

## Comentarios Monográficos

### COMENTARIOS SOBRE LA NOCION DEL SERVICIO PUBLICO COMO ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS

Allan R. Brewer-Carías  
*Director del Instituto  
de Derecho Público de la  
Universidad Central de Venezuela*

#### SUMARIO

1. EL SERVICIO PUBLICO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.
2. LA NOCION DEL SERVICIO PUBLICO.
3. CONSECUENCIAS DEL SERVICIO PUBLICO EN RELACION A LOS ADMINISTRADOS.
4. EL SERVICIO PUBLICO Y LA LIBERTAD ECONOMICA.  
A. *Los servicios públicos exclusivos y excluyentes.* B. *Los servicios públicos exclusivos pero concedibles.* C. *Los servicios públicos concurrentes.*

#### 1. EL SERVICIO PUBLICO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Constitución establece como base del Estado de Derecho, una serie de derechos de los particulares. En el Título III estos derechos han sido regulados y clasificados en cuatro capítulos destinados, respectivamente, a los Derechos Individuales (arts. 58 a 71); a los Derechos Sociales (arts. 72 a 94); a los Derechos Económicos (arts. 95 a 109); y a los Derechos Políticos (arts. 110 a 116).

Sin embargo, a pesar de la terminología común empleada, la naturaleza de estos derechos es variada pues determinan una distinta relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos. Así, en general, pueden distinguirse dos tipos entre estos derechos: en primer lugar, las libertades públicas, como por ejemplo el derecho a que la libertad personal sea inviolable (art. 60), que imponen al Estado una *obligación de no hacer*, es decir, de abstenerse de perturbar el derecho y de asegurar y cuidar su vigencia; y en segundo lugar, los derechos propiamente dichos, como el derecho a la protección de la salud (art. 76) o el derecho a la educación (art. 78) que imponen al Estado *obligaciones de hacer*, es decir, obligaciones prestacionales de servicios concretos.

En el primer caso, la situación jurídica en la cual se encuentra el Estado en la relación jurídica que surge de la consagración del derecho, es la de una obligación de no hacer (abstención); en cambio, en el segundo caso, la situación jurídica en la cual se encuentra el Estado en la relación jurídica que surge de la consagración del derecho, es la de una obligación de hacer (prestación). En cuanto a los particulares, en el caso de las libertades públicas, éstos tienen frente al Estado derecho a que éste garantice su vigencia y efectividad; y en de los derechos propiamente dichos, los

administrados tienen frente al Estado derecho a percibir de éste prestaciones concretas.

El servicio público se constituye, en esta forma, en una prestación que el Estado está obligado a conceder a los administrados en virtud del derecho que constitucional o legalmente se ha consagrado a su favor.

## 2. LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La idea del servicio público por tanto, está indisolublemente unida al Estado y a su Administración Pública. Dentro de los cometidos de aquél está, precisamente, prestar servicios públicos.

En el lenguaje político-administrativo, estos servicios públicos vendrían a constituir aquellas actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que cumple en virtud de *una obligación* constitucional o legal.

Esta idea de la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional es clave en la conceptualización jurídica del servicio público, pues contribuye a delinear los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza como mero empresario, y que no se realizan por el cumplimiento de obligación alguna.

Por otra parte, el hecho de que el servicio público se cumpla por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación a los particulares: por una parte, el hecho de que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está un derecho de los administrados a tales servicios públicos; y por otra parte, el hecho de que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público, así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello, la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su fuente directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos es que puede, conforme a la propia Constitución (art. 96), limitarse o restringirse la libertad económica. Excepcionalmente, sin embargo, podría crearse un servicio público por Decreto-Ley, en caso de urgencia comprobada y de receso del Congreso, con la autorización previa de la Comisión Delegada (art. 190, ord. 11).

La Constitución, directamente, establece así algunos servicios públicos, como actividades a cargo, obligatoriamente, del Estado.

En efecto, cuando la Constitución establece el derecho de todos a la protección de la salud, prevé expresamente la obligación de las autoridades de velar "por el mantenimiento de la salud pública" y de proveer "los medios de prevención y asistencia a quienes carezcan de ellos" (art. 76). La prestación de servicios de salud

y asistencia médica, por tanto, es un servicio público a cargo obligatoriamente del Estado.

Por otra parte, cuando la Constitución establece el derecho de todos a la educación, prevé expresamente la obligación del Estado de crear y sostener "escuelas, institutos y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura" (art. 78).

Estos dos son ejemplos de servicios públicos, en sentido jurídico, previstos directamente en la Constitución como obligación del Estado.

Por otra parte, además de la Constitución, es la ley la que puede establecer la obligación prestacional a cargo del Estado, erigiendo determinadas actividades en servicios públicos. Es el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 (G.O. Nº 2297 Extr. de 18-8-78), en cuyo artículo 7º se enumeran algunas actividades prestacionales que competen a los municipios, y que se configuran como servicios públicos pues son de prestación *obligatoria* a cargo de aquéllos (arts. 9 y 10) y entre ellos, se destacan, los de abastecimiento de agua potable; el alumbrado público y domiciliario; el de cementerios; el de aseo urbano y domiciliario, y el de bomberos.

### 3. CONSECUENCIAS DEL SERVICIO PUBLICO EN RELACION A LOS ADMINISTRADOS

Ahora bien, sea que el servicio público lo establezca, como obligación, la Constitución o la ley, hemos dicho, produce dos consecuencias en relación a los particulares: por una parte, un derecho correlativo a la recepción del servicio en cabeza de los particulares; y por la otra, una restricción a la libertad económica de los particulares, en el sentido de que éstos no pueden, libremente, ejercer esas actividades prestacionales que han sido impuestas obligatoriamente al Estado.

Puede decirse que esta consecuencia del servicio público, es la más importante desde el punto de vista del Derecho Administrativo: cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad. Sin embargo, el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que establezca la ley. Esta puede establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares, cuando el Estado se reserva dicha actividad prestacional con carácter de exclusividad, hasta una concurrencia casi sin restricciones entre actividad pública y actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Es conveniente distinguir estas tres categorías de servicios públicos según la mayor o menor incidencia y restricción de la libertad económica.

#### 4. EL SERVICIO PUBLICO Y LA LIBERTAD ECONOMICA

En efecto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad del Estado como servicio público, pueden distinguirse tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concedibles; los servicios públicos concurrentes.

##### A. *Los servicios públicos exclusivos y excluyentes*

La primera categoría de servicios públicos son aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que no pueden los particulares, en forma alguna, prestarlos.

La Constitución, directamente, no establece ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los establezca en determinados supuestos.

En efecto, el artículo 97 de la Constitución establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de "reservarse determinadas industrias, explotaciones o *servicios de interés público* por razones de conveniencia nacional". De acuerdo a este artículo, por tanto, mediante ley puede establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Esta reserva, sin duda, tiene por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no puede realizarse respecto del servicio reservado.

En efecto, la reserva de servicios públicos por parte del Estado conlleva básicamente una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del servicio reservado, lo que afecta tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades de prestación del servicio, como a cualquier particular o empresa que pretendiera, en el futuro, realizar dichas actividades. Después de la reserva, por tanto, los particulares que prestaban el servicio no pueden continuar prestandolo, y hacia el futuro ningún otro particular puede realizar nuevas actividades de prestación del servicio. Por otra parte, con motivo de la reserva del servicio, sólo el Estado tiene la potestad de prestarlo, no existiendo derecho alguno de los particulares a ello, pues la libertad económica en el mismo ha sido excluida y es imposible ejercerla. La reserva de servicios, por tanto, provoca el establecimiento de un monopolio de derecho a favor del Estado.

Como consecuencia de ello, el acto de reserva, *per se*, no conlleva derecho alguno de los particulares afectados, a indemnización, por parte del Estado. Aquéllos, simplemente, cesan en sus actividades, y un deber de indemnización sólo surgiría si el Estado decide apropiarse de las instalaciones o de las empresas de los particulares que prestaban el servicio, es decir, decide nacionalizar el servicio.

Ahora bien, debe señalarse que si bien la Constitución autoriza al legislador a reservar al Estado determinados servicios públicos en forma exclusiva y excluyente, ello no ha sido muy frecuente. Una de las excepciones, es decir, uno de los supuestos en los cuales la ley ha reservado al Estado, con carácter exclusivo y en cierta forma excluyente, un servicio público, ha sido el servicio público de correos. Por supuesto,

en este caso, la Ley de Correos es una ley nacional, ya que el correo entra dentro de las competencias del Poder Nacional (art. 136, ord. 22).

#### B. *Los servicios públicos exclusivos pero concedibles*

Una segunda categoría de servicios públicos está configurada por aquellos que también son atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, y han sido reservados al mismo, pero no en forma excluyente, en el sentido de que mediante una concesión, puede permitirse que los particulares presten el servicio público en ciertas condiciones.

La Constitución Nacional tampoco regula expresamente esta categoría de servicios públicos, por lo que es la ley la que los ha establecido. Como ejemplo deben destacarse las regulaciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978. En esta ley se establece una serie de servicios públicos mínimos para los núcleos urbanos de más de un mil habitantes (art. 9) y de más de cinco mil habitantes (art. 10). En relación a todos estos servicios públicos, entre los cuales se encuentran los de abastecimiento de agua potable, cloacas y alcantarillados, alumbrado público, cementerios, aseo urbano y servicios contra incendio, se enumera en la ley las formas de prestación de los servicios de la manera siguiente:

Art. 12. La prestación de los servicios públicos municipales podrá ser hecha por:

1. El Municipio en forma directa;
2. Organismos, empresas o fundaciones de carácter municipal mediante delegación o contrato;
3. Organismos, empresas o fundaciones de carácter estatal o nacional, mediante contrato; y
4. *Concesión* otorgada en licitación pública.

La Ley detalla, además, las condiciones mínimas que regirán cuando se trate de las *concesiones* de servicios públicos municipales, en su artículo 13.

En las leyes nacionales también se encuentran regulaciones concernientes a servicios públicos, que pueden otorgarse en concesión a los particulares. La Ley de Ferrocarriles de 1957, por ejemplo, establece expresamente que "los ferrocarriles de servicio público serán construidos por el Estado o por empresas particulares, mediante concesión cuyo otorgamiento es potestativo del Ejecutivo Nacional" (art. 8).

En todos estos supuestos, puede decirse que los servicios públicos regulados por ley son de prestación exclusiva del Estado; éste se los reserva pero no en forma excluyente, pues puede conceder su prestación a particulares. En virtud de la reserva, éstos no tienen libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que configuran el servicio público. Pueden, sí, obtener ese derecho mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión. La concesión de servicio público, por tanto, transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

### C. *Los servicios públicos concurrentes*

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento también consagra un derecho a prestarlos por los particulares. Un típico ejemplo de estos servicios públicos concurrentes, respecto de los cuales se consagra la obligación y potestad del Estado y el derecho de los particulares a hacer lo mismo, bajo ciertas condiciones, son los servicios educativos.

En efecto, la Constitución establece expresamente, al consagrar el derecho de todos a la educación, que “El Estado *creará y sostendrá* escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura” (art. 78). Es decir, establece un típico servicio público al imponer al Estado *la obligación constitucional* de crear y sostener institutos educativos. Pero además, la Constitución en su artículo 79 consagra el derecho de todos a establecer servicios educativos, en la forma siguiente:

“Art. 79. Toda persona natural o jurídica podrá dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y, previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado”.

La demostración de que paralelamente a la consagración de un servicio público de prestación *obligatoria* por el Estado, se establece también un *derecho* de los particulares a prestar dichos servicios la precisa el mismo artículo 79 de la Constitución al establecer que: “El Estado estimulará y protegerá la *educación privada* que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes”.

Ahora bien, en estos casos, si bien el establecimiento del servicio, como un servicio público, limita la libertad económica de los particulares, no es de tal naturaleza que la excluya, como sucede en los casos anteriormente analizados. El derecho de los particulares a prestar servicios educativos existe directamente establecido en el ordenamiento jurídico, y la ley lo único que establece son mecanismos de control, para asegurar que estos servicios se presten en forma adecuada.

En esta forma, la Ley Orgánica de Educación de 1980, establece expresamente este carácter concurrente del servicio público de la educación, en la siguiente forma:

“Art. 4º. La educación, como medio de mejoramiento de la comunidad y factor primordial del desarrollo nacional, es un *servicio público prestado por el Estado, e impartido por los particulares*, dentro de los principios y normas establecidos en la ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquél y con su estímulo y protección moral y material”.

Sin embargo, el derecho de los particulares a fundar establecimientos docentes no es absoluto. Está limitado, por el carácter de servicio público de la educación, en el sentido de que quienes pretendan establecer institutos o planteles privados de educación deben obtener una *autorización* del Ministerio de Educación. La Ley Orgánica, así, establece dos modalidades de esta autorización: la *inscripción*, para los planteles privados que pretenden que los estudios que se sigan en los mismos sean reconocidos oficialmente; y el *registro*, para aquellos que no aspiran a tal reconocimiento (art. 56).

En uno u otro caso, inscripción o registro, el acto administrativo por medio del cual se concede la inscripción o el registro del plantel, es un acto administrativo de *autorización*, el cual se caracteriza por ser un acto que remueve un obstáculo jurídico que la ley establece para poderse ejercer un derecho preexistente. Como se ha visto, el derecho a educar mediante instituciones o planteles educativos, es un derecho de todos, de orden constitucional; sin embargo, el ejercicio de tal derecho no es libre sino que está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos: el registro o la inscripción del plantel en el Ministerio de Educación. El acto de autorización —y esto es lo que lo distingue de la concesión— no transfiere un derecho al particular que éste no tuviera con anterioridad, sino que en realidad, lo que le permite es ejercer su derecho preexistente, al remover el obstáculo jurídico que el ordenamiento había establecido para su ejercicio. El acto de autorización, por tanto, es un acto declarativo de un derecho preexistente.