en orden al bien general. El Derecho Público, rige los poderes que se hayan ejercitados en orden al bien general. El Derecho Público rige los poderes que se hayan directamente al servicio de todos; es decir, del pueblo. En cambio, -

11 Citado por García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Págs. 131, 132, Ed. Porrúa, S.A., México -- 1979.

los derechos privados por ejemplo: el de propiedad los tiene el interesado para sí antes que para nadie; hayanse al servicio de su poder, de su voluntad..."(12)

Teoría de la Naturaleza de la Relación.- Esta teoría - sostiene que el criterio diferencial entre los derechos privado y público, no deben buscarse en la índole de los intereses protegidos si no en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellas establecen. Una relación es la coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntrase - colocados en un plano de igualdad, como ocurre, verbigracia, si dos particulares celebran un contrato de mutuo o de compra-venta. Los preceptos del derecho dan origen a las relaciones de subordinación cuando, por el contrario las personas a quienes se aplican no están consideradas, como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación interviene el Estado, en su carácter de entidad soberana y un particular. Las relaciones de coordinación o de igualdad no sólo - pueden existir entre particulares, sino entre dos órganos - del Estado, o entre un particular y el Estado, cuando el último no interviene en su carácter de poder soberano. (13)

Teoría de la Renunciabilidad de Derechos.- El punto de distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado radica en la renunciabilidad o no de los derechos, es decir, - el que un derecho pueda ser renunciable, implica que pertenecerá al Derecho Privado, por lo tanto, no contando con esa-

característica significa que estamos frente al Derecho Público. Esta teoría ofrece algunos puntos de crítica: hay derechos públicos, que no obstante su naturaleza pueden ser objeto de renuncia, así veremos que el derecho a desempeñar un cargo político puede renunciarse. Visto por el otro lado, o sea, en lo que se refiere a derechos los hay que no pueden renunciarse, tales como la prohibición de renuncia de derechos privados en contra del orden público e interés de tercero y, la nulidad a todo aspecto que tienda a no responder por la evicción cuando haya mala fé, en nuestros derecho, contenidos en los artículos 6 y 2122 del Código Civil Vigente del Distrito Federal. (14)

Teoría de la Dualidad.- Esta teoría sostiene que el Estado en su organización requiere de normas especiales que no encuentran correlatividad con el Derecho Privado. El Estado investido de soberanía actúa conforme a ella, no deja de afirmarse que su estructuración especial sea distinta a la del Derecho Privado, es en algunas ocasiones cuando las normas de Derecho Privado tienen aplicación en la actividad estatal que, necesitando realizar su doble tarea por un lado, dando satisfacción a las necesidades públicas, razón de su existencia: y por el otro, actuando como particular que se convierte en propietario (montes, aguas, edificios). Si el origen del Derecho Administrativo, lo encontramos en el Derecho Privado, después veremos con su emancipación que adquiere

14 Vidal Riberoll Carlos Augusto, El Derecho Privado en el Derecho Administrativo, pág. 11. Tesis de la UNAM, 1963.

re figuras propias (concesión, expropiación). (15)

Y continúa diciendo:

"...En relación con esto, Legaz y Lecambra encuentra la distinción entre estas dos normas en la diferencia de estructura de la norma, que en uno u otro caso es "contingente", - pues depende del arbitrio legislativo, o, de la ideología - sustentada por el Estado. No dejando de reconocer lo cierto - de lo dicho, debemos afirmar que existe un Derecho Público - cuando la condición de la fuente de la obligación es una voluntad extraña al obligado; es Derecho Privado, cuando el hecho condicionante de la obligación es realizado por los propios sujetos..." (16)

Teoría Patrimonialista.- "(Berthedem y Bonnard, Planiol). La personalidad de la administración, se traduce en la facultad de poseer y adquirir bienes, limitándose el concepto fundamentalmente, al aspecto patrimonial (de ahí la influencia del Derecho Privado). Es de observarse que esta teoría no - encaja adecuadamente cuando nos referimos a los actos de autoridad del Estado, es decir, cuando se pretende representar al mismo sujeto de derechos. Además, si bien es cierto que la administración al actuar en función de sus bienes patrimoniales se ajusta al Derecho Privado, también es cierto que el - Estado por su naturaleza, hasta en estos, debe ajustarse a - ciertas normas especiales, para hacer un ente público..." (17)

15 Vidal Riberoll Augusto, Ob. Cit. Pág. 12

16 Vidal Riberoll Carlos Augusto, Ob.Cit. cita a Benjamín Villegas Basavilvaso. Derecho Administrativo, pág. 68

17 Vidal Riberoll Carlos Augusto, Ob.Cit.Cit. a Otto Mayer, - Derecho Administrativo, pág. 184.

Analizando esta teoría, vemos con claridad la aplicación del Derecho Privado en el Estado, pues la naturaleza de sus actos en este campo así lo manifiestan.

Se ha dicho que para poder apreciar la influencia que ejerce el derecho privado en la administración pública, es necesario que el Estado realice un acto privado; sin embargo el que digamos que al referirse a la administración o a lo patrimonial, casi siempre actúe como sujeto particular, no resuelve el problema; de ahí que diga Otto Mayer:

Todas las veces que se plantea prácticamente la cuestión de la atribución a una u otra esfera, es decir, si una relación jurídica de contenido económica-privada en la que es parte la administración pública, está reglamentada por el Derecho Civil o por el Derecho Administrativo, se llega a soluciones discordantes. En estos casos de duda, es menester un examen previo, aplicando a la relación cuestionada sucesivamente, las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado; la solución verdadera, será la que explique más natural y simplemente todos los detalles dados, y tengan las menores excepciones y contradicciones (18)

Teoría de la Legislación Especial o Común.- Para Roguín, autor de esta teoría la voluntad del legislador es la que asigna carácter público o privado o una determinada relación. Sólo motivos de conveniencia o de necesidad son los que determinan la adscripción de la relación jurídica a uno u otro derecho. Hay Derecho Público, según Roguín, siempre que pue-

da reclamarse por el Estado o una autoridad en nombre propio y no sólo en el de otro juez o magistrado, la observación o sanción de una ley; lo mismo ocurre cuando esta observación puede pedirse contra el Estado o una autoridad; hay Derecho Privado únicamente si el cumplimiento del derecho se pide sólo a instancia de un sujeto o contra un sujeto sin carácter oficial. Por lo que respecta a este criterio, le deja la absoluta libertad al legislador la determinación de la naturaleza de la relación (19)

Tesis de Kelsen.- Por lo que toca a Kelsen, una de las divisiones más funestas en la que pretende fundarse la ciencia del derecho, es la de derecho público y derecho privado, que a su vez califica como una irrupción de la política en la teoría del Estado, aún cuando esa diferenciación constituye la médula de toda la sistemática teórica jurídica es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto, cuando se distingue entre Derecho Público y el Privado.

Reconoce dicho autor que aparentemente existe una distinción fundamental entre el mandato unilateral, dotado de fuerza jurídica, obligatoria que dicta un órgano del estado-facultado para practicar la coacción, de acuerdo con la norma jurídica que constituye el deber jurídico de los súbditos para acatar esos mandatos y la obligación impuesta por el acuerdo de dos o más voluntades, por virtud de un negocio ju

19 Villegas Basavilbaso Benjamín, Derecho Administrativo, - Pág. 67 cita a Ernesto Roguín, Tomo I, sin Ed. Argentina-1945.

rídico.

Sin embargo, en el fondo se trata de la misma cuestión-jurídica y de idéntico proceso normativo... se deduce que para Kelsen no existe distinción en las relaciones jurídicas - que median entre particulares, o entre particulares y órganos del Estado, dado que el proceso es idéntico y no podemos hablar de relaciones de coordinación y subordinación. Tampoco la distinción puede basarse en la naturaleza unilateral o bilateral que respectivamente tienen el mandato y el contrato, ya que en el Derecho Privado existen negocios jurídicos obligatorios, por decisión unilateral, y en el Derecho Público se presentan casos de actos realizados por autoridades, que sólo obligan al súbdito, cuando este da con su conformidad.

Por consiguiente se impone la emancipación de la sistemática del Derecho Privado y del Derecho Público en que actualmente nos movemos. (20)

Tesis de León Duguit.- Para Duguit, las relaciones jurídicas tanto en uno como en otro derecho, son iguales y no puede haberse fundado el derecho público en el privado, o, viceversa, pues en su concepto es el mismo fundamento, ya que en los dos derechos vamos a encontrar una solidaridad social; en el fin es el mismo y el fundamento también; es inaceptable pensar que uno persigue un fin distinto del que se propone el otro. También protesta contra la afirmación co---

20 Rojina Villegas Rafael, Introducción al Estudio del Derecho, Págs. 435, 436, Ed. Porrúa, México, 1967.

rriente de emplear un sistema diferente para el estudio del derecho público y del derecho privado. Dice que el derecho es una ciencia social y que el sistema de las ciencias sociales debe ser el mismo; que es el sistema de investigación por vía de deducción y de inducción y de observación; rechaza la idea de alguno de los autores de querer emplear métodos distintos para el estudio de ambos derechos; también rechaza la distinción que se fórmula entre el acto jurídico de derecho privado y el acto jurídico de derecho público; es la realización de un acto jurídico en el cual siempre es una manifestación de voluntades protegida por el Derecho, cuando el sujeto, expresa su voluntad dentro de los límites de la norma jurídica... Las actividades legislativas jurisdiccional y administrativa, se llevan a cabo por manifestación de voluntad de los gobernantes que encaja dentro del derecho. El legislador, al formular una ley, está llevando a cabo una manifestación de voluntad dentro de los postulados de la norma fundamental esto se identifica a la manifestación que ejecuta un particular al celebrar un contrato o cualquier acto unilateral al que el derecho le otorgue validéz jurídica.

Lo mismo la voluntad del juez al fallar una controversia, está haciendo una manifestación de voluntad dentro de una norma, y el derecho la protege elevándola a la categoría de cosa juzgada; así mismo la función administrativa en la que el Estado cumple actos que condicionan la aplicación de situaciones de derecho.

Duguit encuentra que la única distinción entre derecho-

público y privado no es en su fundamento, ni en su espíritu o naturaleza, como se ha pretendido sino sólo en la sanción; indica, que en derecho público no puede existir la sanción directa del Estado, que existe en el derecho privado, como en el derecho público, el derecho del Estado, no podrá aplicarla fuerza contra sí mismo. (21)

La Personalidad del Estado en la Jurisprudencia
Mexicana.

En nuestra jurisprudencia encontramos la siguiente en--relación a la personalidad del Estado. la cual nos menciona -rojina Villegas.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Tesis número 450 Tomo II, pág. 867:

CUANDO ES PROCEDENTE EL AMPARO PROMOVIDO POR EL ESTADO.

"El Estado, cuerpo político de la nación, puede manifes-
tarse en sus relaciones con los particulares, bajo DOS FASES
DISTINTAS: COMO ENTIDAD SOBERANA, ENCARGADA DE VELAR POR EL-
BIEN COMUN, por medio de dictados cuya observancia es obliga-
toria, y como entidad jurídica de derecho civil, porque po-
seedora de bienes propios que le son indispensables para ejer-
cer sus funciones, le es necesario también entrar en relacio-
nes de naturaleza civil, con los poseedores de otros bienes,
o con las personas encargadas de la administraci3n de aqué-
llos. Bajo esta segunda fase, ésto es, el estado como perso-
na moral capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones,
está en aptitud de usar aquéllos medios que la ley le conce-

de a las personas civiles, para defensa de unos y otros, entre ellos el juicio de amparo; pero COMO ENTIDAD SOBERANA, - NO PUEDE UTILIZAR NINGUNO DE ESOS MEDIOS, sin desconocer su propia soberanía, dando lugar a que se desconozca todo el imperio, toda la autoridad o los atributos propios de un acto-soberano; además, no es posible conceder a los órganos del Estado; el recurso extraordinario de amparo, por actos del mismo estado, manifestando a través de otro de sus órganos, - porque se establecería una contienda de poderes soberanos y el juicio de garantías, no es más que una queja de un particular que se hace valer contra el abuso del poder". (22)

Para poder dar por terminadas estas teorías, citaremos el interés y fundamento práctico de las mismas, así tenemos que Cabanellas, nos señala la siguiente distinción entre el Derecho Público y el Privado:

"a).- En relación a la personalidad: en el privado, el fin es inigual; el público, es la totalidad de los individuos bajo la idea del derecho en el Estado.

b).- En relación con el objeto: en el privado, los vínculos jurídicos entre particulares; en este, el Estado, la manifestación orgánica del pueblo.

c).- En la relación de subordinación y dependencia: el privado se da por la propia personalidad sustantiva e independiente de cada individuo; mientras que en el público se toma en cuenta la subordinación y dependencia en que se hallan colocadas las personas.

d).- En relación de expresiones de voluntad: por la --- equiparación o igualdad teórica de las personas en el derecho privado, frente al sentimiento de la voluntad al mandato superior en el ordenamiento público.

e).- En relación de necesidades y aspiraciones: las del individuo en el privado, las del orden social jurídico en el público.

f).- En relación del carácter de los sujetos: particulares en el derecho privado, y dotados de poder público en el derecho de esta otra índole". (23)

C.- DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO PUBLICO Y PRIVADO.

No obstante de haber señalado la división del derecho - en público y privado, hablaremos todavía de una subdivisión - de ambos derechos para el efecto de abundar más en la distinción que existe entre ellos, a continuación citaremos las - distintas ramas en que se subdividen:

RAMAS DEL DERECHO PUBLICO.- Se les divide fundamental - mente en las siguientes disciplinas: Derecho Político, que - se refiere a la estructura del Estado; Derecho Internacional - el cual puede ser público, que regula las relaciones - entre los Estados, y Privado, que determina la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas - jurídicas de más de un Estado que pretendan regir una situación concreta; Derecho Administrativo; Derecho Constitucional - nal; Derecho Penal, Derecho Procesal.

Ahora bien, tratadistas españoles, como Posada, Ruíz del Castillo y Sánchez Agesta, consideran Derecho Político sustantivo al Derecho Constitucional; pero dentro de la materia general del derecho político hacen caber todos los problemas que nosotros consideramos forman el objeto propio de la teoría del Estado.

Por su parte, los autores franceses y gran mayoría de los italianos llaman Derecho Público a la parte del derecho que estudia el Estado en su aspecto teórico, y denominan Derecho Constitucional a la parte que los estudia en su aspecto práctico o concreto en sentido estricto. (24)

A este respecto Galindo Garfias, nos dice lo siguiente:

"... En el Derecho Positivo Mexicano, forman parte del Derecho Público por razones histórico políticas: a).- El Derecho Agrario que establece y organiza la distribución de las tierras entre los campesinos (artículo 27 Constitucional); b).- El Derecho Laboral que norma las relaciones séptima a la Décimo Octava; c).- Y las leyes que regulan la propiedad y explotación del subsuelo (artículo 27 de la Constitución párrafos Tercero al Quinto)... " (25)

"Ramas del Derecho Privado.- El Derecho Privado está constituido por la legislación civil y mercantil y en general, por el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones entre éstos y el Estado, cuando este último no ejerce en la relación de que se trata, funciones propias del Derecho Público actuando

24 Porrúa Pérez Francisco, Ob. Cit. Pág. 162

25 Galindo Garfias Ignacio, Ob.Cit. Pág. 84

en ejercicio de la soberanía, "ejemplo: una dependencia gubernamental celebra un contrato de arrendamiento de una casa para instalar sus oficinas". (26)

Al respecto Rojina Villegas, nos dice que: hay tres aspectos fundamentales del Derecho Público:

- a).- Como Derecho del Estado, en sí mismo;
- b).- Como Derecho que fija las relaciones de los órganos del estado con los particulares;
- c).- Como Derecho que establece las relaciones entre los Estados.

En realidad, los dos primeros aspectos constituyen el Derecho Público interno, y en esta forma puede distinguirse el Derecho Público Interno, como Derecho Constitucional jurisdiccional, penal y administrativo, y por otra parte el Derecho Público Externo, o sea aquél que reglamenta las relaciones de los Estados entre sí, Esta rama del Derecho, constituye la materia de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

El Derecho del Estado es propiamente el Derecho Público Interno, ya que organiza la actividad misma del Estado y las relaciones de este con los particulares; se dividen en Derecho Constitucional, Jurisdiccional, Administrativo y Penal.- El Derecho Constitucional es propiamente el Derecho de organización del Estado, y que fija las atribuciones y competencia. En Francia se le llama Derecho Constitucional; en Alemania Derecho Político en estricto sentido, y Derecho Político Lato Sensu, al Derecho Público Interno.

El Derecho Penal se cumple con la misma función pero ya no como función de protección al individuo, sino como función de protección del interés público, pues el delito, actualmente es un acto en que se ha lesionado a la vez el interés público y privado y por esto el Estado lleva a cabo el procedimiento y fija la pena o sanción respectiva.

En el Derecho Administrativo, también se establecen reglas para la actividad de los órganos del Estado y para las relaciones de estos con los agentes, o sea con los funcionarios y empleados de una calidad inferior, fijándose también las reglas que imponen al Estado la obligación de determinados servicios públicos; esta materia en la actualidad absorbe principalmente al Derecho Administrativo; surge una parte en que existen relaciones entre órganos del Estado y particulares y otro aspecto contencioso administrativo, o sea, la pugna entre particular y un acto del estado, en el cual este comparece como particular para ser juzgado.

Nos dice que es preciso que el Estado haga un acto de economía privada y que en los casos dudosos será necesario hacer una investigación previa aplicándose sucesivamente las normas del Derecho Público y las del Derecho Privado, pero siempre las que expliquen más natural y más ampliamente todos los detalles del caso concreto y dejen de subsistir menor número de excepciones y contradicciones, serán las que convengan para regir el caso de que se trata.

Este criterio también deja de resolver la cuestión fundamental, porque entonces el problema se concreta en saber -

en que casos el Estado realiza actos de economía privada y -
cuales de ellos se rigen convenientemente por el Derecho Pú-
blico y cuáles por el Derecho Privado. (27)

D.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU ESTRUCTURA ESCALONADA

Después de haber visto las ramas en que se subdividen -
el Derecho Público y el Derecho Privado, veremos la estructu-
ra escalonada y la relación jerárquica de cada una de esas -
normas jurídicas, también veremos que en un momento dado, -
dichas normas van a tener una interrelación, pero que dichas
normas a la vez van a formar una unidad, o sea, un orden ju-
rídico, lo cual en relación con el inciso "A" de este primer
capítulo nos ayudará a entender en el capítulo IV la totali-
dad dialéctica.

Así pues, tenemos que Rojina Villegas nos dice, "...Kel-
sen es quien desarrolla los lineamientos fundamentales de la
estructura escalonada del orden jurídico, así como el procedi-
miento de jerarquización e individualización de las normas;
pero fué su discípulo Adolfo Merkel el que elaboró en forma-
más completa el sistema que podríamos llamar de pirámide ju-
rídica, en su obra die lebre von der rechtskraft, también en
este sentido Bierling y Verdros han hecho estudios interesan-
tes sobre la jerarquización de las normas, en la pirámide -
jurídica de la cúspide estaría simbolizada por la constitu-
ción en sentido lógico jurídico o norma fundamental hipotéti-
ca". (28)

27 Rojina Villegas Rafael, Teoría General del Estado Págs. -
91,92, Biblioteca Jurídica, México, 1968.

28 Ob. Cit. Págs. 448, 449.

Así también nos dice Rojina Villegas Rafael, que esta estructura escalonada es una de las partes medulares del sistema que Kelseniano, al considerar al orden jurídico como un sistema unitario, en el que las normas están jerarquizadas entre sí, en relaciones de supraordinación y subordinación, según se les considere respecto de de una norma superior o inferior. La pluralidad de normas que constituyen el derecho objetivo, forma un sistema unitario, porque su validez puede y debe ser referida a una norma fundamental que viene a ser la última fuente o término de esa estructura escalonada jerarquía de normas. Sabemos que toda norma jurídica deriva de su validez de otra que se encuentra en un plano superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental, o a la constitución en sentido lógico-jurídico. En las normas no tenemos diferente carácter de generalidad para ir descendiendo en una escala que nos lleve a las normas individualizadas. De esta suerte una norma puede encontrarse en medio de dos planos, uno superior y otro inferior. Es decir, puede encontrarse en relaciones de supraordinación y subordinación. Está subordinada a la norma que le es superior, y a su vez, a ella se encuentra subordinada una inferior. Por ejemplo, el reglamento es una norma jurídica general que está subordinada a la ley, como norma aún más general y que se halla en un plano superior de subordinación; pero la Ley a su vez está subordinada a la norma fundamental o constitución. En las constituciones es necesario también determinar que cierta constitución histórica, deriva de su validéz de otra ante---

rios y así sucesivamente... La norma fundamental tiene un carácter hipotético, en virtud de que suponiendo la validez de la misma, es decir, esa norma fundamental no puede derivar - su validez de otra norma, pues en ese mismo instante y por - ese sólo hecho, dejaría de ser fundamental. La lógica exige - imperiosamente que la norma fundamental sea el término más - alto de la jerarquía normativa, y por lo tanto, constituye - un valor en sí, o mejor su validez es hipotética.

La norma fundamental, sirve como principio ordenador, - coordinador y regulador de todo el sistema jurídico, para es - tablecer el proceso normativo, las modificaciones en el mis - mo aumentándolo o disminuyéndolo por reglas jurídicas nuevas o bien, por sustitución de todo un sistema. (29)

Por lo que respecta a Juan Manuel Terán, nos dice lo si - guiente:

"... Hay en el orden jurídico disposiciones de tipo más general que otras; frente a una circular administrativa orde - nando que los inspectores recaben determinado impuestose en - cuentra un artículo constitucional relativo a la facultad im - positiva del Estado en materia hacendaria, que es de mucho - mayor generalidad..." (30)

Nos dice que se llama pluralidad a las partes integran - tes de un sistema, a las diversas instituciones de los con - tratos de trabajo, a la contratación civil o mercantil, a la institución de aplicación de penas; mas he aquí que una plu - ralidad de partes no se encuentran en forma dispersa, sino -

(29) Ob. Cit. Págs. 443, 444, 445.

(30) Filosofía del Derecho, Pág. 145.
Ed. Porrúa, México, 1980.

ordenadas y unificadas en virtud de ese escalonamiento de normas jurídicas. ...Lo anterior revela que debe haber algún enlace entre las situaciones jurídicas generales y las situaciones jurídicas particulares.

El escalonamiento delegado de diversas etapas jurídicas puede ser ilustrado, en el sistema mexicano, observando que la constitución sigue el estrato legislativo de las leyes federales o reglamentarias de la Constitución, que no son lo mismo que los reglamentos; luego las leyes o la legislación ordinaria y, claro está, los reglamentos y disposiciones ordinarias, las circulares en el orden público y los contratos en el Derecho Privado y, por último, en el plano de los actos concretos de administración o actos de ejecución. En este escalonamiento se advierte como hay una cierta pluralidad creciente a partir de la unidad constitucional... No han sido recogidas todas las leyes, reglamentos y circulares para unirlos en un sistema sino que, lógicamente, hay que interpretar que se trata de un proceso de producción del derecho, que va del orden constitucional a la creadora pluralidad de las situaciones jurídicas derivadas. (31)

Consideramos que este capítulo ha sido desarrollado lo suficiente, en el cual los incisos "A" y "D", nos ayudarán a entender la totalidad dialéctica, y con los incisos "B" y "C" entenderemos la contradicción dialéctica, desde luego, a través de los servicios públicos; por que el capítulo siguiente nos servirá de base para hablar del desarrollo de la contradicción dialéctica.

C A P I T U L O I I

ESCUELA CLASICA FRANCESA Y MODERNA

ESCUELA FRANCESA EN EL SERVICIO -

PUBLICO.

A) REPRESENTANTES DE LA ESCUELA CLASICA FRANCESA.

Después de haber analizado la división entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pasamos a desarrollar las escuelas Clásica y Moderna, en el estudio del servicio público, en el cual intervienen el derecho, para regular esta actividad. Y así tenemos que "...durante el siglo XIX el criterio predominante fué el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares porque tratándose de personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, que es en lo que consiste la soberanía y poder público un sector importante pero limitado de la Doctrina Francesa vino a colocar la noción de servicio público como fundamento justificación y límite de la existencia del derecho administrativo..."⁽¹⁾. Y así tenemos al primero de los sostenedores de la escuela Clásica Francesa.

León Duguit.- En su libro Manual de Derecho Constitucional, nos dice "que en el interior de la nación y dentro de los límites del territorio ocupado por esta nación, los gobernantes diferenciados de los gobernados y monopolizando la fuerza, deben emplear esta fuerza en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos... Interesa, por lo tanto, precisar esta noción de servicio público, que es capital, y en torno de lo que gravita todo el Derecho Públi-

1 Fraga Gabino, Derecho Administrativo, Pág. 444 Ed. Porrúa-S.A., México, 1979.

co Moderno..." (2)

Nos dice Duguit, que así aparece claramente determina da la noción de servicio público: toda actividad cuyo cumpli miento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indis pensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la inter vención de la fuerza gobernante.

Podríamos decir que esta noción de servicio público es bien vaga, porque no permite indicar cuales servicios tienen en realidad, carácter de públicos... Esto no obstante, estimamos realmente que hemos expresado es fundamental. Esta - idea se contiene enteramente en la noción de una obligación-impuesta a los gobernantes admitiendo nuestro punto de parti da, que es la interdependencia social. Y de ser aceptada, - ella nos conduce necesariamente a nuestro concepto de servicio público, esto es, al concepto que implica la existencia de cierta actividad de tal índole que los gobernantes se encuentran obligados a intervenir, ejerciendo el monopolio de la fuerza detentada por ellos, para asegurar su cumpli mien-- to (3)

Se pregunta León Duguit "...¿Cuáles son las actividades cuyo ejercicio constituyen para los gobernantes una obliga - ción?... todo lo que puede afirmarse es que a medida que - avanza y se desarrolla, aumenta el número de actividades sus

2 Duguit León, Manual de Derecho Constitucional, pág. 71, Ed. - Francisco Beltrán, Madrid, 1921.

3 Idem. Págs. 72, 73

ceptibles de servir de base a servicios públicos, y el número de estos servicios públicos carece de día en día por esta misma causa. Esto es lógico. Porque de la civilización puede decirse que el efecto, consiste sobre todo en el crecimiento y mutilación del número de necesidades de toda especie que pueden ser satisfechas en el período más breve posible... Si se consideran y examinan las actuales sociedades civilizadas resulta relativamente fácil enumerar las diversas actividades que sirven de fundamento a los servicios públicos. No nos parece inútil hacer observar, desde luego que el carácter de servicio público no implica su monopolio en provecho de los gobernantes y de sus agentes, y que ciertas actividades, aunque pueden ser libremente ejercitadas por los particulares, son objeto de servicios públicos en la medida y límites en que los gobernantes y sus agentes las ejercitan a su vez..." (4)

Nos sigue diciendo León Duguit, que la enseñanza y la beneficencia son dos ejemplos bien patentes de lo que acabamos de decir. Los particulares pueden, sin género de duda, ejercitarse en la enseñanza; una parte considerable de la beneficencia, particularmente en Francia, se debe a la iniciativa privada. No por eso es menos cierto, que el servicio de la enseñanza y el servicio de la beneficencia, en la medida y en los límites que aseguran los gobernantes su cumplimiento son servicios públicos. No hay por lo demás actividad social que no pueda ser ejercida por particulares.

Más es indudable que hay ciertas actividades cuyo cumplimiento se ha exigido, desde el primer momento, a los gobernantes. Una hay, sobre todo, cuyo ejercicio ha sido siempre uno de los factores esenciales de la diferenciación entre gobernantes y gobernados, nos referimos a la defensa de la colectividad entera contra un enemigo exterior... El servicio de policía se ha exigido también, desde el primer instante en servicio público (entendemos por policía en sentido general).

Finalmente, hay un tercer servicio que viene a ser cumplimiento y la condición del anterior; aludimos al servicio de justicia. (5)

Recalca la idea de que no son ya los gobernantes los órganos de una actividad de una personalidad colectiva y --mando; son los gerentes o gestores de negocios de la colectividad; deduciéndose de este concepto una serie de consecuencias que vamos a examinar brevemente.

Digamos, desde luego, que el hecho de que aumente el número de servicios públicos, no implica necesariamente el aumento del poder del Estado, precisamente, porque dice que al Estado no se le debe considerar como poder. Decir que un servicio se convierte o debe convertirse en público, quiere expresar que este servicio habrá de ser organizado por los gobernantes y que funcionará bajo su control. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de este servicio y los fondos que a su cumplimiento se detienen,-

quedarán bajo la dependencia directa e inmediata de los gobernantes. Por el contrario, el aumento del número de servicios públicos implica una descentralización cada vez mayor de estos servicios.

Esta descentralización puede manifestarse bajo diversas formas que no podemos estudiar aquí en detalle, limitándonos a indicarlas. Estas formas son la de descentralización regional, la descentralización patrimonial que implica la consignación de un patrimonio autónomo, aplicando a la gestión de un servicio público determinado. La "descentralización funcionarista", ^(A) que supone un papel de dirección concedido a funcionarios técnicos encargados del servicio y finalmente de la concepción, que implica la explotación del servicio por un simple particular, con la intervención y control de los gobernantes. La tendencia del derecho moderno se manifiesta incontestablemente en sentido descentralizador; ello no es más que la consecuencia lógica del movimiento indicado anteriormente; el aumento de servicios técnicos y la desaparición de la creencia en el poder soberano del Estado. Muchos servicios públicos han sido felizmente regionalizados como los servicios de beneficencia. Muchos también habrán de ser patrimonializados como los servicios de beneficencia y funcionariamente descentralizados. Los artículos 41 y 69 de la Ley de Finanzas (Ley de Presupuestos) del trece de julio-

A Nota bene. Mejor sería llamarle desconcentración (véase - sobre desconcentración dice M.J. Charles; Brun en su Obra - el regionalismo, traducción de J.G. Acuña. Págs. 291-294.- Ed. Madrid.

de mil novecientos once, realizaron en este sentido afortunadas reformas en el servicio de ferrocarriles del Estado. No cabe duda que el mismo sistema deberá forzosamente ser aplicado a la explotación postal. (6)

Nos dice León Duguit que la forma más moderna y al mismo tiempo la más progresiva de descentralización funcionarista. Esta forma ha tenido un comienzo de aplicación en el servicio público de la enseñanza superior al disponer la creación de universidades administrativas por sus propios profesores, bajo el control de la autoridad superior^(B). Este sistema alcanzará mayor extensión, en un próximo porvenir, aplicándose a diversos servicios públicos de orden técnico. (7)

"...En cuanto los fondos y capitales de que los gobernantes tienen necesidad para asegurar el funcionamiento de los servicios, estos están protegidos jurídica y socialmente..." (8)

Al decirse que están protegidos quiere expresarse que todos los actos realizados por los gobernantes y sus agentes y que se refieren a estos bienes y teniendo, además, por objeto la ejecución de un servicio público, producen un efecto de derecho; que todos los actos que no se hallen conformes a este objeto, carecen de todo valor, y que los actos de un tercero que viniere a contrariar este objeto, deben ser reprimidos.

6 Duguit León. Ob. Cit. Págs. 76,77

B Nota bene. Refiere Duguit a la autonomía universitaria - concedida a las universidades francesas por la Ley de 1896

7 Ob.Cit. Pág. 78

8 Ob. Cit. Págs. 78,79

primidos.

Finalmente nos dice dicho autor, que establecido el servicio público y debiendo funcionar en interés de todos, si - por consecuencia del funcionamiento irregular se ocasionare un perjuicio a un particular, es justo que la reparación de este perjuicio sea soportado por los bienes del servicio (9)

Haciendo un resumen con León Duguit, tenemos que este autor impone a los gobernantes una obligación, de organizar, - controlar y reglamentar las actividades del servicio público así mismo, para asegurar esta actividad, nos dice que tal naturaleza debe ser mediante la intervención de la fuerza monopolizada que poseen los gobernantes, por lo cual es de apreciarse que en esta actividad (prestación de servicios públicos), es en donde gravita el Derecho Público.

Pero también el mismo Duguit, admite: que a medida que se desarrollan y aumentan las sociedades civilizadas en estas surge un crecimiento, y mutilación del mismo número de - necesidades de toda especie y que puedan ser satisfechas por el período más breve posible; y que en ciertas actividades - ejercitadas por los particulares, son objeto de servicios públicos, en la medida y límites que los gobernantes las ejercitan a su vez; así pues, encontramos dos ejemplos bien claros, la enseñanza y la beneficencia (ver página 29, párrafos uno y dos). Además agrega Duguit que a medida que aumenta - del número de servicios públicos traerá como consecuencia - una descentralización cada vez mayor de estos servicios, la-

cual es una tendencia del derecho moderno que se manifiesta incontestablemente (ver página 31 párrafo cuarto).

Gastón Jezé.- Consideramos indispensable antes que nada, señalar que para ese tratadista el Derecho Administrativo, - es "...el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos:..."⁽¹⁰⁾ y de su libro Principios Generales de Derecho Administrativo extraemos lo siguiente:

"...Que las necesidades del interés general que son satisfechas en un momento determinado, ya solamente por la administración, y por esta y por la acción particular conjuntamente, se utilizan dos procedimientos, a saber:

1o. El procedimiento de Derechos Privado, o sea el que utilizan los simples particulares cuando prevén a la satisfacción de las necesidades de interés general.

2o. El procedimiento del servicio público, que es el tema esencial que nos atañe.

Decir que en determinada hipótesis existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidad de interés general, pueden aplicar los procedimientos de Derecho Público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello, ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. Estas reglas, por estas mismas razones son susceptibles

10 Citado por Guzmán Salazar Humberto. Algunos puntos de vista sobre los transportes y servicios conexos Tesis UNAM.

de modificación en todo instante. ⁽¹¹⁾

"1o. A veces las disposiciones legales se han resuelto expresamente, la cuestión disponiendo que tales ó cuales reglas especiales, sigan ciertos servicios. Pero muy raramente ocurre así, pues lo corriente es que no existan disposiciones legales especiales.

2o. A falta de disposición legal, el jurista deberá averiguar si el servicio a cargo de la administración es un servicio público al que es necesario aplicar reglas especiales relativas a esta clase de servicio o si, por el contrario no es así y por tanto, no es pertinente sino la aplicación de reglas de Derecho Privado.

a) Planteose esta cuestión en Francia en 1919, cuando estalló la huelga de ferroviarios. La cuestión principal que el gobierno tuvo que resolver fué la de saber si la explotación de ferrocarriles aún los de compañías concesionarias - constituyan o no un servicio público. Sólo después de haberla resuelto afirmativamente fué cuando aplicó reglas especiales y adoptó medidas que hubieran sido manifiestamente ilegales y jurídicamente injustificables si los transportes por ferrocarril no hubiesen sido considerados servicio público.

b) La idea de que el procedimiento del servicio público implica la aplicación de reglas jurídicas especiales ha determinado una jurisprudencia del consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos favorable al reconocimiento de la competen

11 "Jezé Gastón. Principios Generales de Derecho Administrativo, Págs. 283, 284. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1928.

cia de los tribunales administrativos al respecto de los litigios de índole económica por el funcionamiento de los servicios públicos. Tal es, en el instante actual, el sentido de la regla famosa de la separación entre actividades administrativas y judiciales". (12)

Se pregunta Jezzé Gastón: cómo se reconoce la existencia de un servicio público?

Y lo único que tenemos que averiguar es la intención de los gobernantes en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate. Son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada, han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público

Existen necesidades de interés general para cuya satisfacción el procedimiento que la administración implica es evidente el servicio público, tales son los servicios de justicia, policía, defensa del territorio, diplomacia, etcétera. Tocante a la naturaleza de estos mismos servicios no hay dificultad alguna.

Del mismo modo, hoy día, los establecimientos creados por el Estado, los departamentos o los municipios concernientes en la instrucción pública, a la beneficencia, a la sanidad, correos, telégrafos y teléfonos son ciertamente servicios públicos, aunque en cierta época no lo hayan sido alguno de ellos.

12 Jezzé Gastón. Ob. Cit. Págs. 285, 286.

Tras de alguna vacilación, en la actualidad se reconoce plenamente el carácter de servicio público que tienen los fe rr o c a r r i l es, aún aquellos que están en poder de compañías - concesionarias.

Tal acontece con los ferrocarriles concedidos o con la recaudación del impuesto municipal de consumos. (13)

Los Establecimientos Públicos en Francia:

Señala Gastón Jezé que cuando una necesidad de interés general se satisface por el procedimiento del servicio público suscítase otra cuestión:

¿Con qué recursos va a ser atendido el servicio público?, ¿Cuál es el patrimonio administrativo?.

En Francia existen cuatro grandes categorías de patrimonios administrativos generales: el del Estado, el de los departamentos, el de los Municipios y el de las colonias. Cuando se organiza un servicio público, ordinariamente se le ad s c r i b e a uno de estos patrimonios generales; lo que quiere - decir que los gastos que origine la gestión de este servicio serán cubiertos con los recursos de este patrimonio general.

Los gastos de los servicios forman una sola masa que - pasa sobre el conjunto de los recursos del patrimonio general. Este es el principio de la no asignación de ingresos o - rentas. Es decir que no se hace distinción alguna entre los - de distintos servicios públicos, ni se asigna a cada uno re - cursos particulares. Las deudas originadas en razón de los - diferentes servicios públicos son del patrimonio general, sin

orden, ni preferencia. A la inversa, todos los créditos que nazcan con vocación de los diversos servicios públicos son créditos del patrimonio general. Consideramos por ejemplo los servicios públicos de justicia, diplomacia, correos y telégrafos. Estos diversos servicios públicos están adscritos al patrimonio administrativo general del Estado. Las deudas nacidas con vocación de dichos servicios (Gastos Judiciales, Tasas de Cancillerías, Postales Telegráficas), son deudas del Estado. (14)

Para saber si existe establecimiento público, propiamente dicho, es necesario atenerse a la intención del legislador. En Francia es únicamente el parlamento quien tiene las atribuciones para crear un patrimonio especialmente afecto a un servicio público, intención que puede ser de varias maneras... a veces la intención del Parlamento de adoptar el procedimiento del establecimiento público es muy difícil de poner en claro, porque ninguna ley la manifiesta explícitamente. En este caso para saber si hay o no establecimiento público, será necesario recurrir a la noción esencial del establecimiento público; en otros términos será necesario averiguar si concurren o no las dos condiciones esenciales de que antes se hablaba, a saber: a) la intención de los gobernantes favorables a la existencia del servicio público, y b) la voluntad del legislador de constituir un patrimonio propio afecto a la gestión de este servicio.

Si la intención del legislador es esencial, no tiene, sin embargo, ninguna necesidad de manifestarse explícitamente

te. Al juez toca averiguar si dicha intención existe. Prácticamente es incuestionable que en este punto los tribunales gozan de un poder de apreciación considerable. (15)

Los Establecimientos Privados Auxiliares de los Servicios Públicos en Francia:

"No es siempre la Administración Pública quién toma a su cargo la satisfacción de las necesidades de interés general. De hecho, sucede muy frecuente que un particular o una entidad consagra su actividad a prestar servicios al público. Especialmente ocurre así en materia de obras benéficas o sociales. Así en Francia, al lado de la caja de ahorro existen cajas de ahorro ordinarias. Tanto aquellas como éstas persiguen el mismo fin de interés general: facilitar la constitución de un pequeño capital.

Del mismo modo, al lado de la asistencia pública y de los establecimientos benéficos (asilos, hospicios, hospitales...) constituidos en servicios públicos, con o sin patrimonio propio (establecimientos públicos), hallamos fundaciones privadas, (hospitales, hospicios particulares, etcétera) podemos citar aún el ramo de la enseñanza: existen establecimientos de instrucción pública constituidos en servicios personificados (Universidades, Facultades, Liceos, escuelas, etcétera), existen también establecimientos privados, fundados y dirigidos por particulares (Facultades Católicas, escuelas de Ciencias Políticas, etcétera).

A veces la satisfacción de la necesidad de interés social se abandona por entero a la iniciativa de los particula

res. En este caso no hay servicio público paralelo. Tal ocurre, por ejemplo con los Montes de Piedad, destinados a facilitar préstamos sobre prendas a módico interés, con el objeto de contrarrestar la acción de la usura. Estos no son servicios públicos, bien que provean a la satisfacción de una necesidad de interés general". (16)

Tal aconteció también hasta la "...Ley de 5 de Abril de 1910 con los retiros de vejez. Existen hoy día para la constitución de estos retiros, asociaciones de socorros mutuos, establecimientos privados; pero al mismo tiempo, de que se dictó aquella Ley de la Constitución de Pensiones de retiro para toda una categoría de individuos (obreros, empleados, asalariados, cuyos salarios son inferiores a una cierta cantidad) ha sido originada en servicio público..." (17)

"...Cuando una necesidad de interés general no se satisface por el procedimiento del servicio público y la autoridad pública competente, en las condiciones y formas legales, acepta la colaboración de los particulares con un patrimonio privado especial constitutivo a este efecto, se dice que existe establecimiento de utilidad pública..." (18)

En cuanto a la distinción con los servicios públicos, nos dice lo siguiente:

Los Establecimientos Particulares que cumplen un fin de

16 Jezé Gastón. Ob. Cit. Págs. 304, 305.

17 Jezé Gastón cita la Resolución del Consejo de Estado 13 - de Junio, d"Azincourt arselineau, y las conclusiones de León Blum, en la DPT, 1916 pág. 516.

18 Jezé Gastón, Ob. Cit. pág. 305

interés general se le aplica el régimen jurídico de derecho-privado. Su funcionamiento está regulado por sus estatutos, y el cambio de legislación relativa al servicio público de que ellos son auxiliares no modifica de pleno derecho estos estatutos, los individuos no son agentes públicos, sus fondos - no son públicos, los bienes que poseen están sometidos al régimen de la propiedad privada. Los litigios que pueden susci- tarse no son relativas al funcionamiento de un servicio pú- blico y son de la competencia, no de los Tribunales Adminis- trativos sino de los judiciales.

El punto capital que marca la diferencia entre el esta- blecimiento público y el establecimiento de utilidad públi- ca, es la de que aquel es una modalidad del procedimiento - del servicio público, mientras que este es una modalidad del procedimiento del servicio privado.

Pudiera aparecer que es fácil establecer la distinción, pero no es así:

Esto se debe a que el establecimiento de utilidad públi- ca en razón de el fin de interés general que persigue debe - ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autori- dad pública. Esta circunstancia lo que distingue de los -- otros establecimientos privados. Se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos- casos en que parecen darse las dos condiciones del estableci- miento público: servicio público y patrimonio propio.

Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman en consideración, la circunstancia de que- los establecimientos de utilidad pública que satisfacen in -

interés general se le aplica el régimen jurídico de derecho-privado. Su funcionamiento está regulado por sus estatutos, y el cambio de legislación relativa al servicio público de que ellos son auxiliares no modifica de pleno derecho estos estatutos, los individuos no son agentes públicos, sus fondos - no son públicos, los bienes que poseen están sometidos al régimen de la propiedad privada. Los litigios que pueden suscitarse no son relativas al funcionamiento de un servicio público y son de la competencia, no de los Tribunales Administrativos sino de los judiciales.

El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública, es la de que aquel es una modalidad del procedimiento del servicio público, mientras que este es una modalidad del procedimiento del servicio privado.

Podiera aparecer que es fácil establecer la distinción, pero no es así:

Esto se debe a que el establecimiento de utilidad pública en razón de el fin de interés general que persigue debe ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autoridad pública. Esta circunstancia lo que distingue de los otros establecimientos privados. Se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos casos en que parecen darse las dos condiciones del establecimiento público: servicio público y patrimonio propio.

Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman en consideración, la circunstancia de que los establecimientos de utilidad pública que satisfacen in -

tereses sociales son auxiliares de los servicios públicos. - En consecuencia, dichas leyes y reglamentos organizan un régimen de control administrativo que da a los establecimientos de utilidad pública una fisonomía parecida a la de los establecimientos públicos y que parece de manifiesto la intención del legislador de organizar un establecimiento público. (19)

Consideramos que la definición de Jezé, también es demasiado amplia y que al igual que Duguit, considera que el Derecho Público debe ser el eje sobre el cual deben girar los servicios públicos; aunque ya nos habla de una distinción, de cierta categoría de necesidades de interés general-consideradas como servicios públicos, a los cuales se les debe aplicar un procedimiento de derecho público, es decir, la aplicación de reglas jurídicas especiales.

Gastón Jezé, manifiesta que en los casos en que la exigencia social está en juego, estos servicios públicos pueden ser atendidos por un concesionario o por un arrendatario. Y así como ejemplo pone el servicio de ferrocarriles, atendidos por un concesionario (ver Pág. 37) También es necesario recalcar la idea anteriormente mencionada del procedimiento del servicio público, por medio de la regla famosa de separación entre actividades administrativas (Tribunales Administrativos), y judiciales (ver página 36 inciso b).

En cuanto a la mención que nos hacen de los establecimientos públicos, diremos que con ello se cumple lo antes manifestado por Duguit, de que el aumento del número de servicios
 19 Jezé Gastón, Págs. 306, 307.

vicios públicos implica una descentralización de servicios públicos con un patrimonio autónomo, ya que Jezé nos dice que en Francia, existen cuatro categorías de patrimonios generales a los cuales deben estar adscritos los distintos servicios públicos.

Así mismo, cabe señalar que el propio Gastón Jezé, considera que debido a las necesidades de interés general, "aunque no ser satisfechos por el procedimiento del servicio público que ya existe, es necesario darle participación a los establecimientos auxiliares de los servicios públicos, con un patrimonio propio, privado especial, citando como ejemplo: los benéficos, con o sin patrimonio propio; el ramo de la enseñanza en el cual existen establecimientos fundados y dirigidos por particulares; y a mayor abundamiento, cita la Ley de Abril de 1910, con los retiros de vejez, la cual ha sido originada en servicio público". (ver página 40 párrafo segundo)

Ante tal situación, podemos decir, que es de considerarse que se empieza a surgir una interrelación entre particulares y Estado, tendiente a lograr un objetivo que es, prestar servicios públicos, ya que las leyes y reglamentos empiezan a organizar un régimen de control administrativo, el cual da motivo al legislador de organizar un establecimiento público.

Bonnard Roger.- Define los servicios públicos de la siguiente manera "...los servicios públicos son órganos que forman la estructura misma del Estado. Los servicios públicos tienen por objeto esencial la realización de las intervenciones del Estado en ejercicio de las atribuciones del Esta-

do..." (20)

En su libro Principios de Derecho Administrativo nos habla de:

Las Formas Especiales de Organización de los Servicios Públicos.

A. "...En lo que precede, el servicio público ha sido descrito bajo la forma de su modo normal de organización, que es la organización por administración. Pero a este modo normal de organización del servicio público se oponen los modos especiales de organización que son el establecimiento público y el servicio público concedido. La oposición entre estas formas de organización se manifiesta sobre el estado de las conexiones entre el servicio público y la autoridad administrativa que lo dirige. Esta dirección puede comportar una más o menos fuerte subordinación del servicio en cuanto a la autoridad dirigente. Lo fundamental de la diferencia entre las formas de organización reside precisamente en las diferencias en cuanto a esa subordinación del servicio y en cuanto a los procedimientos para aminorar esta subordinación..." (21)

a) La descentralización por servicio.- ...Mientras que el servicio por administración contiene una centralización para la gestión del servicio, los otros modos, el establecimiento público y el servicio concedido realizan una descentralización por servicio, la cual es un método de organiza -

20 Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. Pág. 443

21 Roger Bonnard, Principios de Derecho Administrativo, Pág. 691, Ed. Boodeaux, Francia, 1940.

ción administrativa diferente de la descentralización administrativa territorial, ya que en lugar de una cierta autonomía de las autoridades que dirigen el servicio, existe una autonomía del servicio, mismo para con sus autoridades dirigentes.

b) La forma de descentralización.- Si el establecimiento público y el servicio concedido tienen como foco común realizar una descentralización por servicio, también difieren enormemente entre sí por la manera de como realizan esa descentralización en cuanto al grado de descentralización -- que comportan. (22)

Y así tenemos que:

"1o. El establecimiento público.- En relación al servicio por administración la característica esencial del establecimiento público es la de ser un sujeto de derecho y la de poseer un patrimonio propio. El servicio por administración no es un sujeto de derecho y no tiene un patrimonio propio, los bienes y los derechos que utiliza están comprendidos en el patrimonio de las autoridades administrativas que lo dirigen. La fuente principal de la autonomía del establecimiento público es precisamente el hecho de tratarse de un sujeto de derecho y de poseer un patrimonio propio.

En otras palabras y siguiendo otra técnica, el establecimiento público es un servicio público personificado, es decir dotado de una personalidad distinta de la colectividad administrativa de las cuales depende.

Pero por otra parte el establecimiento público conserva integralmente el carácter de organismo público. Su patrimonio está comprendido en la categoría de los patrimonios públicos. Los individuos que constituyen su personal son agentes administrativos y funcionarios públicos. El estatuto de ese personal se experimenta a pesar de la autonomía provocada por el patrimonio propio: la subordinación del personal en cuanto a las autoridades dirigentes es atenuada. Así los organismos que la constituye y la hace funcionar es un organismo público..." (23)

2o. El servicio público concedido.- El servicio público concedido difiere del establecimiento público en todo lo que a un servicio público le queda, está constituido y administrado por un organismo de carácter privado en lo concerniente a las personas y a los bienes.

El patrimonio está comprendido en la categoría de los patrimonios privados. El personal está constituido por individuos que conservan la calidad de simples particulares, y comprende los órganos directores del servicio.

No obstante de estar bien administrado por un organismo que tiene el carácter de organización privada el servicio queda como servicio público. Todo el régimen del servicio público concedido procede de las combinaciones de sus dos ideas: servicio público administrativo por un organismo privado.

Finalmente es necesario mencionar que desde el punto de vista financiero, el establecimiento público y el servicio

concedido se presentan y atribuyen lo que se llama la industrialización del servicio. Y con el servicio patrimonializado existen posibilidades de separar sus finanzas de las autoridades administrativas que lo dirigen. (24)

B.- Nos señala que por tratarse de modos excepcionales de organización de servicios públicos, el establecimiento y el servicio público concedido no son formas propagadas ni admitidas comunmente. No obstante de ello es un hecho de que las razones de ser de dichas formas de organización se encuentran cada vez más en los servicios públicos. Sin embargo esos no pueden encontrarse totalmente generalizados.- Ya que se trata del caso donde razones de ser no existen y donde, por el contrario existen ciertas razones que les obstaculizan. Es necesario examinar las razones que están a favor y en contra de estos sistemas especiales. Esta discusión práctica nos permite saber cuando dichos modos están justificados y deben ser utilizados.

a).- Las objeciones fundamentales.- Razones que exigen la organización y que impiden recurrir a las formas especiales de organización son relativas a la posibilidad de modificación de la organización del servicio y a su control financiero.

1o. Las modificaciones del servicio.- El servicio público está destinado básicamente a satisfacer las necesidades de interés público, pero dichas necesidades son variables.- En consecuencia, la organización del servicio en su estructura o su funcionamiento debe poder modificarse para que el

servicio se adapte a los cambios en las necesidades a satisfacer.

La subordinación del servicio a sus autoridades dirigentes da a estas la posibilidad y la facilidad para realizar las modificaciones del servicio. El servicio por administración que implica esta subordinación resulta favorable a la adaptación del servicio a las necesidades. Contrariamente los otros modos de organización no son favorables a esta adaptación, ya que su característica es la de comportar una descentralización por servicio, siendo esta una cierta autonomía del servicio para con las autoridades dirigentes. En la medida en que se va esta autonomía disminuye la posibilidad y la facilidad para las autoridades dirigentes de modificar el servicio para adaptarlo de la manera que convenga a las necesidades (25)

20. La dirección del servicio.- Las formas especiales de organización del servicio, en razón de su carácter descentralizado, proporcionan también, aunque más difícilmente las direcciones e impulsiones de orden político o la técnica que las autoridades administrativas dan a su servicio.

30. El control financiero.- Para terminar, con estas formas especiales las finanzas de los servicios estarán controladas de una manera menos estricta que en los servicios por administración. Además si existen déficits originados por gastos excesivos las repercusiones financieras estarán impuestas de una manera más difícil que cuando se trata del servicio por administración.

b).- Las ventajas de las formas especiales.- Las formas especiales de organización de los servicios públicos presentan ciertas ventajas desde el punto de vista financiero y -- cuando el servicio tiene un carácter comercial o industrial. (26)

1o. La industrialización del servicio.- Estas formas -- de organización tienen de particular la industrialización -- del servicio. En consecuencia si se desea que un servicio -- industrializado es decir, que cubra sus gastos con sus ingre -- sos, sino integralmente por lo menos con una cierta ayuda fi -- nanciera de las autoridades dirigentes, se le deberá organi -- zar en servicio público o en servicio público concedido. La -- industrialización del servicio, es, por tanto, una de las ra -- zones de ser de esas formas especiales de organización.

2o. Las liberalidades.- Especialmente para el estableci -- miento público, la razón de ser de que le es apropiada es -- que esa forma de organización resulta particularmente para -- atraer las liberalidades en favor del servicio. Las liberali -- dades que al establecimiento le están hechas permanecerán -- seguramente afectadas a las necesidades del servicio. En con -- secuencia, se estará en disposición de hacer una liberalidad -- en el momento en que esté mejor asegurado, la cual estará -- consagrada al final de lo que se tiene destinado. Resulta de -- modo que entre otros servicios, la organización el estableci -- miento público, convendrá a los servicios susceptibles de re -- cibir liberalidades: se trata sobre todo del caso para los -- servicios de asistencia.

30. Los servicios comerciales e industriales.- La razón de ser esencial propia al servicio concedido es que esa forma de organización de los servicios resulta más conveniente cuando el servicio es de naturaleza comercial e industrial, y esto, porque los organismos del servicio son organismos privados, pues los organismos privados son más aptos que los organismos públicos a las gestiones comerciales e industriales. Esto es se debe a que la organización de los servicios es de fecha relativamente reciente en los servicios con carácter de empresas industriales o comerciales a quienes conviene aplicar la forma de servicio público concedido. (27)

Con Bonnard Roger, entendemos en forma más clara lo previsto por Duguit, en cuanto a la tendencia del derecho moderno en el sentido descentralizador, de los servicios públicos debido al aumento de los servicios técnicos.

Gastón Jezé, habla de los establecimientos públicos, y que los establecimientos privados auxiliares en los servicios públicos, deberán ser objeto de formal reconocimiento, por parte del legislador; digamos que con Duguit y Jezé, son servicios públicos los que son prestados por la administración directa, y regulados por derecho público.

Bonnard Roger, "nos habla de las formas especiales de Organización de los servicios públicos, que el establecimiento público y el servicio público concedido tienen una personalidad distinta de la colectividad administrativa, en el establecimiento público, su patrimonio es público, el --

establecimiento privado, el patrimonio es privado, que en estas formas especiales la subordinación es atenuada en cuanto a las autoridades administrativas, que en ambos con el servicio patrimonializado, existen posibilidades de separar sus finanzas de las autoridades administrativas, que a pesar de ser formas excepcionales todavía no son admitidas comunmente, las razones de ser se encuentran cada vez más en los servicios públicos". (ver página 47, inciso B). Ante tal situación nosotros podemos decir que en esta evolución el derecho privado va infiltrándose más en la prestación de los servicios públicos, aunque todavía no es tomada en cuenta en la definición de Bonnard Roger.

B) REPRESENTANTES DE LA ESCUELA MODERNA FRANCESA.

Louis Rolland.- Con respecto a Louis Rolland, Serra Rojas nos da la definición tomando la definición en sentido más -- amplio nos dice:

"...es la empresa o institución de interés general, que bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a dar satisfacción a las necesidades colectivas del público. - Así aparecen tres ideas en la definición.

1.- La idea de empresa: hay en todo servicio una administración de personal, de material de procedimiento jurídico y términos que tienden a obtener un cierto resultado.

2.- La satisfacción dada a las necesidades colectivas - del público: estas necesidades son múltiples, pero ellos se ligan todas las ideas bastante simples. Se desea que la existencia del grupo estatal del cual se forma parte ser manteni

da y asegurada en contra de los peligros que la puedan amenazar. Se requiere que en este grupo se establezca un arreglo racional y que reine el orden y la justicia. El servicio público es así, no solamente una empresa, sino una empresa de interés general.

3.- La dependencia con respecto a los gobernantes: los gobiernos intervienen porque, de tal suerte, entiende satisfacer la obligación que pesa sobre ellos, de proveer, en la medida de lo necesario, al bien común, más o menos efectivamente..."(28)

Por lo que respecta a Louis Rolland, diremos que en la definición que nos dá de servicio público por primera vez se empieza a separar del concepto tradicional, y trata de darnos una definición de acuerdo con los principios de la técnica haciendo alusión a la empresa, respecto de servicios públicos que satisfacen necesidades especialmente económicas, -empresas que pueden ser de carácter mercantil (ver página 78 inciso a). Y con ello podemos decir, que aunque no esté considerada por la legislación los intereses de los particulares ya son tomados en cuenta doctrinariamente, porque esas -empresas pueden estar regulados tanto por el derecho público como por el derecho privado, los cuales prestan un servicio público.

Y para dar un mayor abundamiento en cuanto a la empresa, podemos señalar lo siguiente:

28 Serra Rojas Andrés., Derecho Administrativo, Cita a Luis--Rolland, precis de droit administratif, págs. 1-2, Dalloz, 1947.

Serra Rojas, nos dice que "... en nuestro país las empresas son sociedades mercantiles, pero cuando un particular no adopta esas formas, lo que integra, es un establecimiento mercantil.

A la empresa alude el artículo 75 fracción V a la XI, - Código de Comercio, además la Ley de Sociedades Mercantiles, - la Ley de Cooperativas, La Ley de Quiebras, La de Títulos y - Operaciones de Crédito, La de Instituciones de Crédito y - otras leyes vigentes.

La legislación administrativa moderna se orienta en el -- sentido de considerar los dos aspectos importantes de las empresas públicas: a).- Aquellos que deben ser regulados estrictamente bajo un régimen de derecho público en los que domina la idea de protección de intereses general y de la utilidad pública; b).- Las relaciones que pueden ser veladas por el derecho privado, por conveniencia de la institución o por la naturaleza misma de esas relaciones. En la institución Petróleos Mexicanos, empresa pública nacional, su Ley Orgánica, cubre - ampliamente estos dos aspectos importantes del funcionamiento de la empresa. Lo cual no ha sido obstáculo para ajustar ciertos actos, en sus relaciones con los particulares, a los preceptos del Código de Comercio y la Legislación Mercantil en general." (29)

Marcel Walline.- Nos dice Serra Rojas, que Marcel Walline reduce su estudio del servicio público en cuatro puntos:

"1.- El servicio público, supone siempre una obra de in-

terés público, a realizar.

2.- Es necesario que este fin, sea perseguido por la iniciativa y bajo la autoridad de una persona de derecho público-falta de precisar el sentido de la palabra autoridad que no implica una dirección cotidiana, sino solamente un poder de organización general y de control.

3.- El servicio público, supone una empresa que implique por una parte, un riesgo financiero, y por la otra, una organización pública. A estas cuestiones, no se puede responder de una manera absolutamente afirmativa, es aquí donde aparecen las variantes graves de la definición.

4.- El servicio público supone en revancha un régimen de derecho público, la cuestión que se plantea es la de saber - si este régimen debe ser considerado como un elemento de la definición, o si no es más que una consecuencia. ⁽³⁰⁾

Marcel Walline en su libro Tratado Elemental de Derecho-Administrativo, nos habla de lo siguiente:

Evolución Reciente.- Muchos hechos nuevos han remitido a la nación tradicional en cuestión, desde hace una treintena de años.

1o. El desarrollo, bajo la influencia de las doctrinas socialistas o intervencionistas, o para algún otro caso, de servicios públicos, simulando empresas comerciales o industriales, ha ocasionado a los tribunales hacer algunas distinciones entre los servicios públicos, para no aplicarse a todos un régimen uniforme.

30. Ob. Cit., a Mariel Walline, pág. 714

20. La jurisprudencia francesa reconoce en ocasiones que un servicio público, puede ser administrado por un organismo privado, lo que indica, que la expresión "servicio público", es susceptible de dos acepciones muy distintas, según como - lo definamos, ya sea por su objeto o por su organización. ⁽³¹⁾

Servicio Público Administrativo y Servicio Público Comercial.

La detención de la Barcaza de Eloka (Sociedad Comercial del Oeste Africano).- El servicio público funciona siempre, - bajo un régimen jurídico, exorbitante del derecho común, un régimen de derecho público.- No es este el único rasgo característico del servicio público, pero si es uno de los más -- esenciales.

El personal está, en principio, sometido a un régimen -- jurídico especial. Los trabajos son realizados bajo el régimen jurídico especial. Los trabajos son realizados bajo el - régimen de los trabajos públicos. Los contratos requeridos - para el funcionamiento del servicio público, son normalmente contratos administrativos. La responsabilidad está estimada -- según las reglas del derecho administrativo.

Retomamos dos situaciones, la idea de poder público; primero porque el servicio es de gastos de la persona administrativa, es decir, alimentado por recursos fiscales; y una - segunda vez, porque está en ayuda de procedimientos exorbitantes, del derecho común (Expropiación, Rentas, Requerimien

31. Walline Marcel, tratado elemental de Derecho Administrativo pág. 306.

tos, Requisas, Contratos, con desigualdad de los contrayentes), que este funciona. Pero la iniciativa de la distinción de los servicios públicos en dos grupos sometidos a regímenes jurídicos distintos, fué tomada por el Tribunal de Conflictos el 22 de enero de 1921 (Aff. Sociedad Comercial del Oeste Africano); "efectuando mediante la remuneración, la ruta a la otra, la colonia de la Cote d' Ivoire explota un servicio de transporte, en las mismas condiciones que un industrial ordinario, por consiguiente,.... no es propio más que de la autoridad judicial al conocer ciertas consecuencias -- perjudiciales del accidente invocado."

Resulta implícitamente de esa decisión que de la responsabilidad de los perjuicios causados al usuario, de la Barcaza, será apreciada según las reglas del derecho privado (civil o comercial). (32)

"Desarrollos Ulteriores.- La suspensión casi no retomó la atención en la época. Estaba no obstante, destinada a ser jurisprudencia. El principio que fundaba estuvo confirmado - desde entonces, y sus consecuencias desarrolladas, por numerosas decisiones". (33)

Ahora podemos decir que cuando un servicio público posee carácter industrial o comercial, está sometido al derecho - privado, en lo que concierna :

1o.- La responsabilidad frente a los usuarios "C.E. - Dic. 23/1921, Sociedad General de Armamento, D, 1924, 3.32;-

32 Walline Marcel, Ob. Cit. págs. 307, 307

33 Walline Marcel, Ob.Cit., págs. 309.

Kulm Enero 29/1932, D.H., 1932. 169. Reg. Marzo 30/1939, Ciudad de Péronne, Reg. Gáz, Pal , 1939).

20.- La responsabilidad frente a terceros (Civ; abril -- 2/1946, Michaud).

30.- La situación del personal, otra como de dirección- (C.E. enero 26 (1923), de Robere-Lafreygere R.D.R. 1929, -- Mounier).

40. Las relaciones con las otras colectividades públi -- cas (C.E. agosto 4 de 1928 y diciembre 4 de 1929, Administra -- ciones de Ferrocarriles Argelinos del Estado.

50.- El régimen fiscal (C.E. 27 de diciembre 1932 Minis -- tro de Finanzas; abril 15 de 1935. La Cámara de Comercio de -- lorient).

60.- Los contratos realizados con los usuarios (C.E. fe -- brero 15 de 1935; sociedad francesa de construcciones mecáni -- cas, D.H. 1935.- 240) "A menos que las cláusulas especiales -- a las condiciones particulares del funcionamiento del servi -- cio no den a los acuerdos individuales realizados con los -- usuarios de carácter de verdaderos contratos, administrati -- vos". (C.E. 23 diciembre de 1949, sociedad electrometalúrgi -- cas de San Leodjegario). (34)

Servicio Público Definido por su Objeto y Servicio

Público Definido por su Organización.

Servicios Públicos Administrados por Organismos Priva -- dos.- Desde 1938, la jurisprudencia francesa tiende a recono -- cer que un servicio público puede ser administrado por un or --

ganismo privado. Ya no se trata del caso clásico de un servicio público administrado por un determinado tiempo, por un concesionario activo, por cuenta y bajo control de la colectividad pública, se trata de organismos desinteresados que no persiguen objetivos pecuniarios, (T.C. Diciembre 20 de 1945, Du Verne, F. C.P. 1945, F 2868 nota F.M.) de particulares ligados a la administración por un contrato civil.

El trece de mayo de mil novecientos treinta y ocho el Consejo de Estado juzga (asunto: "judicial caja primaria ayuda y protección, D. 1939, 3.65, concl. Latourreries, nota pépy; 1939") que el servicio de los aseguramientos sociales está confiado particularmente a las cajas denominadas primarias que, en esa época eran sociedades de auxilio mutuo, por lo tanto los organismos privados (CF. Soc. Mayo de 1950, J.C.P. 1950). Es verdad que se trataba, en la especie de la aplicación de una Ley de un objeto muy particular: el principio, no obstante, estaba establecido, etc., etc.

El primero de julio de mil novecientos treinta y ocho el consejo tomaba cuidado de recalcar que la actividad de un establecimiento de utilidad pública, si ésta interesaba al servicio público, no se confundía con él. Pero el veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (Mollet) declaraba que una fundación puede (colaborar con un servicio público) conservando el carácter de una obra privada reconocida de utilidad pública. (35)

"... El seis de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho (Sociedad Radio-Atlántida, R.D.P. 1948, concl. Chenot, 35 Walline Marcel, Ob. Cit. págs. 311, 312.

nota Jesé), consideraba como explotante de un servicio público a una sociedad de radio difusión privada titular de una autorización de emisión en una época donde esta última no estaba constituida en monopolio de Estado, y que esta autorización no poseía el carácter de una concesión de servicio público, ni igualmente ningún carácter contraactual.

En sus conclusiones del asunto: "Compañía Marítima del Africa Oriental, el Comisario del Gobierno de Chenot, retomando la idea de "Servicio Público Virtual" (M. Pierre Laróba que en 1933. Nota al Sirey, afirma "que la noción de servicio público se desliga de la estricta concepción de una empresa administrativa. Es indudable, añade este, que un empresario que ofrece regularmente sus servicios al público sobre una carretera o un puerto colabora igualmente en ejecución del servicio público que constituye la explotación de la carretera o camino, o bien del puerto"

Finalmente, en sus conclusiones del asunto Sociedad cárcasonesa de transportes en común (febrero 6, 1948 R.D.P., 1948), reafirma que "toda empresa que ejerce el dominio público base de un servicio regular de transporte es susceptible de ser sometido a un régimen de servicio público..."⁽³⁶⁾

Servicio Público en Sentido Material.- Nos dice Marcel Walline que de todo esto resulta que la palabra "Servicio Público" puede ser tomada de acuerdo con dos sentidos: puede designar un cierto servicio dado al público, y que es de interés público; también puede designar el organismo público -

(de Estado, Departamental o Municipal) que administra dicho servicio.

En la expresión "Servicio Público" la palabra "Público" puede señalar el carácter de interés público de una función, de una gestión, o el carácter público del organismo que asume esta función, esta gestión.

Es necesario pues tomar cuidado, en cada caso, de inquirir en qué sentido fué tomada la palabra por quien la utiliza. Puede haber servicio público en sentido material u objetivo o funcional y no en sentido orgánico "o formal".

Del hecho de que una actividad posee el carácter de interés público que caracteriza un servicio público, no es necesario siempre concluir que el organismo que lo administra es público. (37)

Para terminar con Marcel Walline tenemos lo siguiente:

Servicio Público Virtual.- Dice Walline, hago alusión a lo que Laroque y después Chenot, denominaron el "servicio público Virtual".

Desde que una actividad presenta un carácter de interés general suficientemente caracterizado en opinión del Consejo de Estado, y que por otra parte esa actividad está subordinada en una autorización administrativa, ya sea por que esta se ejerce sobre el dominio público, o por otro caso, esta será un "Servicio Público Virtual", y resultaría no sólo que dejaría de ser libre sino que:

1o.- La autorización podría legalmente ser subordinada-

en todas las condiciones juzgadas oportunas por la autoridad administrativa, comprende la obligación de proporcionar al público ciertas prestaciones a condiciones (particularmente de tarifas) minuciosamente precisadas en un libro de cargos (V. las detenciones cámara sindical de los empresarios estibadores, y compañía marítima del Africa Oriental).

20.- Que el servicio puede ser suprimido en todo momento por la administración, por la sola razón de que esta "juzga el funcionamiento costoso para la economía nacional" (suspensión; Sociedad Carcasonesa de los transportes en común).

Finalmente y esto resulta inquietante para las finanzas públicas y el consejo de estado reconoció, en una suspensión del 21 de octubre de 1949, "Compañía de Seguros La Mutuelle-du Mans" (D. 1950, I 162, y mi nota) el Estado responsable de un perjuicio que no era público más que en razón de su objeto y de una intervención de la autoridad reglamentaria, pero seguía siendo administrado por simples particulares, no requerido personalmente. (38)

Ante tal situación en nuestro comentario diremos, que si anteriormente se hacía mención de que en el futuro existirían servicios públicos descentralizados, concesionados, y que después aparecen las modalidades de los servicios públicos, con Marcel Walline ya encontramos que nos habla de servicios públicos prestados por organismos privados, ligados a la administración por un contrato civil. Así pues diremos-
38 Ob. Cit. pág. 314

que la regulación y prestación de los servicios públicos - han sufrido grandes cambios ya que por primera vez la jurisprudencia reconoce y acepta que los servicios públicos son - prestados por el Estado y por los particulares; también reconoce que los servicios públicos pueden ser regulados por ambos regímenes jurídicos, o sea por el derecho público y por el derecho privado.

Cabe recalcar el señalamiento que hace Marcel Walline, - "del servicio público en sentido material u objetivo o funcional, y en sentido orgánico (formal), ambos tienen el carácter de interés público que caracteriza un servicio público, el cual también se concluye que el organismo que lo administra no siempre es público". (ver página 60, párrafo 3o.).

Y para terminar con este autor, podemos decir que con lo que nos ha aportado en los servicios públicos, es decir - de que los particulares de derecho privado, también hayan sido reconocidos como prestadores de servicio público, esto -- nos servirá para mostrar el tema que nos hemos propuesto, el cual será concluido en el capítulo cuarto.

Andre De Laubadere.- En su libro Tratado Elemental de Derecho Administrativo, nos habla lo siguiente:

Definición y criterio del servicio público.- "Ya hemos definido el servicio público como una actividad asumida por una colectividad pública con mira de dar satisfacción a una necesidad de interés general.

El servicio público es así una actividad; es lo que llamamos, lo vamos a ver, la concepción material del servicio -

público. Está caracterizado por el interés general que le vivifica. Implica una toma de cargo por una colectividad, está asumiendo la actividad en causa, sin asegurarlo porque la ejecución del servicio público puede estar confiada a un organismo privado. Dichos elementos proporcionan la definición del servicio público." (39)

"Sobre esos elementos de la noción de servicio público-existen ya diversas discusiones, de las cuales nos daremos cuenta. Pero la controversia principal que divide la doctrina concierne otro elemento: la aplicación al servicio público de un régimen jurídico particular, el régimen administrativo o "régimen exorbitante".

Conviene entonces retomar más adelante las diversas cuestiones que plantea así la noción de servicio." (40)

Andre de Laubadere nos habla de dos definiciones de servicio público:

"Definición Material y Definición Orgánica del Servicio Público.- En la definición adoptada anteriormente, el servicio público designa la actividad asumida por una colectividad pública. Pero el lenguaje común la expresión "servicio público" es igualmente empleada para designar una actividad-una tarea, etcétera, pero una organización por conocer el aparato administrativo del servicio, el organismo que le administra.

39 De Laubadere Andre, Andre De, Traite de Droit Administratif, pág. 616. Librairie Generale de Droit Et. de Jurisprudence, París, 1980.

40 De Laubadere Andre De, Ob. Cit. pág. 616

Existe de hecho una concepción material y una concepción orgánica del servicio público.

El elemento material a la primacía en el sentido de que para que nos encontramos en presencia de un servicio público es necesario y suficiente que la actividad asumida presente ciertos caracteres, por conocer, como lo vamos a apreciar, - que constituya una actividad de interés general en la cual - los poderes públicos convinieron hacer un servicio público.

Pero durante largo tiempo esta pudo parecer confundirse por la definición orgánica, porque el caso del servicio público concedido, la actividad del servicio público estaba - aparejada con una organización del servicio bajo la forma de un aparato administrativo, propiamente dicho.

Lo que ha originado la disolución de las dos definiciones y relucido la primacía del elemento material, es desde una treintena de años el desarrollo de actividades de interés general confiada a simples particulares y a organismos puramente privados: el Consejo de Estado ha claramente afirmado que esas actividades podían constituir en ellas mismas - servicios públicos independientemente de toda estructura administrativa del organismo administrador. Ha dado así paso - al elemento material sobre el elemento orgánico, así como en manifiesto el empleo, hoy muy frecuente en las detenciones, - de la expresión "misión de servicios públicos". (41)

El Interés General en el Servicio Público.- El servicio público está destinado a satisfacer una necesidad de interés general. Es esa una idea que encontramos expresada en todas -
41 Ob.Cit. págs. 616,617

las definiciones del servicio público. El seguimiento de un interés general está en el centro de esta definición. Pero es necesario precisar en que esta noción caracteriza al servicio público porque, por una parte la idea de interés general vuelve a encontrarse en todas las actividades públicas, sean o no servicios públicos no deben proceder más que en el interés general, por otro lado la satisfacción de intereses generales, no es el monopolio del estado; existen como lo hemos visto ciertas "empresas de interés general". (42)

Nos dice que "...Lo que caracteriza al servicio público desde el punto de vista es que la satisfacción de una necesidad de interés general constituye el "objetivo o finalidad de superación".

Una actividad llega a ser un servicio público cuando los poderes públicos deciden asumirla para satisfacer una necesidad de la cual consideran que será, sin dicha toma en manos, insatisfecha, más satisfecha o insuficientemente satisfecha." (43)

Rechazo a la Tesis del Servicio Público por Naturaleza. "En cierta época que un teatro municipal no podía ser un servicio público porque el arte es asunto privado y no público. De "no serán servicios públicos más que los organizados por el Estado en mira de cumplir un acto normal de su definición ... Ciertos servicios son de naturaleza de la ciencia misma del Estado"... el dominio del servicio público es variable de acuerdo con las épocas y las concepciones de los -

42 Laubadere Andre De, Ob. Cit. pág. 618

43 Laubadere Andre De, Ob. Cit. pág. 618

ombres al poder.

Este carácter es esencialmente contingente y evolutivo del dominio del servicio público, que contradice la tesis del - servicio público por naturaleza, encuentra múltiples ilustra^uciones mientras que uno observa los sectores que la jurisprudencia ha progresivamente reconocido como accesibles al servicio público, es decir como susceptibles de amparar servi^ucios públicos. Se pueden suscitar como particularmente típicos, porque se trata de dominios que habían podido aparecer en una cierta época, en función de consideraciones sociales o morales, repugnan al servicio público: los espectáculos, - las actividades culturales y turísticas, las comodidades y - diversiones, el deporte." (44)

Nos dice que, "la concepción del servicio público por- naturaleza aparece sobre todo como habiendo sido un obstácu- lo en cierta época el resultado del predominio de una tesis- política de no intervencionismo del estado. Pero hemos visto reaparecer en parte en la teoría del "servicio público vir - tual". (45)

"Rechazo a la tesis del servicio público virtual.- Esta tesis del servicio virtual, que presenta así el peligro de - abandonar a la administración ciertas prerrogativas del po - der legislativo, constituye una variante de la idea de servi^ucio público por naturaleza con esta importante diferencia -- que en lugar de tender a limitar la creación de los servi - cios públicos, tiende a facilitarla.

44 Idem. pág. 619, 620

45 Laubadere Andre De, Ob. Cit. pág. 620

El lugar del Régimen Exorbitante en la Definición del Servicio Público.- Las dos grandes tesis en presencia. A pesar de que existen ciertas causas de desacuerdo doctrinal acerca de los elementos que acabamos de analizar, podemos decir que la controversia esencial en materia de definición del servicio público se sitúa sobre otro punto: Esta opone claramente dos concepciones, una larga y otra estrecha: la concepción larga es aquella en la cual nos hemos apegado y -- que se sujeta a los elementos anteriores para definir el servicio público. La concepción estrecha ajusta a esos elementos la idea del régimen jurídico exorbitante; esta limita el servicio público a las actividades de interés general que los poderes públicos han acordado someter a un régimen jurídico exorbitante, es decir, a lo que aún se llama régimen administrativo..." (46)

"Sin embargo, la definición estricta del servicio público no nos parece deber ser retomada y la idea de régimen exorbitante no debe ser utilizada más que como un índice -- sobre todo aplicable a los servicios públicos administrados por organismos privados; en efecto, en el estado actual de nuestro derecho positivo, los servicios públicos no aparecen como dividiéndose en dos categorías, donde una estaría integralmente sometida al régimen administrativo y la otra le evadiría para estar sometida pura y simplemente al derecho privado. En realidad la segunda categoría está sometida a un régimen jurídico más o menos mixto en larga predominancia --

del derecho privado pero comportando también consecuencia de la idea del servicio público. Esta idea puede ser verificada por los servicios públicos industriales o comerciales y para las empresas nacionalizadas, es decir para las categorías - que la definición estricta propone esencialmente rechazar - del sector de los servicios públicos." (47)

Si Marcel Walline, nos dice que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado y por organismos privados, y que sean regulados por el Derecho público y en algunos casos por el Derecho privado, lo cual también es reconocido por la jurisprudencia; por lo que respecta a Andre de Laubadere, éste autor ya nos habla de una concepción material y una concepción orgánica es decir, de una definición material, y una definición desde el punto de vista orgánico, y que en ambas concepciones se prestan servicios públicos, ya que nos dice que en el elemento material para que nos encontremos en presencia de un servicio público, es suficiente con que la actividad asumida, sea de interés general en la cual los poderes públicos convinieron hacer un servicio público.

Además nos dice que de las dos definiciones ha relucido la primacía del elemento material: Lo cual nos dice: "Desde hace una treintena de años, el desarrollo de actividades de interés general confiada a simples particulares y a organismos puramente privados; el Consejo de Estado ha claramente afirmado que esas actividades podían constituir en ellas -

mismas servicios públicos independientemente de toda estructura administrativa del organismo administrador (ver página 64, cuarto párrafo). Si en la escuela clásica francesa él decía que únicamente el Estado podía prestar los servicios públicos y que únicamente deberían estar regulados por el derecho público; la escuela moderna nos ha demostrado que también pueden ser prestados por los particulares, y que también pueden ser regulados por el derecho privado. Por lo que toca a nosotros podemos decir que con esta aportación -- más y más nos acercamos al tema que nos proponemos mostrar, -- el cual será tratado en el capítulo cuarto.

C A P I T U L O I I I

NOCION DE SERVICIO PUBLICO.

A.- EL RECLAMO DE LAS NECESIDADES PUBLICAS

Después de haber analizado la evolución que se ha dado en los servicios públicos a través de las escuelas clásica y moderna, en este capítulo hablaremos de la noción del servicio público, analizando primeramente el reclamo de las necesidades públicas.

El maestro Andrés Serra Rojas nos dice que: "...los seres humanos tenemos necesidades esenciales que debemos imperiosamente aplacar, la suma de las necesidades sociales o colectivas, cuya atención es cada día más compleja e ineludible..." (1)

La administración pública es una organización cuya actividad se encamina a la satisfacción de las necesidades colectivas principalmente en forma de servicios públicos o mediante ordenes dirigidas a que se cumplan los fines del Estado, sin embargo, es a los particulares a los que incumbe la parte más importante y general de esa obra social, siendo menor el campo de acción del poder público en el actual Estado democrático, que toma en cuenta factores sociales diversos para asumir la responsabilidad de ellos en forma de servicio público o de otras actividades administrativas.

El derecho administrativo actual en el Estado democrático, exige un régimen complejo de servicios públicos.

La noción de servicio público ofrece dificultades en su definición, en aquellas actividades económicas reguladas

1. Derecho Administrativo. Pág. 103, Cit. a Marcel Walline, - Pág. 663, París.

por el derecho privado y por el derecho público. Son instituciones administrativas en transmisión que van definiendo su estructura hasta que el Estado se encargue exclusivamente de su mantenimiento

Y continúa diciendo: la satisfacción de las necesidades públicas de un país se orientan hacia dos grandes nociones:— el orden público y la utilidad pública. El orden público es indispensable para la convivencia para mantener la paz social y el libre seguro desenvolvimiento de los seres humanos. La utilidad pública atiende a los arreglos sociales que son a la vez para la comodidad de los individuos y el mantenimiento del orden en el sentido que la paz social está interesada en que estas comodidades sean puestas a disposición de los individuos. (2)

Como la policía y los arreglos sociales útiles no pueden ser establecidos o no pueden mantenerse más que gracias a la acción incesante de los servicios públicos, las necesidades públicas conducen directamente a la organización de los servicios públicos.

El deseo tiene una base biológica y una base sociológica. El hombre tiene necesidades físicas tales como alimento, el vestido y la habitación. También tiene impulsos y ambiciones psicológicas, tales como los deseos de dominar, de éxito, de estimación, de seguridad, de afectos. Ambos tipos de apetitos son fuerzas poderosas que motivan las actividades humanas. Estos deseos a su vez, buscan la satisfacción en me-

2 Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo, Cit. a Marcel Walline, pág. 663, París.

dio de la limitada atmósfera hospitalaria del mundo presente. La carencia de una cosa necesaria obliga a una organización o a un procedimiento encaminado a la satisfacción de la sociedad

El servicio público es una creación del Estado el cual atiende a su organización y funcionamiento, con los elementos legales y materiales que le son necesarios. Una decisión de la administración pública resuelve que una necesidad de carácter colectivo o de interés general, se convierta en un servicio público. Las mismas leyes determinan el régimen jurídico que le es aplicable. (3)

Por lo que respecta Eustorgio Sarria, nos dice lo siguiente:

"...El proceso a que asisten las colectividades organizadas no es otro que el de la integración de la democracia económica, social o funcional, partiendo de la consolidación de la democracia política.

Se ha dicho que la democracia funcional se caracteriza por la evidente transformación del sistema de economía de lucro-escuela del individualismo por un sistema de economía de uso. Pero es cierto que esto sólo se alcanza mediante la intervención del Estado en las actividades privadas. En otros términos, el intervencionismo estatal es un fenómeno jurídico vigente, producto de la evolución social, de las necesidades colectivas..." (4)

3 Serra Rojas Andrés, Ob. Cit. págs. 103,104,105,111

4 Derecho Administrativo, Pág. 67 Ed. Temis, LTD, Bogotá, 1968

Y continúa diciendo este autor que:

"Lógico es concluir que el intervencionalismo del Estado ha aumentado el número de actividades a cargo de la administración, o bajo su dirección, y por consiguiente, la noción de servicio público se ha ensanchado. Tal es el caso, por ejemplo, del control de precios, distribución y venta de artículos de consumo general, y de cambios. En épocas pretéritas, la libertad de industria sin restricciones predominaba; pero en la época presente el Estado, la administración, interviene para defender al consumidor del acaparamiento, la especulación, el abuso, etcétera y entonces crea, organiza y dirige el servicio de control de servicios públicos.

Por otra parte, el incesante desarrollo de las actividades industriales trae como consecuencia un aumento proporcional de las necesidades colectivas.

Por este motivo, el clásico concepto de servicio público aparece sustituido por uno, acorde con la realidad social y con las urgencias vitales del hombre actual, que toma del anterior los elementos esenciales que le son útiles, para integrar con ellos y otros no contemplados antes, una noción de servicio público implícita en la organización del Estado moderno.

La requerida tecnificación de los organismos administrativos tiene, precisamente, su adecuada explicación en este proceso inquietante que no puede cumplirse al margen de las normas jurídicas, sino que, por el contrario, se encuentra en ellas la garantía de su bondad." (5)

5 Ob. Cit. Págs. 69 y 70

Por lo que respecta a José Canasi, nos dice que, es particularmente en el vasto campo de la economía donde se observa una mayor amplitud y extensión de los servicios públicos del Estado (lato sensu), que crean relaciones complejas que entran en el ámbito del derecho público y del derecho privado; el interés social y el particular no pueden así ser eliminados. Juegan como instrumentos de protección estatal, fijando normas de legislación, e incorporan al derecho administrativo en esa protección. Este tipo de protección por el Estado de la actividad privada mediante el poder de policia da una fisonomía nueva, tanto al derecho administrativo, como al derecho mercantil, que se confunde con los otros controles que a su vez realiza el Estado con los mercados de -- bolsas mercantiles, almacenes de depósito, cámaras compensadas de cheques, bancos del Estado, controles de cambio con la emisión de títulos fiduciarios, fabricación de la moneda, transportes de personas o cosas, etc., una verdadera socialización del derecho caracterizada por la intervención cada vez más creciente del poder público. Tiene así un carácter más subjetivo y social y predomina la pública utilitas.

El concepto claro y definitivo de servicio público varía con el modo de sentir de los gobiernos conforme a las exigencias y necesidades de la población en una época determinada. El servicio público, por su propia naturaleza, puede en oportunidades servir de base a soluciones jurisprudenciales, pero puede estar ajeno a la voluntad del legislador, que puede variar en función de época y de las necesidades --

concretas e inmediatas . (6)

B.- CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO FORMAN.

Miguel Acosta Romero nos habla del siguiente concepto:

"Es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de derecho público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión).

El contenido del concepto de servicio público que antes enunciamos, desde luego no es inmutable, ni mucho menos agota todas las posibilidades pues una idea tan general y cambiante como es la de necesidad básica o fundamental de la población, necesariamente variará de acuerdo con sus circunstancias históricas, de oportunidad política, -temporales-, y aún diríamos de ambiente y climatológicas.

El establecimiento y organización, debe ser a cargo, generalmente, del Estado -y se afirma que generalmente, porque hay actividades de los particulares que tocan la frontera del servicio público que determina una necesidad de interés público, o colectiva será satisfecha mediante un procedimiento sujeto a un régimen jurídico especial". (7)

Como es de notarse, Miguel Acosta Romero acepta que los particulares pueden ser prestadores de servicios públicos, cuando las actividades que desarrollan son de interés -

6 Derecho Administrativo, págs. 15, 16, 21

7 Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984.

público. Acosta Romero cita el oficio que autoriza el establecimiento y explotación de un servicio público: "Oficio que autoriza a Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos, la prestación de un servicio público de trasbordador en la ruta Miami-Cozumel, Puerto Morelos-Vera cruz-Key West" (D.O. de 9 de noviembre de 1973).

Por lo que respecta a Andrés Serra Rojas, encontramos que al hablarnos de los servicios públicos, este autor toma en cuenta los aspectos doctrinales y jurisprudenciales, así pues, nos dice lo siguiente:

"La noción contemporánea del servicio público comprende una parte de la actividad de la administración pública y se realiza en limitados aspectos de los otros poderes. La podemos concretar en los términos siguientes:

El servicio público es una actividad técnica, directa o indirectamente, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público⁽⁸⁾.

Y continúa diciendo Serra Rojas que, debemos precisar, que la concesión de un servicio público a los particulares establece un régimen de transición, que no debe desvirtuar la verdadera naturaleza del servicio público. La teoría administrativa no vacila en adoptar un régimen de derecho privado en las relaciones del concesionario con otros particula

tes, que de ninguna manera debe aceptarse para regular las relaciones entre un concesionario y el poder público y principalmente en lo que atañe a la estructura del servicio. Por vía de ejemplo, el régimen de tarifas corresponde a un régimen de derecho público.

Para caracterizar al servicio público se hace referencia a los criterios siguientes:

a).- Un criterio orgánico que designa a la organización pública, es decir al conjunto de órganos y medios que prevee a la organización que tiene a su cargo.

b).- A un criterio material, que hace referencia a la actividad de interés general que la administración pública tiene a su cargo.

c).- A un criterio jurídico que afirma que hay servicio público cuando esa actividad está sometida a un régimen jurídico especial, que en principio es derogatorio del derecho privado. El mismo régimen señala las excepciones a ese principio.

e).- A un criterio técnico que se refiere a servicio público como medio para satisfacer necesidades sociales.

En nuestra legislación se necesitan facultades legales en materia presupuestal. La creación de los organismos descentralizados aprobados y revisados por el poder legislativo, en las leyes de egresos y en la revisión de la cuenta pública; lo contrario destruiría el principio de soberanía de la representación nacional. Los decretos del Ejecutivo han modificado esta situación. (9)

Elementos que Forman la Noción de Servicio Público.

En la definición de servicio público que nos dió Acosta Romero, y Andrés Serra Rojas, reconocimos sus elementos más importantes, o sean: una actividad técnica, su finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, realizada por el Estado o por excepción por los particulares y bajo un régimen jurídico especial (ver página 76, párrafo cuarto).

Consideramos que Eustorgio Sarría nos habla ampliamente en relación a los elementos del servicio público, y que además, concuerda con las definiciones antes mencionadas, así pues nos menciona las siguientes:

a).- Una actividad. En relación con este elemento, algunos expositores entre ellos Rolland, sustituyen el término por el de empresa, con lo cual se pretende indicar que se trata, no de una actividad cualquiera, sino de la organizada de acuerdo con los principios de la técnica. Respecto de servicios públicos que satisfacen necesidades de carácter especialmente económico, se crean grandes empresas de tipo mercantil.

En todo caso, lo importante es que se trate una actividad seria, con bases racionales, y no de meros ensayos, esfuerzos individuales o colectivos sin conexión o armonía.

Las distintas actividades de servicio público no deben valorarse aisladamente. Dentro del actual estado de desarrollo de la vida social, todas esas actividades se enlazan y complementan y así un servicio público aparece como la base indisoluble, en determinado momento, de otros u otros servicios

públicos.

No existe un antagonismo absoluto entre la noción de servicio público y el propósito lucrativo que anima perfectamente a las empresas mercantiles; esta modalidad es corolario del sistema capitalista. En los servicios a cargo del estado, el ánimo de lucro está descartado.

b).- Una necesidad de carácter general. Se entiende por tal aquella que cobija a todos los sectores del conglomerado social y cuya no satisfacción, total o parcial traería graves perturbaciones sociales económicas, suficientes para destruir el orden público.

Una necesidad de carácter general, directamente puede comprender a un reducido sector social, pero indirectamente puede comprender a los distintos sectores. Es el caso, por ejemplo, de la extracción, refinación y transporte de combustibles: en principio, comprende sólo a las personas que tienen intereses económicos vinculados directamente a esas actividades, como concesionarios, empresarios, accionistas y trabajadores en general; pero indirectamente, comprende a bastos sectores, como industriales, transportadores, pasajeros, etc., que sin el combustible suministrado regularmente verían paralizadas sus actividades propias, y como consecuencia de ello, alterando el proceso económico y social de la producción, del consumo, y por último el orden público.

c).- Un régimen jurídico especial. Este elemento surge precisamente de la calidad de necesidad que llena el servicio público, o, en otras palabras, encuentra su explicación en esa necesidad. La prestación regular del servicio público

la permanente protección de los intereses de distinto orden vinculados a el demandan la adopción de un régimen jurídico-especial. Es la fuerza gubernamental... este régimen jurídico especial se halla contenido en actos jurídicos legislativos o reglamentarios, creadores de una situación jurídica general. Son normas del servicio, que por naturaleza jurídica pueden modificarse o substituirse por otras que se estiman más convenientes; todo lo cual puede realizarse unilateralmente por quienes tienen competencia para ello.

Si por ejemplo, se llegare a la conclusión de que el actual régimen jurídico especial del servicio de transporte-automotor por calles públicas o carreteras, no es el indicado y en consecuencia debe procederse a la adopción de otro que no exhibe fallas, tal cosa se puede hacer sin que sea óbice el principio del respeto a intereses creados dentro del régimen jurídico anterior.

d).- Un gestor. Existen algunos servicios públicos pertenecientes a la primera categoría, que por índole misma de las actividades que comprende únicamente el Estado está en capacidad de organizar y prestar directamente. Tales son el ejercicio de policía o vigilancia interna, el de vigilancia o defensa exterior encomendado a otros ejércitos regulares, el de justicia, etc.

Otros servicios públicos están a cargo de concesionarios o de administradores delegados, como el de teléfonos y el de la construcción de carreteras o vías férreas.

Las personas privadas, por su cuenta y riesgo, también tienen a su cargo actividades de servicio público, tales co-

mo el transporte automotor urbano e internupcial de pasaje -
ros y carga y el transporte férreo.

Por último se prestan servicios públicos con la cooperación del Estado y de personas privadas. Tal es el caso de la enseñanza, de la asistencia social y de la producción de -
energía eléctrica. (10)

Al respecto José Canasi nos menciona dos elementos más-
del servicio público:

"Una regularidad.- En el servicio público se le puede -
distinguir de la continuidad, ya que según su acepción gramatical "regularidad" es calidad de regular, y por lo tanto es lo ajustado y conforme a regla, vale decir, que el servicio-
público debe ser, en su funcionamiento, conformado a disposiciónes generales que determinen un sistema organizado.

Un servicio regular puede ser el que funciona a horario en determinados días fijos, o espacios de tiempo determina -
dos. El servicio es más regular y continuo en los centros -
urbanos que en los lugares muy apartados. Lo mismo pasa con -
el transporte; no tiene las mismas características en el servicio urbano o interurbano que en los lugares muy aparta - -
dos... lo fundamental es que el servicio funcione permanentemente y esté vigente, y así podrá responder a la "Ley conti-
nuidad" o del principio general de la continuidad..." (11)

Con los criterios antes expuestos se puede considerar -
que entran en el ámbito de los servicios públicos, toda actividad pública dirigida a la satisfacción de una necesidad de

10 Ob.Cit. págs. 79,80,81,82

11 Ob.Cit. pág. 29

interés general: la defensa nacional, los ferrocarriles nacionales, petróleos mexicanos, el seguro social y en organizaciones públicas diversas, como agua, drenaje, saneamiento, hospitales, alumbrado, carreteras y transportes. (12)

C.- DIVERSOS MODOS DE PRESTAR LOS SERVICIOS PUBLICOS.

En cuanto a los diversos modos de prestar los servicios públicos, encontraremos que no hay uniformidad en los modos de ejercicio de los servicios públicos, porque estos se han venido desarrollando debido al reclamo de las mismas necesidades públicas. Son ellas las que imponen al Estado la obligación de atenderlas, de una manera eficiente y continúa, ya sea en forma directa o en forma indirecta. (13)

Serra Rojas considera que los modos más frecuentes de ejercer los servicios públicos son los siguientes:

a).- Administración directa, como el servicio de agua potable, saneamiento, etcétera, en la Ciudad de México. En la administración pública directa, el servicio no tiene individualidad, por ello la gestión del servicio queda confiada, dentro del régimen legal, a la administración utilizando su propia organización y recursos. A este caso corresponden dos modos clásicos de gestión:

1.- La denominada administración directa. La regie de los franceses provista de patrimonio propio y autonomía.

2.- El establecimiento público, en el marco de la teoría francesa, y recientemente otras formas de descentralización administrativa, que adoptan en nuestra legislación di--

12 Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. pág. 110

13 Idem. pág. 124

versas denominaciones, ⁽¹⁴⁾, por ejemplo la descentralización administrativa territorial o regional, y la descentralización administrativa por servicio o funcional que es la que nos interesa.

b).- Arrendamiento y Administración o Gestión Interesada, como algunos Puentes Internacionales.

El arriendo y la administración interesada -regie interesada- cede a empresas privadas el ejercicio del servicio -de carácter económico, bajo las condiciones que la misma administración fija, que pueden ser el pago de una determinada cantidad o la participación en los ingresos de la empresa, -pero sin soportar pérdidas.

En la administración interesada, la administración nombra un gestor del servicio al que le asigna un porcentaje de ingresos, o cualquier otra participación de índole económica. En ambos casos la situación especial de manejo del servicio, no hace eludir la responsabilidad de la administración -que está obligada al mantenimiento y vigilancia del servicio.

c).- Concesión de Servicios Públicos. Ley de Vías Generales de Comunicación: Radio, Televisión, Teléfonos, etcétera.

En la concesión de servicio público, la administración -concede o establece un derecho a favor de un particular concesionario para que maneje un servicio a su cargo por un plazo determinado y bajo condiciones precisas, de naturaleza -contractual y reglamentaria, entre otras las de obtener ventajas económicas que le remuneren de su inversión. La insta-

lación y explotación del servicio regula principalmente por el interés público del servicio y accesoriamente por el interés particular del concesionario.

d).- Descentralización por Servicio.- Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad. En la descentralización por servicio, el régimen que se establece es el mismo que le ha asignado la doctrina francesa.

El Estado por medio de una ley crea un régimen jurídico apropiado para el servicio, le asigna una personalidad jurídica, un patrimonio propio, y un régimen financiero adecuado a su finalidad. El servicio se maneja en forma autónoma y el Estado sólo se reserva determinadas facultades respecto de los órganos superiores del servicio y del poder de vigilancia o fiscalización, que mantenga la regularidad del servicio. (15)

Al respecto Acosta Romero, nos dice lo siguiente: "la actividad de los organismos descentralizados, se regula tanto por normas de derecho público, como por normas de derecho privado; tenemos por ejemplo que el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en su ramo del Petróleo (D.O. de 29 de noviembre de 1958), determinaba que, en lo no previsto por la ley, se consideran mercantiles los actos de la industria petrolera y se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal. La Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos (D.O. de 6 de febrero de 1971 que abrogó a la antes citada en su artículo 17, primer párrafo, establece que en todos los actos, convenios y contratos en que intervenga Petró-

15 Ob. Cit. págs. 124, 125

Los Mexicanos, serán aplicables las leyes federales, y las controversias en que sea parte cualquiera que sea su carácter, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación..." (16)

También consideramos que es necesario incluir, el decreto Presidencial de fecha 23 de marzo de 1965, publicado en el D.O., el primero de abril del mismo año, reformado en sus artículos 5o. y 8o. fracciones IV, VII y IX, el dos de Diciembre de 1976, el cual nos dice lo siguiente:

"Decreto por el que se crea el organismo público descentralizado Compañía Nacional de Subsistencias Populares, que sustituirá en sus funciones a la sociedad mercantil del Estado, llamada Compañía Nacional de Subsistencias Populares, - Sociedad Anónima". Y en su artículo 3o. fracciones VII, VIII y IX, nos dice:

"Artículo 3o.- La Compañía Nacional de Subsistencias Populares, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

VII.- Promover, organizar y operar sistemas comerciales adecuados para comprar, encauzar, distribuir y vender subsistencias populares.

VIII.- Crear, organizar y dirigir las instituciones filiales que sean social y técnicamente necesarias para el eficaz cumplimiento de sus funciones.

IX.- Coordinar sus actividades de acuerdo con lo que más convenga al interés nacional, con las organizaciones reconocidas por ejidatarios, pequeños agricultores, trabajadores agrícolas, sindicatos, cooperativas de producción y con-

sumo, banca oficial y privada, cámaras comerciales e industriales y las demás personas e instituciones que juzgue conveniente".

Por lo antes mencionado nosotros sabemos que existe una institución filial a dicho Organismo Público Descentralizado, como es DISTRIBUIDORA CONASUPO METROPOLITANA, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE (Dicomesa, Triconsa, Linconsa, etcétera), la cual otorga concesiones a particulares para la explotación del servicio social de venta al menudeo de subsistencias populares al público consumidor.

También tenemos que: La Comisión Federal de Electricidad tiene por objeto, conforme a la ley vigente del Servicio Público de Energía Eléctrica, artículo Noveno, fracción séptima.- Celebrar convenios y contratos con los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios o con entidades públicas y privadas o personas físicas, para la realización de actos relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica". (17)

Y continuando con los diversos modos de prestar los servicios públicos que menciona Serra Rojas, tenemos:

e).- Empresas de Economía Mixta o Empresas Privadas de interés público, como la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza del Centro, Sociedad Anónima, Altos Hornos de México, Sociedad Anónima, en las empresas de economía mixta, persona jurídica y pública privada, los particulares manejan una intervención del poder público que varía en las diversas legisla-

17 Acosta Romero Miguel, Derecho Administrativo, Cit. la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, 1984.

ciones. En el Derecho Administrativo Mexicano, sólo se consideran empresas de economía mixta aquellas en las que el Estado se reserva la dirección de las empresas, como accionista mayoritario. Estas empresas se regulan por la LOAPF, artículos 1o., 2o. y 3o.

f).- Servicios subvencionados o servicios personificados. Estos servicios son obra de la iniciativa privada, que no son manejados por el Estado, sino por los particulares, que aportan su patrimonio, pero que no tienen capacidad económica para su manejo, ya sea por insuficiencia de las tarifas, o porque sus ingresos no permiten un manejo eficiente.- En estos casos el Estado rodea a las empresas de determinados privilegios, entre los cuales se cuentan subvenciones, subsidios, exenciones de impuestos y otros beneficios.

g).- Otras formas de manejo de servicios públicos en instituciones públicas, o privadas mixtas; estacionamiento de vehículos, fideicomisos, fondos, etcétera, en ellas el Estado se reserva determinadas facultades, por ejemplo declarar de inmediato la rescisión de una concesión si los concesionarios no atienden debidamente el servicio". (18)

Al respecto José Ortega Lozano, en su tesis denominada Control de Empresas Públicas que prestan servicios públicos, encontramos que:

No es la concesión la única forma mediante la cual pueden los particulares explotar un servicio público, sino que hay otros sistemas o regímenes legales que les permiten ha -

cerlo, por ejemplo el permiso, la autorización y licencia. Y es más, hay tantos y tantos servicios públicos que son prestados por particulares, servicios que ni siquiera los regula el Estado como tales y consecuentemente no ejercen un control riguroso sobre ellos. Tal posibilidad surge de la falta de claridad y contingencias de la legislación de la materia, en la legislación y en la práctica encontramos varias formas por las cuales las personas físicas o morales de derecho privado atienden actividades de carácter administrativo, en particular nos referimos a los servicios públicos. Tenemos por ejemplo el caso del servicio de coches de alquiler en el Distrito Federal, ¿quién duda que se trate de un servicio público?; el caso de los choferes o mejor dicho de los propietarios de taxis, no actúan como concesionarios ni están sujetos por analogía a ningún contrato de concesión, sino que el Estado, concretamente el Departamento del Distrito Federal, les otorga las placas, y un permiso, una licencia, o autorización que les faculta para prestar el servicio, y quedan sujetos a ciertas disposiciones que le son fijados; quedando facultados para vigilar su exacta observancia el Departamento del Distrito Federal. (19)

D.- REGIMEN JURIDICO EN LOS SERVICIOS PUBLICOS Y REGIMEN JURIDICO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Al respecto Jorge Vedel, nos dice lo siguiente:

"Cada servicio público tienen sus reglas particulares, pero existen tres reglas que son comunes a todos los servicios -
19 Ob. Cit., pág. 189, Tesis UNAM, 1966.

ios públicos del tipo que sean, servicios públicos del Estado o servicios públicos locales, servicios públicos industriales y comerciales o servicios administrativos, servicios públicos en régimen de regie (gestión directa) o de concesión.- Estas tres reglas son la continuidad del servicio, la igualdad de los usuarios y la adaptación del servicio a las necesidades del público. Otras reglas del servicio público son por el contrario, profundamente modificadas por razón de carácter industrial y comercial del servicio. Las reglas de organización y de funcionamiento del servicio (gestión financiera y contabilidad concretamente) son específicas.

Igualmente, por definición el servicio no puede ser gratuito, al contrario de lo que ocurre con la mayor parte de los servicios administrativos.

Por otro lado, las reglas de competencia contenciosa son particulares y ello da lugar, evidentemente a un reparto entre el Derecho Público y el Derecho Privado del régimen jurídico aplicable".⁽²⁰⁾ Para un mayor abundamiento en cuanto al régimen jurídico recomendamos ver las págs. 78,79 y 80 en los que han sido explicados ampliamente.

En cuanto al régimen jurídico en la legislación mexicana, Serra Rojas nos menciona lo siguiente:

"Nuestro Derecho administrativo ha considerado en la Constitución y en diversas leyes -el régimen jurídico de los servicios públicos- como hemos analizado esas leyes señalan sus caracteres fundamentales, que coinciden en algunos aspectos

20 Derecho Administrativo, pág.691,Ed.Aguilar,S.A.Madrid,1980

tos con su definición doctrinal.

El servicio público es una creación del Estado el cual atiende a su organización y funcionamiento, con los elementos legales y materiales que le son necesarios. Una decisión de la administración pública resuelve que una necesidad de carácter colectivo o de interés general, se convierte en servicio público. Las mismas leyes determinan el régimen jurídico que le es aplicable.

Las formas que reviste el servicio público, actividad y prestaciones, son variadas en nuestra legislación: sea en forma centralizada, es decir, atendida directa o indirectamente por la administración pública, o en forma descentralizada en entes públicos que asumen el servicio; o por medio de empresas de participación estatal; y por los propios particulares en el régimen de la concesión.

Los servicios públicos pueden estar en determinadas circunstancias, en manos de particulares. Para estos, el Estado los rodea de las mismas seguridades prerrogativas del poder público, sin destruir sus propósitos comerciales o industriales, el régimen jurídico aplicable es el mixto". (21)

Y más adelante continúa diciendo:

"Nuestra Constitución alude a los servicios públicos -- aunque en diversas acepciones, en los artículos 3o, 27, fracción VI, 73 fracc. XXV y XXIX, 123, apartado A, fracc. XVIII, - 132.

La legislación administrativa mexicana ha legislado so-

re la noción de servicios públicos: en unos casos con la expedición de una Ley de servicios públicos del Distrito Federal, D.O.F. del 29 de dic. de 1978; en otros casos en diversas materias administrativas, se ha legislado por lo que se refiere a un tema específico: aguas, bosques, electricidad, transporte, etcétera.

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal del año de 1984, define al servicio público en otros términos:

Para efectos de esta ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que 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.

La segunda parte del artículo 23 citado complementa la noción:

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 requieren para la prestación de servicio.

De conformidad con la doctrina del servicio público antes expuesta, el artículo 24 de la Ley Orgánica antes citada, ordena:

'Artículo 24. Cuando a propuesta del Jefe del Departamen

to 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...

Por otro lado, la nueva ley de Educación Pública publicado en el D.O.F. del 29 de Noviembre de 1973, ordena en su artículo 3o.

'La educación que imparten el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios, es un servicio público". (22)

Continuando con el régimen jurídico en nuestra legislación Acosta Romero, nos señala que:

"La Ley Federal del Trabajo (D.O. del 1o. de abril de 1970), en sus artículos 452, fracción III y 455, también determina el concepto de servicios públicos y este último concepto entiende como tales a los de comunicaciones y transportes, los de gas, los de luz y energía eléctrica, los de limpieza y aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación cuando se refieren a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio.

La Ley de Vías Generales de Comunicación y la Ley de la Industria Eléctrica, regulan los servicios públicos con el criterio antes expresado.

22 Serra Rojas Andrés, Ob. Cit., págs. 118, 119.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto en te-
jurisprudenciales como en ejecutorias aisladas, también-
recogido esa noción importantísima que es el servicio pú-
co, de acuerdo con los lineamientos de la doctrina.

Desde el punto de vista subjetivo económico, el servi-
o público se identifica con una empresa creada o estableci-
con el objeto de prestarlo, cuya estructura jurídica pue-
ser muy variable, si lo presta directamente el Estado pue-
ser a través de cualquiera de las formas de organización,
lo prestan los particulares a través de concesión, gene-
almente lo hacen a través de sociedades mercantiles, princi-
almente anónimas". (23)

También encontramos que:

Las Sociedades Nacionales de Crédito.- Son una especie-
de sociedad mercantil de Estado, estructuradas exclusivamen-
te para prestar el servicio público de banca y crédito, en -
los términos del artículo 28 Constitucional, de la Ley Regla-
mentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y de la Ley
General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxilia-
res, en lo relativo a la banca múltiple...

En diversos artículos de la Ley Reglamentaria del Servi-
cio Público de Banca y Crédito, se hacen remisiones a leyes-
supletorias, como es la Ley General de Instituciones de Cré-
dito, cuyas exposiciones, contenidas en los títulos primero-
segundo, capítulos VI, VII cuarto y quinto, le serán aplica-
bles en lo conducente; la propia Ley Orgánica de la Adminis-

tración Pública Federal, con respecto a las normas aplicables a las entidades de la administración pública que tengan carácter de instituciones nacionales de crédito (artículo 3o); la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyas normas les serán aplicables a los certificados de participación patrimonial, en lo que sea compatible con su naturaleza (Art. 9o). la Ley del Mercado de Valores, en cuanto a que las disposiciones relativas a los títulos nominativos depositados en el Instituto Nacional para el Depósito de valores, les serán aplicables a los certificados de la serie "B" que se encuentren en ese supuesto (artículo 15, fracción II-párrafo segundo); el Código de Comercio, en lo relativo a las reglas del procedimiento, con excepción de los artículos 1247 y 1296 y, a falta de disposición de dicho código, el Código de Procedimientos Civiles. (24)

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 5o. fracciones I, II, III, nos dice lo siguiente:

"Artículo 5o.- En las operaciones y servicios bancarios las instituciones de banca múltiple se regirán por ésta ley, por la Ley Orgánica del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente por:

- I. La legislación mercantil.
- II. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles; y
- III. El Código Civil para el Distrito Federal.

Las operaciones y servicios bancarios de las institucio

nes de banca de desarrollo, se registrarán por su respectiva ley Orgánica, por esta ley y la Ley Orgánica del Banco de México En su defecto, conforme a lo dispuesto por ese artículo." (25)

Por lo que respecta al Fideicomiso, sabemos que éste es regulado; tanto por el Derecho Público, como por el Derecho Privado, así pues citaremos las siguientes:

- a) Por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1984, según el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1976, (artículos 30. y 49).
- b) Por la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (de 1984, Arts. 25-26).

A continuación nos permitimos transcribir el artículo 25 que dice lo siguiente:

"Artículo 25.- Los fideicomisos constituidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente único del Gobierno Federal, que tengan por objeto la inversión, el manejo administración de obras públicas, prestación de servicios o producción de bienes para el mercado, serán objeto de control y vigilancia, por parte de un comisario que será designado por la Secretaría del Patrimonio Nacional. Sin perjuicio de lo que determine la Ley, de Crédito o Instrumento jurídico que los haya creado, los fideicomisos deberán ajustarse a las prevenciones que establece la presente -
25 Of.Cit. pág. 8.

en todo lo que en cada caso les será aplicable". (26)

c) (27) "La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que dió las bases definitivas para la institucionalización de esta figura en nuestro país (Artículos 346- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)".

A continuación nos permitimos transcribir el (28) Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos dice lo siguiente:

"Artículo 346. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado a la realización de ese fin a una institución financiera".

Por lo antes manifestado nosotros podemos decir que el Estado, se considera con una gran responsabilidad ante los gobernados, o mejor dicho ante el interés de las colectividades, o diversos grupos sociales los cuales tienen necesidades y para satisfacer esas necesidades, el Estado tiene que recurrir a los medios que sean necesarios, ya sea que los servicios públicos sean prestados por el propio Estado, o por los particulares, así pues en algunas ocasiones el Estado se ve obligado a otorgar seguridades, vender el material necesario suministrar, conceder prerrogativas a empresarios, concesionarios, para el efecto de que las mismas puedan prestar ciertos servicios públicos; por eso podemos apreciar

6 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pág. 66

7 Citado por Acosta Romero Miguel, Ob. Cit. pág. 282.

8 Código de Comercio y Leyes Complementarias, pág. 330.

ne al Estado, lo que le interesa es que las actividades que se desarrollen sean de utilidad pública, y es en esta actividad en donde podemos encontrar que se mezclan tanto los intereses del Estado, como el de los particulares de derecho privado. Por esta situación, es que el Maestro José Canasi señala que en el campo de la economía se observa una mayor amplitud y extensión de los servicios públicos, que crean relaciones complejas que entran en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado (ver. pag. 74)

También hemos encontrado que los servicios públicos ya sean prestados por el Estado o por los particulares, y regulados por el Derecho público o por el Derecho privado, éstos servicios públicos han dado lugar a un concepto nuevo acorde con la realidad social, en la cual se consideran los aspectos doctrinal y jurisprudencial.

Y para mayor abundamiento de lo que nos proponemos mostrar, citaremos lo señalado por Jorge Olivera Toro, que nos dice:

"La idea primordial de Duguit y la escuela francesa, que acepta fundamentalmente la noción del servicio público como la base del derecho administrativo ha sufrido una verdadera crisis precisamente en su país de origen, a través de sus fallos judiciales.

... Cuando se habla de crisis de la noción tradicional del servicio público, es debido a que todo el régimen administrativo está sufriendo una transformación y se nos presenta como crisis, lo que no es sino un devenir social, económi

o y jurídico. La modificación de los conceptos es resultante de una interpenetración del Derecho público y del privado de tal suerte que se rompe la separación abismal que pretendió darse.

Así la actividad industrial y comercial del Estado moderno ha hecho pensar en la existencia de servicios públicos de esa índole, o bien para no desdibujar la noción, se ha creado un nuevo concepto para esa reciente actividad, "Dación de bienes al mercado", como la gestión económica que no realiza prestaciones, sino proporciona bienes o servicios. De esta suerte se dice, la "Tricotomía Tradicional" de actividades administrativas "servicio público, fomento y policía", se acrecienta con otra, que quizá sólo sea la utilización de técnicas empresariales, por parte del Estado, para quien a efecto de satisfacer las necesidades colectivas se matiza con las tonalidades y formas jurídicas, haciendo presente una vez más la unidad conceptual del Derecho." (29)

Por lo antes manifestado podemos decir que nos dá por resultado el tema que nos proponemos mostrar, la síntesis dialéctica del Derecho Público y del Derecho Privado, el cual será tratado a través de la dialéctica en el capítulo siguiente.

C A P I T U L O I V

CONCEPTO Y PRINCIPALES LEYES DE LA
DIALECTICA.

CONCEPTO Y PRINCIPALES LEYES DE LA
DIALECTICA.

Después de haber mostrado que los servicios públicos -- pueden ser prestados tanto por el Estado, como por los particulares, y regulados tanto por el Derecho Público como por el Derecho Privado, a continuación trataremos de mostrar, cómo - se puede aplicar esa relación dialéctica entre el Derecho Público y el Derecho Privado a través del servicio público.

Los autores: Marx, Engles, Lenin nos dicen lo siguiente: "Cuando nos detenemos a pensar sobre la naturaleza sobre la - historia o sobre nuestra propia actividad espiritual nos en - contramos primeramente con el cuadro de una trama infinita de nexos o influencias recíprocas, donde nada permanece en lo - que era, ni cómo y donde era, sino que todo se mueve y cambia, nace y perece. Veamos pues, ante todo, la imagen de conjunto, en la que los detalles pasan todavía más o menos a segundo - plano; nos fijamos más en el movimiento, en transiciones, en la concatenación, que en lo que se mueve, cambia y se concate - na.

"Para la dialéctica, que enfoca las cosas y sus imágenes conceptuales sustancialmente en sus conexiones, en su conca - tenación, en su dinámica, en su proceso de génesis y caduci - dad, fenómenos no son más que otras tantas confirmacones de - su modo genuino de proceder..."⁽¹⁾

Y más adelante nos dice Engles de "que el mundo no se -
1 MARX, ENGLER, LENIN. Materialismo Dialéctico págs. 22, 24,-
70. Ediciones Quinto Sol. S.A. México.

e compone de objetos terminados y acabados, sino que representa en sí un conjunto de procesos, en los que las cosas parecen inmutables, al igual que sus imágenes, mentales en nuestro cerebro.

Para la filosofía dialéctica no existe nada definitivo, absoluto, consagrado; en todo pone de relieve lo que tiene de perecedero y no deja en pie más que el proceso ininterumpido del devenir y del perecer, un ascenso sin fin de lo inferior a lo superior, cuyo mero reflejo en el cerebro pensante es esta misma filosofía. Así pues, la dialéctica es, según Marx 'la ciencia de las leyes generales del movimiento tanto del mundo exterior como del pensamiento humano'. (2)

La palabra dialéctica viene del griego "dialego" que quiere decir diálogo o polémica. Los antiguos entendían por dialéctica el arte de descubrir la verdad poniendo de manifiesto las contradicciones implícitas en la argumentación del adversario y superando estas contradicciones... Este método dialéctico de pensar que más tarde se hizo extensivo a los fenómenos naturales, se convirtió en el método dialéctico de conocimiento de la naturaleza, consistente en considerar los fenómenos naturales en perpetuo movimiento y cambio, y el desarrollo de las contradicciones existentes en ésta, como el resultado de la acción recíproca de las fuerzas contradictorias en el seno de la naturaleza. (3)

2 Marx, Engels, Lenin, Ob. Cit. pág. 70

3 Stalin J., Sobre el materialismo Dialéctico y el materialismo histórico, pág.6, (Folleto), Ediciones Cuauhtémoc - Ed. Progreso, México 1973.

Nosotros podemos decir que este método dialéctico también lo podemos aplicar al fenómeno jurídico, consistente en considerar el movimiento y cambio y el desarrollo de las tradiciones existentes, como resultado de la acción recíproca de las fuerzas contradictorias del tema que nos proponemos mostrar, es decir de las fuerzas contradictorias entre el Derecho Público y el Derecho Privado a través del Servicio Público.

Concepto de Dialéctica.- "Es una doctrina del desarrollo, las ciencias de las leyes universales del desarrollo de la naturaleza, y de la sociedad humana y del pensamiento".⁽⁴⁾

A.- CATEGORIA DE LA TOTALIDAD

En la totalidad encontramos que los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad no existen aislados los unos de los otros, entre ellos hay una relación mutua o concatenación. Una cosa depende de la otra, ésta, a su vez, de una tercera, etc., semejantes nexos, dependencia o, como suele decirse también, relaciones no tienen fin... Más no todas las relaciones tienen la misma importancia. Hay relaciones causales, cambiables y hay relaciones constantes, profundas, esenciales o, como suele decirse, sujetas a leyes... La ley es la relación entre las cosas y los fenómenos una relación no originada por circunstancias causales, externas transitorias, sino por la naturaleza interna de los fenómenos concatenados. La ley no refleja todos los nexos o relaciones, sino

4 Rius, Marx, para principiantes, pág. 147; Edic. de Cultura Popular, Méx. D.F. 1978.

los fundamentales, los decisivos. (5)

Por eso, el rasgo más importante de la ley consiste en que tiene carácter objetivo.

También las leyes del desarrollo social tienen carácter objetivo. Los hombres no pueden ni crear, ni destruir ni "transformar" las leyes a su capricho...

Por consiguiente, la ley expresa la relación universal-necesaria, objetiva y relativamente constante entre los fenómenos y objetos del mundo existente. (6)

Por lo que toca a Víctor G. Afanasiev, nos dice lo siguiente: "...Es muy cierto que el hombre no puede crear ni suprimir las leyes de la naturaleza, pero también lo es que puede conocerlas y aplicarlas a su actividad..." (7)

Más de una vez, todos nosotros hemos visto un imán común, por lo que sabemos que una de sus características principales es determinada por la presencia de extremos que rechazan recíprocamente pero que viven indisolublemente vinculados entre sí, a la manera de un polo norte y otro sur. Es inútil intentar la separación de tales polos, pues eso nunca se consigue. Si el imán es partido en dos, cuatro, ocho o más partes, se sigue conservando los mismos polos.

Precisamente estos son los contrarios, características-tendencias o fuerzas intrínsecas del objeto que se rechazan-

5 Yajot O., Qué es el Materialismo Dialéctico, pág. 88, Ed.-Progreso, Moscú, 1969.

6 Idem. pág. 89

7 G. Afanasiev Víctor. Fundamentos de Filosofía Marxista, - págs. 105, Ed. Bodoni, S.A., Méx. 1979.

mutuamente y que, sin embargo, coexisten simultáneamente ---
 pues el uno supone al otro. La unidad de los contrarios es -
 determinada por la relación indestructible de interdependen -
 cia entre ambos.

Todos los objetos y fenómenos tienen características con -
 tradictorias. Y todas ellas configuran correlaciones estructu -
 rales, unidades indestructibles de contrarios.

El desarrollo del conocimiento también presenta fuerzas -
 contradictorias. En la investigación, el hombre se sirve de -
 métodos absolutamente como lo son la inducción y la deducción
 el análisis y la síntesis. (8)

Rodolfo Cortés del Moral, nos da una clara explicación -
 diciendo lo siguiente: "La totalidad dialéctica no es un "com -
 puesto" de unidades indiferentes, sino el conjunto de relacio -
 nes sustentadas por los elementos contradictorios de un proce -
 so. La contradicción dialéctica revela que cada elemento de -
 un proceso incluye en sí mismo su puesto (pues la contradic -
 ción no es una relación exterior y eventual de dos determina -
 ciones extrañas), su comportamiento no se origina en el "cho -
 que" que sufre con su contrario, sino con el efecto (recípro -
 co) que éste suministra mediante su estancia en el interior -
 de aquel. Siendo así lejos de ser contradicción una lucha o -
 un encuentro de elementos que se repelen, es la unidad inter -
 na de los opuestos, es la oposición que unifica y sintetiza -
 las determinaciones contrarias de un "proceso". Esta rela --
 8 G.Afanasiev. Víctor. Ob.Cit. págs. 110,111.

ción implicante de los opuestos significa que la totalidad - (el proceso) se encuentra inscrito en cada una de sus determinaciones parciales. El hecho de que un opuesto contenga al otro en si mismo equivale a que en cada opuesto se halla comprendido la totalidad de las relaciones contradictorias de que consta propiamente el proceso. La parte o determinación parcial da cuenta o contiene esencialmente al todo o al proceso total al que pertenece, motivo por el cual esta determinación parcial no puede considerarse como unidad indiferente que pudiera añadirse a cualquier conjunto. Su contenido refleja al conjunto específico de relaciones contradictorias que integran la totalidad en la cual figura como parte". (9)

"...La totalidad es siempre captada de una manera peculiar, de acuerdo con el sitio y la significación que dentro de ella tiene el proceso que ocupa nuestra atención..." (10)

"En suma, el método dialéctico requiere que la investigación emprendida acerca de un fenómeno social tome siempre como punto de referencia a la totalidad dentro de la cual se encuentra ubicado dicho fenómeno, a efecto de advertir las relaciones que se entablan entre ambos factores (totalidad y proceso particular)". (11)

Con respecto al tema que nos proponemos mostrar, noso -

- 9 Cortés del Moral Rodolfo. Dialéctica de la Sociología, - págs. 112,113, Ed. Edicol, S.A. Méx. 1978.
- 10 Cortés del Moral Rodolfo. El Método Dialéctico. Pág. 32. - Ed. Edicol, S.A., Méx. D.F. 1977
11. Idem. pág. 32

tros señalaremos que el aspecto jurídico del Estado en sus - lineamientos generales comprende al Derecho en su totalidad; es decir la investigación del fenómeno jurídico, también lo - estamos ubicando dentro de la totalidad del Derecho y en la - pág. 6 del párrafo segundo del primer capítulo se nos dice lo siguiente: "...toda norma jurídica de Derecho Público -- o Derecho Privado se encuentra colocado dentro del orden ju - rídico e integrándolo y dando realidad a esta parte sustan - cial del Estado...."

Diremos que el Derecho Público (normas Jurídicas genera - les), contiene a su opuesto que es el Derecho Privado (nor - mas jurídicas particulares), pero que estos dos contrarios - por medio de una relación de enlace van a formar la totali - dad del Derecho, o del orden jurídico, ya que el Derecho pri - vado es una parte de la totalidad, y el Derecho Público es - la otra parte de la totalidad, al respecto recomendamos ver - el inciso "D" del primer capítulo.

B.- LA CONTRADICCION, CAUSA ESENCIAL DEL MOVIMIENTO.

Nos dice Rodolfo Cortéz, lo siguiente: "...Ahora nos to - ca atender a un hecho que constituye el principio vertebral - de la dialéctica, a saber: la contradicción o lucha de con - trarios.

La dialéctica nos hace ver que sin pasar por alto el -- papel determinante que desempeña la totalidad y la interac - ción, el origen o el punto de partida del movimiento y el - cambio se encuentra siempre en el interior de los procesos, - o sea si el movimiento sólo fuera atribuido a los efectos -

de la totalidad cobra en un proceso particular quedaríamos estacionados en la concepción mecánica de la realidad, según la cual todos los fenómenos se originan por el choque o el impulso que reciben los cuerpos desde el exterior, sin que internamente experimenten modificación alguna. Tal aplicación resulta del todo inoperante por lo que toca a los procesos sociales". (12)

"...Si el mal y el bien se encontraran siempre tan lejos el uno del otro que no tuvieran nada en común, entre estos dos contrarios no existirían jamás roces, choques, disputas ni discrepancias de ningún género. Dicho con otras palabras, no habría entre ellos ninguna contradicción.

Entre los contrarios que se hallan vinculados surgen siempre ciertas relaciones. De ahí que entre ellos se produzcan "roces" "choques" y "discrepancias". Dondequiera que choquen los contrarios, dondequiera que se entablan entre ellos unas u otras relaciones, aparecen siempre contradicciones, ya que chocan tendencias, corrientes y fuerzas opuestas. Por eso la contradicción puede ser definida como la relación entre los contrarios, a su vez, son partes de la contradicción..." (13)

"Para la concepción dialéctica del mundo, todo lo que existe se halla sometido a un movimiento y a cambios incesantes, por ello utilizamos el término de proceso para designar a cualquier objeto o fenómeno. Pero en seguida es preciso señalar la causa por la que todo lo real está en movimiento constante. Dicha causa es la lucha de los contrarios que se lleva a cabo en el interior del proceso.

Para entender esta cuestión debemos ocuparnos antes de un hecho esencialmente importante. La concepción dialéctica parte del descubrimiento de que ningún objeto o fenómeno es homogéneo o unívoco es decir, que esté conformado de tal manera que sus partes integrantes se encuentren siempre armónicamente unidas con miras a un fin determinado. Muy por el

12 Ob.Cit. pág. 33

13 Yajot O., Ob. Cit., pág.107.

contrario, todo lo que existe está compuesto de elementos o aspectos contradictorios y que, en consecuencia, se excluyen mutuamente. Entre los componentes internos de una cosa o fenómeno se entabla una relación de oposición recíproca en virtud de la cual uno tiende a anular al otro y viceversa... Ahora bien, si ésta es una propiedad que se cumpla en todos los fenómenos en general, cabe sin embargo añadir que es la esfera de los procesos sociales donde adquiere una mayor relevancia, dado que en ella los cambios se operan a un ritmo más vertiginoso de modo que no es posible observar su desarrollo completo. (14)

Continuando con Rodolfo Cortés nos señala que:

"...El método dialéctico apunta a los elementos o aspectos opuestos entre los que se establece la contradicción, a fin de poder seguir paso a paso el desarrollo de la misma, - así como el papel que va adquiriendo uno y otro opuesto en el curso de la lucha que sostienen sus avances y retrocesos, la inferioridad o superioridad que alcanzan en cada etapa..." (15)

Respecto al tema que nos incumbe cabe hacer un pequeño comentario, y diremos que, existen discrepancias, choques, - en cuanto a la finalidad e intención que persiguen el Derecho público, y el Derecho privado, esto es, que entre ambos se entablan relaciones, y también contradicciones, por tanto nosotros también podemos decir, que la contradicción entre el

14 Cortés del Moral Rodolfo. Ob.Cit. págs. 34,37

15 Cortés del Moral Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 36

Derecho Público y el Derecho Privado, es la relación que --
 existe en ambos contrarios.

Podemos decir también que a pesar de que existe un Derecho como totalidad, o un orden jurídico, sus partes integrantes no siempre existen armónicamente unidas para un fin de -
 terminado. Y con respecto a la contradicción entre el Derecho -
 Público, y Derecho Privado, en el primer capítulo del -
 inciso "B", en las teorías que se han tratado en la división
 entre el Derecho Público y el Derecho Privado, consideramos-
 que nos ha sido suficiente haber mostrado los elementos -
 opuestos entre los que se establece una contradicción, a -
 efecto de que en lo subsecuente podamos entender el desarro-
 llo de la misma, así como el papel que va adquiriendo uno y-
 otro en la lucha que sostienen. Y también diremos que en el
 fenómeno jurídico, o sea en el tema que nos proponemos mos-
 trar no es posible observar su desarrollo completo.

En el desarrollo de la contradicción dialéctica, Rodol-
 fo Cortés nos dice lo siguiente:

"...Por tratarse de una relación mediante la cual en -
 tran en contacto dos elementos opuestos que se orientan a -
 anularse mutuamente la lucha de los contrarios no describe -
 una trayectoria simplemente progresiva y lineal; sobre todo-
 en el terreno de los procesos sociales, donde los términos -
 contradictorios están constituidos por grupos humanos o cla-
 ses sociales, la lucha no puede seguir una evolución unifor-
 me y regular, en algunas etapas las acciones adoptan un rit-
 mo lento, mientras que en otras se suscitan enfrentamientos-

nusitadamente violentos en los que ambos despliegan toda -
 la actividad de que son capaces... Sin embargo, reconociendo
 este carácter imprevisible, la contradicción dialéctica des-
 cribe en términos generales el siguiente desenvolvimiento: -
 al principio uno de los opuestos, aquel que reúne los rasgos
 más definidos y manifiestos del proceso en su conjunto, se -
 presenta como el elemento determinante de la contradicción, -
 ya que él marca hasta ese momento la orientación general que
 sigue el proceso; frente a él aparece, bajo una forma apenas
 germinal un elemento cuya tendencia o sea, el sentido de su-
 acción) es opuesta a la del otro. Este es el elemento subor-
 dinado de la contradicción. Durante un cierto lapso, la opo-
 sición entre ambos términos se traduce en la permanencia del
 dominio del primero sobre el segundo; el término subordinado
 en razón misma de su inferioridad en fuerza y extensión, só-
 lo consigue fungir como una resistencia más o menos notable-
 que infiere en algún grado el dominio ejercido por el elemen-
 to determinante, sin que logre ponerlo en crisis. Tal situa-
 ción empero es transitoria..."(16)

Así nosotros para aplicar el desarrollo de las contra-
 dicciones entre el Derecho Público, y el Privado a través -
 de los servicios públicos encontramos en el Capítulo II, que
 Duguit, y Jezé, consideran que en los servicios públicos gra-
 vita el Derecho Público, o sea que los gobernantes deben de-
 utilitzar este derecho para regular los servicios públicos; -
 por ejemplo Duguit nos dice, que los servicios públicos úni-
 16 Ob.Cit. págs.39, 40

amente deben ser prestados por el Estado, "Que es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asignado y controlado por los gobernantes porque el cumplimiento de ésta actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza del gobernante, ver - pág. 28 ". Aunque el mismo Duguit, considera que ésta es la causa por la que el número de servicios públicos carecen de día en día debido a que no se consideran que actividades entran a formar los servicios públicos. Pero también Duguit, - admite lo siguiente:

"A pesar de que esos servicios públicos deben ser prestados por el Estado a través de sus gobernantes, estos no tienen el monopolio por que también pueden ser prestados libremente por los particulares en la medida y límite en que los gobernantes y agentes los ejercitan (ver pág. 29 2o. - Capítulo)". También nos dice que el número de servicios públicos de motivo a la descentralización.

Por lo que respecta a Jezé, nos dice lo siguiente:

"Decir que determinada hipótesis existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar la satisfacción regular y continúa a cierta categoría de necesidad de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial (ver pag.34 2o. Cap.)"; y también "en la pág.36 inciso-(b), recalca la idea de separación de tribunales administra-

ivos (para el funcionamiento de los servicios públicos), y de los judiciales".

Pero también aparte de los servicios públicos concesionados, nos habla de los establecimientos privados auxiliares de los servicios públicos, por ejemplo, hace mención de "la Ley del 5 de Abril de 1910 con los retiros de vejez. Existen hoy día para la constitución de estos retiros, asociaciones de socorros mutuos, establecimientos privados, pero al mismo tiempo, además que se dictó aquella Ley de Constitución de Pensiones de retiros para toda categoría de individuos (obros empleados, asalariados, cuyos salarios son inferiores a una cierta cantidad) ha sido originada en servicio público - (ver. pág. 40 2o. cap.)".

Así pues ante tal situación con Duguit, Jezé, podemos decir que el Derecho Privado está subordinado o dominado por el Derecho Público, ya que el Derecho privado únicamente funge como resistencia al elemento determinante.

Continuando con la dialéctica encontramos que:

El término subordinado adquiere paulatinamente mayor fuerza y se va extendiendo su influencia en sectores cada vez más amplios del proceso en su conjunto. Pero tenemos que advertir que dicho término contradictorio encuentra las condiciones de su nacimiento en las deficiencias y dificultades con que se tropieza la tendencia dominante esto es, el surgimiento del término con el que habrá de establecer una relación contradictoria, el término dominante, tiene por causa la incapacidad de este mismo término para seguir determinan-

lo el desarrollo del proceso en su conjunto y mantener la -
 unidad de sus partes integrantes. Cuando el desarrollo del -
 proceso comienza a decrecer o a perturbarse debido a que la -
 tendencia que domina en su interior ya es insuficiente para -
 impulsar plenamente dicho desarrollo, entonces comienza a ge -
 nerarse y a incrementarse un término que se opondrá al ya -
 existente. (17)

Así en nuestro ejemplo encontramos que Bonard Roger, si -
 gue considerando que los servicios públicos deben ser regula -
 dos por el Derecho Público, ya que los considera como la es -
 tructura misma del Estado; pero también ya considera que al -
 modo normal de organización o sea por la Administración di -
 recta), se oponen los modos especiales de organización que -
 son el establecimiento público y el servicio público conce -
 dido. Así pues cabe recalcar lo siguiente:

"La oposición entre estas formas de organización se ma -
 nifiesta sobre el estado de las conecciones entre el servi -
 cio y la autoridad administrativa que lo dirige. Esta direc -
 ción puede comportar una más o menos fuerte subordinación -
 del servicio en cuanto a la autoridad dirigente. Lo fundamen -
 tal de la diferencia entre las formas de organización reside
 precisamente en las diferencias en cuanto a esa subordina -
 ción del servicio y en cuanto a los procedimientos para ami -
 norar ésta subordinación (ver pág. 44 2o. párrafo. 2o. cap.)"
 Así también cabe señalar lo siguiente: "Por tratarse de mo -
 dos excepcionales de organización de servicios públicos, el -
 17 Cortés del Moral Rodolfo. Ob. Cit. págs. 40,41.

establecimiento público y el servicio público concedido no son formas propagadas ni admitidas comunmente. Esto resulta del hecho de que las razones de ser de dichas formas de organización se encuentran cada vez más en los servicios públicos" (ver pág. 47, inciso b)".

Continuando con el desarrollo de la contradicción dialéctica, Rodolfo Cortés del Moral nos señala que:

"...Los elementos de la contradicción se presentan bajo una relación de fuerzas menos desproporcionadas: el subordinado ha remontado en medida considerable su estrechez inicial, - en tanto que el determinante ha perdido parte de su influencia sobre el proceso en su conjunto, lo que da paso a una atmósfera de agitación crítica. La contradicción entra en actividad, aunque todavía es patente la diferencia de alcances - que separa a los opuestos. La característica propia de esta etapa radica en que en ella se pone de manifiesto la naturaleza contradictoria y recíprocamente excluyente de los elementos, y además en el hecho de que ambos despliegan una actividad suficiente intensa como para que sus respectivas tendencias entren en conflicto abierto, mismo que llega a interrumpir la orientación unívoca que en apariencia iba siguiendo el proceso hasta ese momento no obstante ello, el elemento determinante continúa imponiéndose sobre la influencia de su contrario y logra mantener bajo su relativo control el estado de cosas prevaletentes..." (18)

Así nosotros con Louis Rolland encontramos una relación-

de fuerzas menos desproporcionados, porque este autor utiliza los principios técnicos de organización que es el de empresa, con respecto de servicios públicos que satisfacen necesidades de carácter económico.

Y esto se debe a que el elemento determinante es decir la posición sustentado por Duguit y Jézé cada vez es menos eficiente en la prestación de los servicios públicos. Y ante tal situación Louis Rolland, considera en su definición de servicios públicos a toda empresa de interés general, en la cual consideramos que el término contradictorio (subordinado) adquiere mayor fuerza debido a que esas empresas pueden ser mercantiles, prestados por particulares y regulados tanto por el Derecho Público como por un Derecho Privado, y como consecuencia en este caso dos términos opuestos están relacionados y vinculados en la idea de empresa que tiende a satisfacer servicios públicos; (ver pág. 52); pero todavía podemos decir que es patente la diferencia de alcances que separa a los opuestos.

Continuando con el desarrollo de la contradicción dialéctica, Rodolfo Cortés del Moral nos señala que:

"... La contradicción nace en el momento en que la tendencia dominante ya no está acorde con las condiciones objetivas ni con las exigencias de aquellos, de modo que su desarrollo empieza a frenarse. Llegado ese momento, del mismo interior del proceso surge una nueva tendencia que ya pugna por la superación de semejante estado recesivo. Es, pues, la incapacidad de la tendencia reinante que la que da pie a

la generación de su tendencia contraria. La contradicción -- que de inmediato se entable entre las dos las convierte en -- términos excluyentes pero a la vez directamente implicados, -- ya que la desaparición de uno equivale a la superación de la propia contradicción, y el término restante deja de llamarse opuesto... Por lo tanto, es preciso tener en cuenta que la -- sucesión de contrarios tiene una trayectoria progresiva; ca -- da una arranca del estado de cosas heredado de la precedente -- e incluso por causa de conflictos no resueltos en ésta. Los -- resultados emitidos por la concatenación que las une a todas -- constituye el desarrollo del proceso en su conjunto..."⁽¹⁹⁾ y más adelante Rodolfo Cortés del Moral concluye con lo siguien -- te:

"...Los términos opuestos intensifican sus recíprocos -- ataques provocando un estado crítico en extremo.

Las fuerzas del elemento subordinado se han robustecido -- lo suficiente como para disputar la supremacía de su contra -- rio. Se hace más pronunciada la relación excluyente que en -- etapas anteriores no había cobrado acentos notables. En suma, la contradicción alcanza un nivel de algidez tal que se hace -- imposible por más tiempo la permanencia de ambos elementos en el interior del proceso. En lo sucesivo ambos buscarán elimi -- nar definitivamente a su contrario, por cuanto que los dos -- comparten la posibilidad de imponerse como la tendencia deter -- minante del proceso y, por ende, ya no resulta factible su -- convivencia. La contradicción llega de esta manera a su madu --

ez. La oposición se torna intolerable; de aquí en adelante la supervivencia de un elemento está en dependencia con la supresión del otro sin que haya oposición para otro tipo de reajuste..." (20)

Por lo que toca a nuestro ejemplo podemos decir que las fuerzas del elemento subordinado también se han robustecido lo suficiente como para disputar la supremacía de su contrario. Es más palpable la relación excluyente entre el Derecho Público y el Derecho Privado, que en etapas anteriores, no había cobrado acentos notables, en suma la contradicción llega de esta manera a su madurez. Asimismo cabe recalcar lo antes manifestado:

"Las fuerzas del elemento subordinado se han robustecido lo suficiente como para disputar la supremacía de su contrario. Se hace más pronunciada la relación excluyente que en etapas anteriores no habían cobrado acentos notables" (ver pág. 115, 2o. párrafo).

Ahora vamos a ver que por primera vez, la Jurisprudencia va a reconocer que los servicios públicos pueden ser administrados por particulares y ligados a la administración mediante un contrato civil.

"La jurisprudencia reconoce en ocasiones que un servicio público, puede ser administrado por un organismo privado, lo que indica, que la expresión "Servicio Público", es susceptible de dos acepciones muy distintas, según como lo definamos, ya sea por su objeto o por su organización (ver págs. 20 Ob.Cit. págs. 69, 70.

rrafo 5o. pág. 57, 2o. cap.)".

"Servicios públicos Administrados por Organismos Privados.- Desde 1938, la jurisprudencia francesa tiende a reconocer que un servicio público puede ser administrado por un organismo privado. Ya no se trata del caso clásico de un servicio público administrado por un determinado tiempo, por un concesionario activo, por cuenta y bajo el control de la colectividad pública, se trata de organismos desinteresados que no persiguen objetivos pecuniarios... de particulares ligados a la administración por un contrato civil (ver párrafo 1o. de la pág. 58 2o. cap.)". Y a mayor abundamiento recomendamos ver el último párrafo de la pág. 65 del 2o. cap., - que se refiere al servicio público virtual, y servicio público por naturaleza.

Con ello podemos decir que los contrarios comparten la posibilidad de imponerse como la tendencia determinante del proceso en la prestación de los servicios públicos. Porque tanto el Estado es capaz de prestar servicios públicos, como los particulares de Derecho privado, son capaces de prestar servicios públicos.

D.- SINTESIS DIALECTICA

Respecto a la síntesis dialéctica nos dice Rodolfo Cortés del Moral, lo siguiente:

"...La conclusión o el resultado final a que llega el proceso de la contradicción contiene en sí mismo a todos los factores que cobran relevancia en su decurso, sólo que ahora aparecen superados dialécticamente, es decir, todos -

ellos se encuentran contenidos en el nuevo proceso contradictorio que se abre, pero el lugar que dentro de él ocupan es aquel que les fue conferido por el elemento determinante de la contradicción anterior de la que formaron parte...

Luego entonces, la síntesis debe quedar entendida como el resultado final a que arriba la lucha de los contrarios.- En dicha síntesis se encuentran presentes todos los elementos y factores que intervinieron o jugaron algún papel en el desarrollo..."(21)

A continuación (22) Eli de Gortari, nos dice lo siguiente:

"Debemos tener presente que como ocurre con todo conocimiento comprobado, el hecho de llegar a una nueva fase en el desarrollo del método científico nunca ha significado la destrucción de las etapas anteriores. Porque la superación dialéctica representada por cada nueva fase, siempre comprende en su seno a las etapas recorridas previamente en el desenvolvimiento del proceso, las cuales quedan incorporadas al proceso como cosa propia. Por lo tanto, las etapas previas constituyen partes integrantes de esa nueva etapa recién alcanzada; aún cuando es conveniente aclarar que la fase resultante no se forma por la simple agregación de los elementos anteriores del desarrollo, sino que se trata de algo nuevo y diferente. En todo caso la conquista de una nueva etapa trae consigo el descubrimiento de los límites, dentro de los

21 Cortés del Moral Rodolfo. Ob. Cit. págs. 52, 53.

22 Gortari Eli de, Dialéctica.- Método págs. 44, 45, 47, Ed.- Grijalbo. Méx. sin año.

cuales quedan incluidos como pertenecientes al dominio de -- esa etapa anterior. Además, tal dominio no se clausura para el progreso del conocimiento científico, sino que dentro de sus límites persisten infinitas posibilidades de descubrir - nuevas relaciones y nuevos elementos...

La contradicción desaparece al unirse los términos - opuestos en un nivel superior, haciendo surgir con su interpenetración un término. Este nuevo término es la síntesis de los dos anteriores y representa su conciliación y su fusión. Con el surgimiento de la síntesis el proceso ha dejado de - ser lo que era, pero sigue comprendiendo a las tendencias - opuestas que dieron origen a la nueva fase, lo mismo que la contradicción entre ellas. La síntesis se forma, así con la tesis, la antítesis y la oposición de ambas. Y por ser algo nuevo y distinto, la síntesis posee cualidades diferentes - a las de la tesis y las de la antítesis y, al propio tiempo, incluye nuevas contradicciones en su seno". (23)

Y por lo que toca al ejemplo que hemos seguido en el de sarrollo de los servicios públicos, diremos lo siguiente:

El resultado a que hemos llegado en la contradicción en tre el Derecho Público y el Derecho Privado a través de los servicios públicos, es que en esta actividad se fusionan am- bos derechos, porque en esta actividad se han interpenetrado los intereses del Estado (de Derecho Público), y los intere- ses de los particulares (de Derecho Privado).

Prueba de ello es que en la definición de servicio público que se ha dado en el capítulo tercero, se han tomado en cuenta los aspectos doctrinal y jurisprudencial. Es por eso que José Canasi, nos dice lo siguiente: "En el campo de la economía se observa una mayor amplitud y extensión de los servicios públicos, que crean relaciones complejas que entran en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado (ver pág. 74 3o. Cap.)".

Así también Eustorgio Sarria, nos dice lo siguiente: "Las distintas actividades de servicio público no deben valorarse aisladamente dentro del actual estado de desarrollo de la vida social, todas esas actividades se enlazan y complementan y así un servicio público aparece como la base indisoluble, en determinado momento, de otro u otros servicios públicos (ver pág. 78 3o. Cap.)".

Y así en México tenemos que "La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 5o. fracciones I, II y III, nos dice:

"Artículo 5o.- En las operaciones y servicios bancarios las instituciones de Banca múltiple se regirán por esta ley, por la Ley Orgánica del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente por:

- I. La Legislación Mercantil
- II. Los usos y prácticas bancarias y mercantiles; y
- III. El Código Civil para el Distrito Federal.

Las operaciones y servicios bancarios de las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley

orgánica, por esta ley y la Ley Orgánica del Banco de México. En su defecto, conforme a lo dispuesto por este artículo".

Los difeicomisos, están regulados tanto por la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, - artículos 25 - 26 (ver pág. 95); como por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus artículos 346 a 359 (ver pág. 96).

"El artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en su ramo del Petróleo (D.O. de 29 de noviembre de 1958), determinaba que, en lo no previsto por la Ley, se consideran mercantiles los actos de la Industria Petrolera y se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal. La Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos (D.O. de 6 de febrero de 1971), que abrogó a la antes citada, en su artículo 17, primer párrafo, establece que en todos los actos convenios y contratos en que intervenga Petróleos Mexicanos, - serán aplicables las leyes federales, y las controversias - en que sea parte cualquiera que sea su carácter, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación. - (ver págs. 84, 3er. párrafo

Y para concluir tenemos lo siguiente:

"...Cuando se habla de crisis de la noción tradicional del servicio público, es debido a que todo el régimen administrativo está sufriendo una transformación y se nos presenta como crisis, lo que no es sino un devenir social, económico

co y jurídico. La modificación de los conceptos es resultante de una interpenetración del Derecho Público y del Privado de tal suerte que se rompe la separación abismal que pretendió darse...

El Estado, a efecto de satisfacer las necesidades colectivas se matiza con las tonalidades y formas jurídicas, haciendo presente una vez más la unidad conceptual del Derecho (ver pág. 98 Cap. III)".

CONCLUSIONES

1.- Es la personalidad jurídica, quien permite la ins -
 tauración del Estado de Derecho, en el sentido que el Estado
 encuentra un límite en el Derecho. El Derecho es la función -
 específica del Estado. Además el aspecto jurídico del Estado
 en sus lineamientos generales comprende al derecho en un sen -
 tido amplio, en todas sus ramas. Es derecho del Estado el -
 Derecho Público y también lo es el Derecho Privado.

La totalidad dialéctica no es un "compuesto" de unida -
 des indiferentes, sino el conjunto de relaciones sustentadas
 por elementos contradictorios de un proceso.

Dialécticamente, nosotros al decir que el Estado encuen -
 tra un límite en el Derecho, entendemos que en la totalidad -
 del Derecho el cual está integrado por relaciones sustenta -
 das por elementos contradictorios, que son el Público y el -
 Derecho Privado, a través del proceso en el servicio públi -
 co.

2.- Ahora bien, tradicionalmente se ha dividido al Dere -
 cho en ramas, orden práctico, que justifican la conveniencia
 de dividir el Derecho Público y Privado; y así tenemos que:

a) En relación a la personalidad: en el privado, el -
 fin individual, en el público, la totalidad de los indivi -
 duos bajo la idea del derecho en el Estado.

b) En relación con el objeto: en aquél los vínculos ju -
 rídicos entre particulares; en éste, el Estado, la manifesta -
 ción orgánica del pueblo.

c) En relación de subordinación y dependencia: el priva

do se dá por la propia personalidad sustantiva e independiente de cada individuo, mientras que en el público se toma en cuenta la subordinación y dependencia en que se hallan colocadas las personas.

d) En relación de expresiones de voluntad: por la equiparación e igualdad teórica de las personas en el derecho privado, frente al sentimiento de la voluntad al mandato superior en el ordenamiento público.

e) En relación de necesidades y aspiraciones: las del individuo en el privado, las del orden social jurídico en el público.

f) En relación del carácter de los sujetos particulares en el Derecho privado, y dotados de poder público en el Derecho de esta otra índole.

Tal división del Derecho Público y Privado conforme a la dialéctica decimos que es una lucha de contrarios y en la cual la dialéctica nos dice que: Entre los contrarios que se hallan vinculados surgen siempre ciertas relaciones. De ahí que entre ellos se produzcan "roces", "choques" y "discrepancias". Dondequiera que choquen los contrarios donde quiera que se entablen entre ellos unas u otras relaciones aparecen siempre contradicciones ya que chocan tendencias, corrientes y fuerzas opuestas. Por eso la contradicción puede ser definida como la relación entre los contrarios.

3.- La dialéctica nos dice que la contradicción tiene un desarrollo; y el desarrollo de la contradicción entre el Derecho Público y el Derecho privado a través del servicio -

público, dialécticamente es el siguiente:

- En un principio tenemos que la noción de servicio público es capital, en torno de lo que gravita el Derecho público; que esta actividad solamente puede ser completamente asegurada mediante el monopolio de la fuerza del gobernante. - Los agentes públicos, para dar satisfacción regular a cierta categoría de necesidad de interés general, pueden aplicar - los procedimientos del Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial... Aunque también admiten que debido al - desarrollo de las sociedades civilizadas existe una carencia de servicios públicos; y cuando la exigencia social está en juego éstos pueden ser prestados por un concesionario o por un arrendatario, o también existen los establecimientos privados auxiliares de los servicios públicos que satisfacen necesidades de interés general pero sujetos a un derecho privado.

La contradicción dialéctica nos dice que en un principio uno de los opuestos, aquel que reúne los rasgos más definidos y manifiestos del proceso en su conjunto se presenta - como el elemento determinante de la contradicción, ya que él - marca hasta ese momento la orientación general que sigue el proceso; frente a él aparece bajo una forma apenas germinal - un elemento cuya tendencia (o sea el sentido de su acción) - es opuesta a la del otro. Este es el elemento subordinado de la contradicción.

En nuestro ejemplo podemos decir, que el Derecho Privado está subordinado al elemento determinante que es el Dere-

cho Público.

- Se sigue considerando el modo normal del servicio público por administración, pero Bonar Roger, ya nos habla de la oposición de los modos especiales de organización (establecimiento público y servicio público concedido); que a pesar de ser formas excepcionales todavía no ser admitidas -- comunmente, las razones de ser se encuentran cada vez más en los servicios públicos.

Y la contradicción dialéctica nos dice que el término subordinado adquiere paulatinamente mayor fuerza y se va extendiendo su influencia en sectores cada vez más amplios del proceso en su conjunto.

Conforme a la doctrina podemos decir, que el Derecho privado va adquiriendo mayor fuerza en los servicios públicos.

- Con Louis Rolland, tenemos que éste autor se empieza a separar del concepto tradicional, dándonos una definición técnica, haciendo alusión a la empresa que puede ser mecánica, respecto de servicios públicos que satisfacen necesidades de carácter económico.

La contradicción dialéctica nos dice que los elementos de la contradicción se presentan bajo una relación de fuerzas menos desproporcionadas: el subordinado ha remontado en medida considerable su estrechez inicial, y el determinante ha perdido parte de su influencia sobre el proceso en su conjunto... Hasta ese momento no obstante ello, el elemento determinante continúa imponiéndose sobre la influencia de su contrato.

- Bajo la influencia de las doctrinas socialistas intervencionistas o para algún otro caso, de servicios públicos, simulando empresas comerciales o industriales, a ocasionado a los tribunales hacer algunas distinciones entre los servicios públicos, para no aplicarles a todos un régimen uniforme... Además la jurisprudencia reconoce en ocasiones que un servicio público, puede ser administrado por un organismo -- privado ligados a la administración mediante un contrato civil, lo que indica que la expresión "servicio público", es susceptible de dos acepciones muy distintas, según como lo afirmamos, ya sea por su objeto o por su organización.

El servicio público ha sido definido en sentido material y en sentido orgánico, anteriormente se consideraba que el servicio público designaba la actividad asumida por una colectividad pública; y la concepción material nos dice que para que nos encontremos en presencia de un servicio público es necesario y suficiente que la actividad asumida sea de interés general en la cual los poderes públicos convinieron hacer un servicio público...

Y la contradicción dialéctica nos dice que los términos opuestos intensifican sus recíprocos ataques provocando un estado crítico en extremo. Y las fuerzas del elemento subordinado se han robustecido lo suficiente como para disputar la supremacía de su contrario. Se hace más pronunciada la relación excluyente que en etapas anteriores no había cobrado acentos notables, es decir la contradicción ha llegado de esta manera a su madurez.

5.- El desarrollo de la contradicción dialéctica del Derecho público y del Derecho privado antes manifestado, nos dá por resultado la síntesis dialéctica del Derecho público y del Derecho privado a través del servicio público, porque a través del servicio público se rompe la separación o división que existe entre el Derecho público y el Derecho privado, de los cuales va a surgir una interpenetración entre ambos derechos o sea que éstos se unen para lograr un objetivo, para desarrollar una actividad que es la prestación de los servicios, prueba de ello tenemos al fideicomiso, que es un servicio público, y está regulado por la Ley para el control por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (Artículos 25,26) y por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, (Artículos 346 a 359); y el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en su ramo del Petróleo (D.O. de 29 de noviembre de 1958), determinaba que, en lo no previsto por la Ley, se consideran mercantiles los actos de la Industria Petrolera y se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal. La Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos (D.O. de 6 de febrero de 1971), que abrogó a la antes citada en su artículo 17, primer párrafo, establece que en todos los actos convenios y contratos en que intervenga Petróleos Mexicanos, serán aplicables las leyes federales; y las controversias en que sea parte cualquiera que sea su carácter, serán de la competencia exclusiva de los Tribunales-

de la Federación.

La Ley Reglamentaria de Servicios Públicos de Banca y Crédito en su artículo 5o. nos señala que:

En las operaciones y servicios bancarios, las instituciones de Banca Múltiple se registrarán por esta ley, por la Ley Orgánica del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente:

- I. La Legislación Mercantil
- II. Los usos y prácticos bancarios y mercantiles.
- III. El Código Civil para el Distrito Federal.

Y por lo que respecta a la síntesis dialéctica, nos dice, que la contradicción desaparece al unirse los términos opuestos en un nivel superior, haciendo surgir con su interpenetración un nuevo término. Este nuevo término es la síntesis de los dos contrarios y representa su conciliación y su fusión. Con el surgimiento de la síntesis el proceso ha dejado de ser lo que era, pero siguen comprendiendo a las tendencias opuestas que dieron origen a la nueva fase, lo mismo que la contradicción entre ellas.

B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA ROMERO MIGUEL, Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1984.
- BATTAGLIA FELICE, Estudios de Teoría del Estado, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1966.
- BLUNTSCHILI J. GASPAR, Derecho Público Universal, Vol. 1 Ed. Góngora, Madrid.
- C. Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual.
- CORTES DEL MORAL RODOLFO, Dialéctica de la Sociología, Ed. - Edicol, México, 1978.
- CORTES DEL MORAL RODOLFO, El Método Dialéctico, Ed. Edicol - S.A., México, 1977.
- CANASI JOSE, Derecho Administrativo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974.
- DUGUIT LEON, Manual de Derecho Constitucional, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1921.
- ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba, Tomo XXI, Biblioteca Jurídica, - Argentina, 1954.
- FRAGA GABINO, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1979.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A., - México, 1980.
- GARCIA MAYNES EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho, - Ed. Porrúa, S.A., México, 1979.
- G. AFANASIEV VICTOR, Fundamentos de Filosofía Marxista, Ed. - Bondoni, S.A., México, 1979.
- GASTON JEZE, Los Principios Generales del Derecho Administrativo, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1928.
- GOMEZ ARBOLEYA ENRIQUE, Teoría de la Sociedad y del Estado, - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- GORTARI, ELI DE, Dialéctica - Método, Ed. Grijalbo, México.
- LAUBADERE ANDRE DE, Traite de Droit Administratif., Librairie Generale de Droit Et de Jurisprudence, París, 1980.
- MARX, ENGLÉS, LENIN, Materialismo Dialéctico, Ed. Quinto, - Sol, S.A.

LEGISLACION MEXICANA:

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

Diario Oficial de la Federación, publicado el primero de --
abril de 1965.

Diario Oficial de la Federación, publicado el 27 de diciem -
bre de 1976.