

# *Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano*

José Ignacio Hernández G.\*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. SIGNIFICADOS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO.

1. *Breve excursus sobre el servicio público y su ubicación dentro del Derecho Administrativo Venezolano.* 2. *El servicio público: una institución de contornos difusos.*

#### II. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN. SERVICIO PÚBLICO Y LA ESCALA DE PUBLICATIO. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES.

1. *El servicio público como técnica de intervención. El abandono de la llamada "actividad administrativa de servicio público".* 2. *Servicio público y actividades de interés general. Necesaria matización de esta equivalencia. Algunos comentarios al servicio universal como institución tributaria del servicio público.* 3. *Servicio público y publicatio. La gradación de la intervención pública.* 4. *A favor del abandono del servicio público como categoría jurídica y la recepción de la noción de servicios esenciales, especialmente, en el ámbito económico.*

### CONCLUSIONES

### INTRODUCCIÓN

El servicio público ha estado presente siempre en el contenido nuclear del Derecho Administrativo, disciplina jurídica cuyas bases suelen girar en torno a tal figura. El caso de Venezuela no es, ciertamente, la excepción. Esto permite comprender, en una primera impresión, las dificultades tradicionalmente asociadas a la aprehensión del servicio público: el concepto del Derecho Administrativo -enseña Allan R. Brewer-Carías- no es unívoco, como tampoco lo es el concepto de servicio público<sup>1</sup>.

Ciertamente, el servicio público es una institución difusa y equívoca. Puede así afirmarse que jamás ha existido una noción clara de este concepto, a tal punto que se ha señalado -con acierto- que cada autor enuncia su propia definición de servicio público. Por ello, hablar de la "crisis del servicio público" es un tópico que exige necesarias precisiones: el servicio público ha estado siempre en crisis (J. Chevallier)<sup>2</sup>. Indeterminación del concepto de servicio

---

\* Abogado Summa Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. Diploma de Estudios Avanzados (DEA), Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, 2001. El presente trabajo se inserta dentro de la investigación que el autor realiza a los fines de la obtención del Título de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, en el marco del Programa "Problemas actuales del Derecho Administrativo".

1 *Cfr.* "El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela", en *Revista de Administración Pública*, número 100-102, Volumen 1, Madrid, 1983, pp. 685 y ss.

2 *Cfr.* "Regards sur une évolution", en *AJDA*, 20 juin 1997, Paris, pp. 8 y ss. Véase también de este autor el estudio "La place du service public dans l'univers juridique contemporain", en la obra colectiva *Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 1999, pp. 21 y ss. Advierte Chevallier que la idea de la crisis del servicio público debe plantearse con gran moderación pues tal figura -suele argumentarse- se ha encontrado en un estado de crisis permanente (p. 27).

público. No hay, no ha habido nunca definición precisa de este concepto. Y si la indeterminación de éste no fuera poca, la doctrina se ha empeñado en agregar calificativos tan variados e imprecisos que incrementan aún más la confusión: encontramos, así, el servicio público “tradicional”; “propio”; “impropio”; “virtual”; “industrial y comercial”; “económico”; “social”.... La crisis -material- del Estado social (otro tópico del Derecho Administrativo) ha contribuido aún más a esta imprecisión terminológica, pues ahora cabe distinguir otros calificativos no menos ambiguos: el “nuevo servicio público” o el “servicio público concurrencial”.

Nuestra intención no es, ni con mucho, pretender elaborar un nuevo concepto de servicio público ni analizar todas las posturas adoptadas por la doctrina. Nuestro objetivo con el presente ensayo es otro, muy concreto: revisar cuáles han sido los distintos significados del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano para luego elaborar nuestra propuesta de redefinición de esta figura. Será éste el orden que informará a las dos partes en las que quedará dividido el presente ensayo.

## I. SIGNIFICADOS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

El método empleado en esta primera parte es el siguiente: analizados los significados del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano, hemos formulado diez categorías distintas que describiremos a continuación. Sin embargo, antes de su estudio efectuaremos una breve aproximación sobre la posición del servicio público en el Derecho Administrativo venezolano.

### 1. *Breve excursio sobre el servicio público y su ubicación dentro del derecho administrativo venezolano*

Una de las características que acompaña al Derecho Administrativo -y que incluso, lo caracteriza sobre las otras disciplinas jurídicas- son las distintas y a veces contrarias posiciones mantenidas por la doctrina sobre sus principios e instituciones, muchas de las cuales se definen sobre ponderaciones subjetivas y personales. Alejandro Nieto se ha referido recientemente a esta peculiaridad, resaltando, dentro de las limitaciones epistemológicas del conocimiento jurídico, la existencia de posiciones subjetivas que “contaminan” la formulación dogmática de determinada institución, como es el caso, precisamente, del servicio público<sup>3</sup>.

Ahora bien, antes de esbozar en sus aspectos centrales las principales opiniones de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, convendría distinguir, de un lado, el concepto de servicio público y, por el otro, la idea del servicio público.

Al margen de los distintos conceptos que este término puede cubrir, lo cierto es que, en todos los casos, la idea del servicio público se refiere a la existencia de necesidades colectivas de relevante interés general cuya satisfacción, de una u otra manera, impone la actuación de la Administración, mediante cauces y a través de procedimientos muy distintos. Adelantamos, por tanto, que nuestra posición parte de la crítica general al concepto de servicio público, muy especialmente como cláusula de apoderamiento general de la Administración para

---

Con todo, es conveniente distinguir, por un lado, la crisis conceptual, que atañe a la imprecisión terminológica que informa al servicio público como concepto jurídico, de su crisis material, que se inserta en el fenómeno -de mayor densidad- de “crisis” del Estado social. En este ensayo trataremos, únicamente, la crisis conceptual de este complejo término.

3 Para Nieto el “...conocimiento jurídico está limitado por el sesgo distorcionador que introduce la persona del jurista...”. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 37-40.

afectar la esfera de libertades del ciudadano. Por el contrario, nada objetamos a la idea del servicio público: en ella reside la esencia del Estado social, en los términos en que éste aparece recogido en el artículo 2 de la Constitución de 1999<sup>4</sup>.

La jurisprudencia ha mantenido, básicamente, dos interpretaciones en torno al servicio público. Un primer criterio hace énfasis en el aspecto material, para definir a éste –con claras referencias a la doctrina de DUGUIT– como “la actividad administrativa destinada a dar satisfacción de las necesidades de interés general, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público” (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de julio de 1963). Criterio reiterado posteriormente en fallo de 19 de agosto de 1993 (caso Cámara Venezolana de Educación Privada y, ya recientemente, en sentencias de 19 de mayo de 2000, caso Instituto Educativo Henry Clay y de 3 de octubre de 2001, caso Unidad Educativa Minerva), al señalarse que en la concepción material del servicio público priva “... el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas...”. Junto a este concepto hay otro, cuya nota definitoria reside en la técnica empleada por el Estado para asegurar la satisfacción de estas necesidades. Así, el servicio público se caracteriza por su expresa reserva al Estado y por la asunción de obligaciones prestacionales de relevante interés, lo que permitiría distinguir este concepto de otro afín, a saber, los servicios de utilidad pública (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 5 de octubre de 1970, caso CANTV). Se iniciaría así la consolidación de esta doctrina de la jurisdicción contencioso-administrativa, que vendrá a establecer como notas distintivas del servicio público su reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica de las actividades declaradas como tales<sup>5</sup>. Una tendencia que se mantendría, acotamos, hasta 1998.

El estudio del servicio público dentro de la doctrina venezolana, y la posición que esta figura ha ocupado en el Derecho Administración, puede iniciarse con la posición mantenida por Allan R. Brewer-Carías<sup>6</sup>, quien parte de la siguiente premisa: el servicio público se refiere, siempre, a la actividad prestacional que la Administración debe desarrollar por así disponerlo la Constitución o la Ley. Supone además restricciones -mayores o menores- a la libertad económica, distinguiéndose tres niveles. El primero, en el cual la actividad prestacional se desarrolla de manera exclusiva por la Administración, relegando a la iniciativa privada: se compadece con los supuestos en los cuales la Constitución (artículo 302) admite la reserva sobre determinadas actividades. En segundo término, hay servicios que, si bien suponen la exclusión de la libertad económica -a través de la reserva- pueden ser atendidos por los particulares a través de la concesión. Finalmente, hay servicios públicos concurrentes que, aún

---

4 En el prólogo de una obra difundida recientemente –y con notable intensidad– en Venezuela, José Luis Villar Palasí señalaba, sobre la idea del servicio público, lo siguiente: “...el servicio público, como todas las categorías del Derecho administrativo –y quizás de todo el ordenamiento jurídico– es el fruto de un juego de tensiones contradictorias: la necesidad de que ciertas prestaciones lleguen a todo el mundo de modo satisfactorio y al mínimo coste social, pero, al mismo tiempo, de que tal cosa suceda con total respeto a lo que se puede hacerse desde la sociedad...” (Ariño Ortiz, Gaspar, et al, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 11).

5 Entre muchas otras, y dentro de esta línea jurisprudencial, pueden citarse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de mayo de 1995, caso TEMACA y de la Sala Político-Administrativa de 4 de mayo de 1995, caso CONAERAZULIA. El criterio, resumido en este último fallo, era el siguiente: “... en casos similares al presente, esta Sala ha concluido en que la denuncia de violación del indicado derecho (a la libertad económica) consagrado en el artículo 96 de la Constitución, resulta infundada cuando la actividad comercial que pretenda desarrollar el particular sea un servicio público que, como tal, está reservado en principio a los órganos estatales y que, en consecuencia, ha sido abstraída de la actuación comercial de los particulares...”.

6 *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público* número 6, Caracas, 1981, pp. 65-71.

reconociendo la libre iniciativa privada para su prestación, exigen el otorgamiento de la correspondiente autorización<sup>7</sup>. La posición de Brewer-Carías sería acogida por Linares Benzo, enfatizando así su faceta prestacional -imputable siempre a la Administración- y su efecto restrictivo sobre la libertad económica<sup>8</sup>. Con posterioridad, Araujo Juárez se inclinó también por la posición defendida por Brewer-Carías, asumiendo así la faceta prestacional de esta figura. Se insiste, también, en que la declaración de una actividad como servicio público apareja siempre la restricción de la libertad económica<sup>9</sup>.

Junto a esta posición, Eloy Lares Martínez, si bien centra su atención en la faceta prestacional del servicio público, no establece como característica esencial de esta figura la existencia de una obligación prestacional a cargo de la Administración. De esta forma, para Lares Martínez el servicio público es "...toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general...". Frente al servicio público debe el Estado prestar determinadas actividades o limitarse a supervisar su prestación -se entiende- por la iniciativa privada. Lo relevante, para este autor, es la satisfacción directa de necesidades del público<sup>10</sup>.

Ahora bien, en Venezuela, y a partir de 1999, determinadas actividades económicas - llamadas a satisfacer necesidades colectivas de interés público- fueron liberalizadas. Nos referimos en concreto a la reestructuración de la electricidad, los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones, actividades consideradas usualmente servicios públicos. Sin detenernos, en este momento, sobre el alcance de esta calificación, lo cierto es que, bajo el nuevo régimen adoptado, estos servicios se desarrollan por la libre iniciativa privada en régimen de libre competencia, sin menoscabar en ningún caso la Administración, la atención del interés general presente en estos mercados<sup>11</sup>. A partir de esta importante reestructuración, la doctrina

- 
- 7 Vid. "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *cit.*, pp. 68-71.
- 8 Cfr.: "Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada", en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 914-920. Gustavo Linares Benzo, además, efectúa un exhaustivo -y novedoso- estudio sobre el contenido esencial de la libertad económica, partiendo siempre de la consideración del servicio público como limitación a esa libertad (pp. 902-912). Asimismo, se pronuncia sobre un tema de gran importancia, que sin embargo queda al margen de este ensayo: la exigibilidad judicial de las prestaciones que la Constitución confía a la Administración (pp. 914-919). Un tema, por cierto, sobre el que Linares Benzo ha vuelto recientemente ("Derechos prestacionales y separación de poderes" en *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 411-428).
- 9 Cfr.: *Derecho de las Telecomunicaciones*, FUNEDA-Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, pp. 67-68 y 77. Araujo Juárez, ahondando aún más en el concepto de servicio público, identifica tres elementos inherentes a éste: uno orgánico, referible a la titularidad pública sobre la actividad considerada servicio público; uno material, referible al interés general subyacente tras esta figura y un elemento formal, representado por el régimen jurídico exorbitante del servicio público (pp. 68-76). Con posterioridad, Araujo Juárez ha vuelto sobre el concepto de servicio público en atención su impacto sobre las libertades económicas. Más adelante comentaremos esta posición. *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 1996, pp. 226-229.
- 10 Nos remitimos a las consideraciones generales que, en atención a la ordenación de estos tres sectores, hemos efectuado en "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", *Revista de Derecho Administrativo* número 10, Caracas, 2000, pp. 61 y ss.
- 11 Cfr.: Díaz Colina, Mary Elba, "El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", en *Revista de Derecho Administrativo* número 8, Caracas, 2000, p. 232 y Favrin Rodríguez, Odette, "El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2000, p. 140. Véase también, en esta obra colectiva, el estudio de Díaz Colina, Mary Elba, *Telecomunicaciones y libre competencia*, pp. 167 y ss.

venezolana ha defendido la existencia de un “nuevo” modelo de servicio público. Una de las novedades más importantes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones -escribe Díaz Colina- es “...la entrada del servicio de telecomunicaciones al mundo del ‘nuevo servicio público’ o servicio de interés general, caracterizado por la participación de los particulares en la prestación u operación del servicio, con las limitaciones legalmente establecidas, pero en condiciones de libre competencia...”. Se supone, con esta posición, que el “viejo” servicio público se desarrollaba bajo un régimen cuyas notas más importantes eran (i) la reserva de la actividad al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica y (ii) la exclusión de la libre competencia. Por el contrario, y en su “nueva” dimensión, el servicio público sería atendido en un régimen informado por la libre competencia. Sería, así, un servicio público competitivo (Favrin Rodríguez)<sup>12</sup>.

Son estas, en sus rasgos más esenciales, las principales posiciones de la doctrina venezolana en torno al servicio público. Resumiendo, podemos afirmar que existen tres tendencias. La primera, según la cual el servicio público “tradicional” se refiere a actividades prestacionales reservadas al Estado y en las que queda excluida la libertad económica; frente a este modelo, surgiría uno “nuevo”, caracterizado por la vigencia de la libertad económica y libre competencia. La segunda, conforme a la cual el servicio público alude a obligaciones prestacionales a cargo de la Administración cuya realización exige siempre la restricción -en distinta medida- a la libertad económica. Finalmente, que el servicio público comprende a actividades que satisfacen con criterios de regularidad y permanencia necesidades colectivas y que, como tales, deben ser asumidas o garantizadas por el Estado. El servicio público abarca así a realidades heterogéneas cuyo único punto en común es la existencia de necesidades colectivas de relevante interés público que, de una u otra manera, requieren la presencia e intervención de la Administración. La idea del servicio público es clara; su concepto, por el contrario, es múltívoco. Un análisis descriptivo más detallado corroborará esta conclusión<sup>13</sup>.

## 2. *El servicio público: una institución de contornos difusos*

Son tres los conceptos que la doctrina venezolana ha acuñado en relación con la figura del servicio público. El estudio del ordenamiento jurídico positivo nos permite concluir que hay, sin embargo, siete conceptos más que han sido empleados bajo el rótulo del servicio público. Veamos cuales son, entonces, los diez conceptos que en Venezuela ha tenido el servicio público.

12 Cfr.: Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 8, Caracas, 2000, p. 232 y Favrin Rodríguez, Odette, “El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2000, p. 140. Véase también, en esta obra colectiva, el estudio de Díaz Colina, Mary Elba, “Telecomunicaciones y libre competencia”, pp. 167 y ss.

13 Por tanto, no le falta razón a Lares Martínez cuando concluye que “...no ha existido nunca un concepto preciso de la expresión ‘servicio público’...” (*Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 222). Esta heterogeneidad tiene reflejo, también, en el Texto de la Constitución de 1999, en el cual el término servicio público es empleado (i) para denotar el interés general subyacente en determinadas actividades (la educación como servicio público, por ejemplo, en el artículo 102); (ii) como actuación prestacional que debe desarrollar la Administración (la seguridad social, en el artículo 86); (iii) como competencia compartida entre el Poder Nacional y Municipal (artículos 156.29 y 178, en relación con los servicios públicos domiciliarios) o (iv) como sinónimo de organismos administrativos (artículo 196). A lo largo de este ensayo nos referiremos a estos -y otros- conceptos del servicio público desde la Constitución de 1999.

A. *Servicio público y actividades económicas reservadas al Estado. El abandono de esta posición en la jurisprudencia*

Es ésta, sin duda, la noción de más proyección entre nosotros: son servicios públicos las actividades que, al satisfacer necesidades de interés general, se encuentran reservadas al Estado y, por tanto, suponen siempre la exclusión de la libertad económica y la libre competencia. Conviene sin embargo aclarar tres aspectos: primero, que la exclusión de la libertad económica trae su causa en la reserva al Estado, inherente siempre a este concepto de servicio público según el criterio que se comenta. Segundo, que la exclusión de la libertad económica supone también la exclusión de la libre competencia. Y por último, siguiendo la distinción de Brewer-Carías, los servicios públicos, así definidos, pueden ser prestados por los particulares únicamente mediante concesión<sup>14</sup>. Reserva al Estado y exclusión de la libertad económica como las notas que definen al servicio público.

La principal crítica que a esta posición debemos formular -y dejando a salvo las consideraciones que luego efectuaremos- es el nexo causal que se pretendió erigir entre la existencia de un servicio público y la reserva al Estado: si una actividad se considera servicio público, entonces significa que se encuentra reservada al Estado. Nexo causal que, por otro lado, no era defendido por Brewer-Carías, quien admitió también la existencia de servicios públicos concurrentes. Sin embargo, la jurisprudencia acogería expresamente la existencia de tal nexo causal, al concluir que la sola declaración de una actividad como servicio público por el Legislador supone su reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica y la libre competencia (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de septiembre de 1997, caso Aeropostal). Interesa resaltar que en este fallo la Corte analizó la declaratoria de servicio público que efectuaba la Ley de Aviación Civil, declaratoria que se hacía -observamos- sin que en ningún artículo de Ley se consagrara la reserva expresa al Estado de esta actividad, la cual, en consecuencia, se desarrollaba por los particulares en ejercicio del derecho fundamental a la libertad económica. No obstante, la sentencia comentada consideró que esa sola declaratoria era suficiente para considerar la existencia de un servicio público excluyente, en cual -como observó MARÍA AMPARO GRAU- se entiende "...excluida la participación de los particulares salvo que tal derecho sea conferido mediante concesión..."<sup>15</sup>.

La conclusión sentada en el fallo comentado no puede sostenerse válidamente en todos los casos, pues *no siempre que el Legislador califica a una actividad como "servicio público" reserva su titularidad al Estado*. Es decir, que "servicio público" y "reserva" no son, siempre, términos coincidentes. De esa manera observamos que las principales Leyes que en Venezuela han reservado una actividad al Estado, no parten de su calificación como servicio

14 Más recientemente Brewer-Carías ha vuelto sobre esta posición, al afirmar que el servicio público no es "... otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva..." ("La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* 'Allan Randolph Brewer-Carías', Caracas, 1996, p. 54. Así también en "Reflexiones sobre la Constitución económica", *Revista de Derecho Público* número 43, Caracas, 1990, p. 15. Declarar una actividad como servicio público -escribe- "no significa otra cosa que sustraerla de las actividades que pueden realizar, libremente, los particulares").

15 En la sentencia comentada, la Corte Primera consideró que "...el transporte aéreo de pasajeros, servicio público por su naturaleza y expresamente definido por la Ley como tal, no es en nada una actividad que pueda ser ejercida libremente...", por lo cual resultan inaplicables las normas contenidas en la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia (Ley Procompetencia). Véanse los comentarios que, a este fallo, efectúan Díaz Colina, Mary Elba "El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", *cit.*, pp. 231-232 y Grau, María Amparo, "Tendencias jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia", en *Revista de Derecho Internacional Económico* volumen 2, número 1, Caracas, 1997, pp. 128-129.

público<sup>16</sup>. Asimismo, es muy común -lo veremos de inmediato- que la declaración de “servicio público” efectuada por Legislador recaiga sobre actividades en las que rige, plenamente, la libertad económica y la libre competencia. De allí la inconveniencia de entender que cada vez que el Legislador califica a una actividad como servicio público estamos frente a actividades reservadas. La reserva al Estado -máxima limitación admisible a la libertad económica- debe ser, en todo caso, expresa.

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa vendría a corregir esta tendencia, precisamente, al interpretar la declaración de las actividades de aviación civil como servicios públicos, en la Ley de Aviación Civil de 1996. Nos referimos a la importante sentencia de 18 de junio de 1998, caso Avenza, en la cual se afirmó que *esa sola declaración no suponía la reserva al Estado de las actividades de aviación civil*. Es ésta conclusión cónsona con el régimen de libertad económica del cual parte la Constitución de 1999: las restricciones a este derecho -y más aún, su exclusión mediante reserva- deben contar siempre con expresa -e inequívoca- cobertura legal<sup>17</sup>.

---

16 Por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones de 1940 reservó al Estado todo el sector de las telecomunicaciones, sin calificar a éste como servicio público. Sin embargo, la existencia de esta reserva, así como el contenido prestacional de estos servicios, permitió a la jurisprudencia considerar a las telecomunicaciones como “auténtico servicio público” (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, caso CANTV). Y al ser un servicio público reservado al Estado, quedaba excluido el derecho fundamental a la libertad económica (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de abril de 1997, caso Arnaldo González Sosa). Notar que el razonamiento de la sentencia parte de la reserva expresa existente para derivar, luego, la consideración de las telecomunicaciones como servicio público. Los inconvenientes se presentan, por tanto, cuando tal razonamiento es aplicado en sentido inverso: constatada la declaración de una actividad como servicio público, se deriva su reserva al Estado.

17 La Ley de Aviación vigente para el momento de dictarse las decisiones de la Corte Primera y de la Sala Político-Administrativa comentadas, calificaba a la aviación civil como un servicio público, sin imputar a esta declaratoria ninguna consecuencia jurídica. La Procuraduría General de la República, en el juicio dentro del cual recayó la sentencia de la Sala Político-Administrativa citada, estimó que esa sola declaratoria suponía la reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica. La Sala Político-Administrativa, muy por el contrario, consideró que “...el Legislador Nacional ha desarrollado el régimen de la navegación aérea en la Ley de Aviación Civil, estableciendo el conjunto de normas que regulan dicha actividad, de donde cabe destacar que no existe una reserva al Estado de la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la Constitución, sino lo que hace la Ley de Aviación Civil (artículo 41) es calificar al transporte aéreo internacional como una actividad de ‘servicio público’, sometida a autorizaciones, permisos, concesiones y vigilancia por parte de las autoridades aeronáuticas, es decir, que se trata de una actividad que puede ser ejercida por los particulares, siempre que se cumplan con los requisitos y condiciones que se establecen al efecto. En el caso presente, emerge que, la actividad aeronáutica es un servicio público, por calificación expresa de la Ley, pero no así una actividad reservada al Estado...” (destacado nuestro). La sola declaración de una actividad económica como servicio público, por tanto, no permite derivar la reserva al Estado sobre ésta. Así lo ha entendido también la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencias de 19 de noviembre de 1998, caso Omnivisión y de 21 de diciembre de 2000, caso Montilva Pérez. En éste último fallo se insistió que la calificación de determinada actividad como servicio público “...no apareja la reserva al Estado...”. Destacar por último que la novísima Ley de Aviación Civil (*Gaceta Oficial* número 37.293 de 28 de septiembre de 2001), establece, en su artículo 9 que “la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros, equipaje, carga y correo tiene el carácter de servicio público, para cuyo ejercicio se requiere la concesión correspondiente otorgada por el Instituto Nacional de Aviación Civil, en los casos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley”. Habrá que aclarar, nuevamente, que esta declaratoria no supone la reserva al Estado sobre esta actividad, reserva que en ningún caso es efectuada por la Ley de Aviación Civil. Cabría incluso una acotación, si cabe, más elemental: tal reserva hubiese requerido de una Ley Orgánica, por exigencia del artículo 302 de la Constitución de 1999.

Precisamente, sobre la base de este nuevo criterio jurisprudencial, Araujo Juárez ha considerado que el servicio público sí es compatible con los derechos fundamentales económicos<sup>18</sup>.

B. *Servicio público y actividades privadas: ¿reservas implícitas?. Especial consideración desde la perspectiva de la libertad económica*

Podemos afirmar, sobre la base de lo expuesto anteriormente, que la declaratoria de una actividad como servicio público, por el Legislador, no siempre supone su reserva al Estado; asimismo, la reserva de actividades económicas al Estado no siempre apareja su declaración de servicio público<sup>19</sup>. Reserva y servicio público quedan así disociados. En concreto, la reserva sobre actividades económicas –en los términos permitidos por el artículo 302 constitucional– deberá ser siempre acordada expresamente, sin que ésta pueda derivarse de la sola consideración de una actividad como servicio público. La reserva de actividades, esto es, la exclusión o sustracción de la libertad económica de determinado sector, no puede ser tácita o implícita.

El segundo concepto de este confuso término, por tanto, se refiere a aquéllas actividades que, considerándose servicios públicos, no se encuentran reservadas al Estado. Son varios los ejemplos conocidos entre nosotros: la educación, por ejemplo, fue considerada por el Legislador como un “servicio público”, declaratoria confirmada ahora por el artículo 102 de la Constitución de 1999. Tal declaratoria, sin embargo, no apareja la “reserva” al Estado sobre la educación. Y no lo hace, sencillamente, pues la propia Constitución, en su artículo 106, reconoce el derecho de toda persona a fundar y mantener instituciones educativas privadas<sup>20</sup>. En materia económica, y además del ejemplo mencionado de la vigente Ley de Aviación Civil, cabría citar, también, a la novísima Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>21</sup>.

En estos casos, el servicio público recae sobre actividades que pueden ser ejercidas por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente, por lo general de rango constitucional. En materia económica, serán desarrolladas a consecuencia del ejercicio del derecho reconocido en el artículo 112 constitucional, cuya existencia no podrá negarse ante la mera declaratoria de una actividad como servicio público. Asimismo, el desarrollo de estas actividades por parte de la iniciativa privada no podrá condicionarse a la obtención de la previa

18 Véase la tesis defendida por el autor en “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, pp. 34-39. La posición que asume Araujo Juárez en ese estudio supone, así, que los servicios públicos serían compatibles con la libertad económica, situándose en la perspectiva de los servicios públicos concurrentes. Sobre la aplicación de la libre competencia a los “servicios públicos”, y desde la óptica del criterio jurisprudencial analizado, véase también a Ortiz Alvarez, Luis, *Anti-trust, competencia y contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 31-40.

19 Excepción notable a esta regla, en Venezuela, es la Ley de Correos (*Gaceta Oficial* número 25.841 de 18 de diciembre de 1958), cuyo artículo 1 dispuso que “...el Correo es un servicio público prestado exclusivamente por el Estado que se regirá por las disposiciones de la presente Ley y sus Reglamentos y por las Convenciones, Acuerdos y Tratados Postales ratificados por la Nación...”.

20 Sobre la educación como servicio público, *vid.* Linares Benzo, Gustavo, “Bases constitucionales de la educación”, en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* número 2, Caracas, 2001, pp. 226-228.

21 *Gaceta Oficial* número 37.323 de 13 de noviembre de 2001. Según el artículo 60 de tal Ley, “...constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos...” que el Ejecutivo Nacional someta a regulaciones especiales en virtud de lo dispuesto en el artículo 59. Sin embargo, la propia Ley reconoce el derecho de los particulares a explotar estas actividades de “servicio público”, exigiendo para ello la previa obtención de un permiso, auténtica autorización (*Cfr.*: artículo 61). Se trata, por tanto, de actividades que pueden ser ejercidas en virtud del derecho fundamental a la libertad económica, aún cuando se consideran servicios públicos.

concesión, ya que este título habilitante solamente tiene cabida en actividades expresamente reservadas al Estado. Lo relevante será determinar, entonces, en qué medida la declaración de estas actividades privadas como servicio público habilita a la Administración para el ejercicio de potestades administrativas ablatórias.

### C. Servicio público como título -incierto- de potestades administrativas

La doctrina venezolana se ha ocupado del servicio público como título de potestades administrativas. Así, N. Rodríguez Laverde concluye que es materia de reserva legal la declaratoria de una actividad como servicio público: esta declaratoria (*publicatio*) sería así la causa que legitima a la Administración para desplegar potestades administrativas en el marco de una "relación de especial sujeción". El régimen jurídico exorbitante que informa a todo servicio público se traduciría, de esta manera, en la posibilidad de ejercer estas potestades<sup>22</sup>. La posición de esta autora, observamos, parte de la consideración según la cual el servicio público alude, siempre, a actividades prestacionales *reservadas* al Estado y atendidas -directa o indirectamente- por la Administración.

Debemos reiterar, por tanto, las objeciones antes indicadas: la declaratoria de una actividad como servicio público no puede *suponer* su reserva al Estado. De allí que esa sola calificación no debe entenderse como título jurídico habilitante para el ejercicio de potestades administrativas propias de una "relación especial de sujeción", las cuales, según ha entendido la jurisprudencia, tienen cabida en actividades reservadas (expresamente) al Estado (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*). Pero aún hay otro aspecto sobre el que convendría insistir: la declaratoria legal de una actividad como servicio público es insuficiente para habilitar a la Administración el ejercicio de potestades administrativas, especialmente aquéllas que restringen la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos en el desarrollo de derechos expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico. El principio de legalidad administrativa -enseñan García De Enterría y Fernández- se opone al ejercicio de potestades ablatórias sobre la base de cláusulas generales de apoderamiento, como son, precisamente, las normas legales que califican a una actividad como servicio público. Estas potestades únicamente podrán ejercerse mediando cláusulas legales concretas y específicas. Así ha concluido también, en Venezuela, Linares Benzo<sup>23</sup>.

Trasladando estas conclusiones en el ámbito económico, podemos afirmar que la norma legal que califica a determinada actividad como servicio público, sin declarar expresamente su reserva al Estado, no puede habilitar a la Administración para el ejercicio de potestades administrativas restrictivas de la libertad económica: tal derecho fundamental únicamente podrá ser limitado, tal y como impone el artículo 112 constitucional, mediante normas legales que, expresamente, contemplen tal restricción. Concluimos, entonces, que el servicio público no es título habilitante suficiente para el ejercicio de potestades administrativas<sup>24</sup>.

---

22 Rodríguez Laverde, Ninoska, "Servicio público y potestad administrativa. Fines y medios del Derecho Administrativo", en *Servicio Público. Balance & Perspectivas*, cit., pp. 52 y 79.

23 Vid. García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 439-442. Desde la óptica de la ordenación jurídico-pública de la educación, Linares Benzo, igualmente, niega que la declaración de la educación como servicio público pueda habilitar a la Administración para ejercer potestades de incidencia intensa sobre el derecho a la "libertad educativa", insistiendo en la necesidad de aplicar el principio de legalidad con la exégesis restrictiva propio de éste, imperando en todo momento la regla pro libertate ("Bases constitucionales de la educación", cit., pp. 233-234).

24 Debemos hacer otra observación: cuando una actividad se reserva al Estado y se declara servicio público, el título habilitante para el ejercicio de potestades administrativas no es la declaratoria de servicio público sino, propiamente, la reserva expresa de la actividad al Estado.

D. *Servicio público y la protección del consumidor y del usuario*

El ordenamiento jurídico venezolano nos aporta otro concepto de servicio público: el conjunto de actividades que, al repercutir sobre los consumidores y usuarios, deben quedar bajo el control de la Administración. Así, el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario<sup>25</sup> establece que "...las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otros entes financieros, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten el servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente...". El único punto de conexión de las diversas actividades que enumera la norma es su vinculación con un concreto interés público que supone la sensible afectación a los consumidores y usuarios, justificándose así la presencia e intervención de la Administración. Fuera de estos extremos, ninguna otra consecuencia puede extraerse de esta norma, la cual es insuficiente para habilitar el ejercicio de potestades administrativas ablatorias. Por supuesto, la norma tampoco permite suponer que todas las actividades ahí enumeradas, al declararse servicio público, se encuentran reservadas al Estado: tal reserva, se insiste, debe ser expresa e inequívoca. Esta ha sido la conclusión aportada por Gustavo Grau al analizar la incidencia de esta norma sobre el sector bancario venezolano. La reserva - escribe - debe "...venir formulada con una *entidad tal* que, categóricamente y sin lugar a dudas, revele que su *sentido y significado* responden a una específica intención del legislador: considerarla, a partir de este momento, como de *titularidad estatal*..."<sup>26</sup>. Interesa retener, además, el siguiente dato: la declaratoria de servicio público recae sobre actividades -la intermediación financiera, por ejemplo- que se desarrollan en virtud del derecho constitucional de la libertad económica y se prestan en régimen de libre competencia. Luego habremos de volver sobre esta circunstancia.

E. *Servicio público como parte del giro o tráfico de las Administraciones Públicas y como actividad prestacional a cargo de la Administración. El servicio público "orgánico"*

El concepto de servicio público se difumina, aún más, cuando es empleado en relación con la Administración Pública atendiendo a dos nociones. Por un lado, y desde una perspectiva *material*, servicio público alude al objeto del actuar de las Administraciones Públicas: junto con el genérico concepto de "obra pública" se refiere, por tanto, a las materias de interés general sobre las que la Administración deberá desplegar sus formas de actuación. Ese era el sentido de la hoy derogada Ley Orgánica de Administración Central<sup>27</sup>, cuyo artículo 2 aludía a la "prestación eficiente del servicio público para el beneficio colectivo". Servicio público, entonces, como el *giro o tráfico de las Administraciones Públicas*<sup>28</sup>. Dentro de este

25 *Gaceta Oficial* número 4.898 extraordinario de 17 de mayo de 1995.

26 Véanse los comentarios que, sobre esta norma, realiza G. Grau en su *Tesis Doctoral Ordenación y Disciplina del Sector Bancario en el Derecho Público Venezolano*, Madrid, 1998, pp. 258 y ss.

27 *Gaceta Oficial* número 36.807 de 14 de octubre de 1999.

28 Sobre el giro o tráfico de la Administración, *vid.* García De Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 54 así como a Villar Palasí, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción Y Teoría De Las Normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, pp. 154-154. El concepto se emplea también como sinónimo de actividad administrativa. Así, por ejemplo, cuando la doctrina se refiere a la Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos (Ortiz Alvarez, Luis, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 237). En igual sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 9 de octubre de 2001, caso Gladys Josefina Jorge Saad.

sentido, pero con una visión más restringida, el servicio público se refiere a las actividades prestacionales que debe atender la Administración por imperativo constitucional o legal. La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 3, estableció que el “Sistema de Seguridad Social Integral” es “...un servicio público de afiliación obligatoria para cada trabajador y de carácter contributivo...”<sup>29</sup>. Así también, el artículo 4 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte<sup>30</sup> señaló que “...el servicio público de los Sistemas Metropolitanos de Transporte será prestado por la administración pública nacional...”. Junto a estas nociones *materiales*, encontramos también una perspectiva *orgánica*: el servicio público es, en general, cualquier órgano u organismo de la Administración (Lares Martínez). Es en este sentido orgánico con el que el artículo 190 ordinal 11 de la Constitución de 1961 se refería al servicio público: el Poder Ejecutivo podía decretar la creación, dotación, modificación o extinción de servicios públicos previa autorización de la Comisión Delegada. Esta norma -que recoge ahora la Constitución de 1999 en el numeral 6 del artículo 196, como atribución de la Comisión Delegada- permitiría al Presidente de la República crear, modificar o extinguir *organismos administrativos*, aún no mediando Ley expresa, tal y como exige el artículo 300 de la Constitución<sup>31</sup>.

En estos dos sentidos -material y orgánico- la noción de reserva es completamente extraña. Que la Administración cree un órgano para atender determinada actividad o asuma, en cualquier caso, la realización de un “servicio público” de contenido prestacional, no significa que la iniciativa privada quede excluida de estas actividades, las cuales -en principio- podrán ser prestadas también por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente. De esta manera, que la Administración deba atender un “servicio público de salud”, en los términos del artículo 84 constitucional, no supone que esta actividad -la atención y satisfacción del curiosamente llamado “derecho a la salud”- no pueda ser prestada, también, por la iniciativa privada: junto a los sistemas públicos de salud encontramos, igualmente, los sistemas *privados* de salud.

#### F. Servicio público y competencias municipales

El servicio público ha sido concebido en Venezuela como el conjunto de cometidos públicos que deben atender los Municipios. De esta manera, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989<sup>32</sup>, en su artículo 36, reconoció al Municipio la atribución de “prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad”, enumerando la norma el conjunto de competencias propias del ámbito de autonomía local. El artículo 38 contempló, igualmente, servicios mínimos que obligatoriamente deberán ser prestados por el Municipio.

29 *Gaceta Oficial* número 5.540 extraordinario de 30 de junio de 2001. En este contexto, el servicio público alude a la actividad prestacional de la Administración cuyo fin es “...proteger a los habitantes de la República (...) ante las contingencias de enfermedades y accidentes, sean o no de trabajo, cesantía, desempleo, maternidad, incapacidad temporal y parcial, invalidez, vejez, nupcialidad, muerte, sobrevivencia y cualquier otro riesgo que pueda ser objeto de previsión social...” (artículo 1).

30 *Gaceta Oficial* número 3.155 extraordinario de 29 de abril de 1983.

31 *Cfr.*: Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, pp. 247-248. Otro ejemplo de este concepto lo encontramos en la Ley de la Administración y Disposición de los Bienes Restituidos (*Gaceta Oficial* número 21.707 de 9 de septiembre de 1945), cuyo artículo 2 párrafo cuarto dispuso que “...podrá el Ejecutivo Federal, con el fin de destinarlo a algún servicio público o para su administración, adscribir un bien determinado a alguno de sus Departamentos, en cuyo caso el bien de que se trate quedará sometido a las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional...”. Sobre este sentido orgánico se pronunció también la citada sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, así como la sentencia de esa Sala de 6 de junio de 2000, caso Eustacio Aguilera y otros.

32 *Gaceta Oficial* número 4.109 de 15 de junio de 1989.

Sin embargo, como ha observado María Amparo Grau, no todas las actividades comprendidas en estas normas podrán considerarse, en estricto sentido, servicios públicos<sup>33</sup>.

Hay un extremo en el que conviene detenerse. El conjunto de “cometidos de servicio público” que se comprenden dentro del ámbito de competencia de los Municipios, se prestarán por los Entes Locales mediante los modos de gestión a que alude el artículo 41, entre los cuales encontramos la concesión. Una primera interpretación nos permitiría concluir que el Municipio es libre de escoger cuáles de estos “servicios públicos” serán atendidos por los particulares, mediante concesión, y cuales serán prestados por los Entes Locales, directamente o mediante organismos especialmente creados para ello, con lo cual pareciera que el sector privado no podría explotar, en virtud de un derecho propio y preexistente, ninguna de las actividades “de servicio público” a que se contraen los artículos 36 y 38<sup>34</sup>. Notar que la interpretación literal del artículo 41, en concatenación con los artículos 36 y 38 *eiusdem*, permitiría concluir que la sola consideración de determinada actividad como servicio público excluye a la libre iniciativa privada, la cual únicamente podrá participar mediante la correspondiente concesión, en los términos pautados en el artículo 42 *eiusdem*, aún cuando -observamos- ninguna norma de la Ley comentada dispuso expresamente la reserva al Municipio de las actividades enumeradas en los artículos 36 y 38<sup>35</sup>.

Nuevamente la calificación de actividades como servicios públicos deriva en la implícita exclusión del sector privado, en contra de la conclusión que aquí defendemos: tal exclusión únicamente podrá efectuarse de manera expresa y categórica, imperando, en todo caso, la *exégesis restrictiva* de esta limitación -voraz limitación, como bien ha señalado G. Grau- a la libertad económica. Por tanto, podemos ensayar una interpretación *renovadora* de los artículos 36, 38 y 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Estos artículos aluden, simplemente, a la competencia propia de los Municipios, de igual manera que lo hace -ahora- el artículo 178 de la Constitución de 1999. Las formas de actuación que debe desplegar el Municipio a fin de atender tales competencias son muy variadas; desde la perspectiva de la Administración, aludirán, en general, a las formas de actuación tradicionales de ésta<sup>36</sup>. Ahora bien, el artículo 41 consagra diversas modalidades de prestación de los “servicios públicos”

33 Es por ello que María Amparo Grau ha destacado que “...la actividad de servicio público municipal, requiere entonces la determinación previa, respecto de todo el elenco de competencias, según su naturaleza, de las materias de carácter prestacional y ellas habrán de considerarse como de obligatorio cumplimiento, a través de este especial tipo de actividad administrativa...” (“Privatización y régimen de concesiones” en *La Contratación Municipal*, P.H. Editores, Caracas, 1995, p. 91). Se asume, nuevamente, la noción de servicio público como la actividad prestacional que, por imperativo legal, debe ser atendida por la Administración.

34 Según el artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser hecha por “el Municipio en forma directa; Institutos Autónomos Municipales, mediante delegación; Empresas, Fundaciones, Asociaciones Civiles y otros Organismos descentralizados del Municipio, mediante contrato; Empresas, Fundaciones, Asociaciones Civiles y otros Organismos descentralizados del Municipio, mediante contrato; Organismos de cualquier naturaleza de carácter Nacional o Estatal, mediante contrato y concesión otorgada en licitación pública”.

35 Al interpretar el artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, que declaraba la existencia de ciertos servicios públicos municipales, Brewer-Carías concluyó lo siguiente: “...el artículo 7 (...) declara expresamente determinadas actividades como servicio público, con todas las consecuencias que ello implica: obligación de los Municipios de prestarlos y limitación de la libertad económica de los particulares para desarrollar libremente actividad en esas materias...” (“El régimen de los Servicios Públicos Municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, en *Revista de Derecho Público* número 9, Caracas, 1982, p. 14). Es ésta la conclusión igualmente aportada por J. Villegas Moreno, al analizar los artículos 36 y 38 de la aún vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal (“Servicios públicos municipales”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, *cit.*, p. 284).

36 Conclusión afirmada así por M. A. Grau (“Privatización y régimen de concesiones”, *cit.*, p. 89).

que *podrán* ser empleadas por el Municipio, entre las cuales encontramos la concesión. Sin embargo, y en nuestra opinión, para que la concesión pueda ser legítimamente aplicada como modo de gestión de estos servicios, se requiere, *obligatoriamente*, el cumplimiento de un requisito previo: la reserva, por parte del Municipio, de algunas de las actividades a que aluden los artículos 36 y 38 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Concluimos entonces que las actividades prestacionales contenidas en esas normas deberán ser aseguradas por el Municipio, lo que no impide su prestación directa por la libre iniciativa privada en virtud del derecho constitucional a la libertad económica. Excepcionalmente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 302, podrá el Legislador *reservar al Municipio alguna de las actividades comprendidas en esa norma*, cuya prestación por la iniciativa privada será sólo posible mediante la correspondiente concesión, regulada en el artículo 42 de la Ley comentada.

Esta interpretación es cónsona con las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, que parten de un *estatuto de libertad*, esto es, del respeto e incentivo de la libertad económica, tal y como dispone el artículo 112. Incluso, la Sala Constitucional ha concluido que la intervención del Estado a fin de asegurar estos “servicios públicos” *debe respetar la libertad económica y la libre competencia*<sup>37</sup>, principios que se verían severamente afectados si su prestación es acometida bajo las formas de prestación a que se refiere el artículo 42. Y es que, para nosotros, las normas comentadas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal parten de la noción “tradicional” conforme a la cual la mera declaración de una actividad como servicio público supone la exclusión de la libertad económica, por lo que la iniciativa privada sólo podrá participar mediante la correspondiente concesión que *traslade* el derecho a explotar las actividades declaradas servicios públicos. Interpretación cuyo único fundamento es *deducir* la reserva al Estado sobre estas actividades a partir de su consideración como servicio público. Interpretación, en fin, contraria al artículo 112 de la Constitución, y en cuya virtud deberá entenderse que todas las actividades económicas podrán ser desarrolladas en ejercicio de este derecho fundamental, con la sola excepción de las actividades que expresamente hayan sido reservadas al Estado. En nuestra opinión, por tanto, estas actividades de contenido prestacional, denominadas por la Constitución de 1999 “servicios públicos domiciliarios”, han de considerarse actividades privadas que pueden ser explotadas por la libre iniciativa empresarial en virtud del derecho reconocido en el artículo 112 constitucional y en régimen de libre competencia, según lo pautado en el artículo 113 *eiusdem*<sup>38</sup>.

---

37 La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de diciembre de 2000, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*, concluyó que “...la Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los Municipios (...) tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios puedan construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte (...) pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna ...”.

38 Es ésta la conclusión expresamente afirmada en la sentencia de la Sala Constitucional de 13 de diciembre de 2000, precitada. Destacar, por otro lado, que dos normas de la Constitución de 1999 se refieren expresamente a los “servicios públicos domiciliarios”. Primero, el artículo 156.29, conforme al cual es competencia del Poder Nacional “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas”. De otro lado, el artículo 178 señala que es competencia de los Municipios la “dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios”. Nótese que este artículo alude a dos técnicas de intervención: por un lado, la “dotación”, esto es, la regulación de los servicios públicos domiciliarios; por el otro, su directa prestación por el Municipio, como consecuencia de la iniciativa pública reconocida en el artículo 299 de la Constitución.

Sólo cuando estos “servicios públicos” se reserven expresamente a los Municipios -estos es, cuando se proceda a su *municipalización*- se entenderá excluida la libertad económica, pudiendo exigirse por tanto la correspondiente concesión.

Se evidencia, nuevamente, que el empleo del término *servicio público* por el Legislador contraría la seguridad jurídica -concebida como principio del orden socioeconómico por el artículo 299 de la Constitución- dado que, al exigirse la obtención de la correspondiente *concesión* para la participación del sector privado, se entiende excluido el derecho a la libertad económica. Servicio público, en definitiva, parece significar siempre la *implícita* exclusión de la libertad económica, aún cuando tal exclusión -mediante la Ley de reserva- debe siempre, y en todos los supuestos, ser expresa e inequívoca. Recientemente, y en atención al ámbito competencial de los Municipios, el servicio público ha sido empleado, de nuevo, en este sentido. Así, al “coordinar” las competencias del Poder Nacional y Municipal en materia de *suministro de gas y electricidad*, el Legislador, partiendo de la calificación de estas actividades como servicios públicos, ha precisado que su prestación, por parte de la iniciativa privada, exigirá siempre la correspondiente *concesión*<sup>39</sup>. Con ello se da a entender que, al considerarse servicios públicos, la iniciativa privada tan solo podrá participar mediante la concesión que *traslade* el derecho a prestar estos “servicios públicos domiciliarios”. Conclusión que en nuestra opinión atenta contra el derecho fundamental a la libertad económica, dado que ninguna de estas actividades de suministro han sido reservadas por Ley al Estado<sup>40</sup>. Hay además otro dato que, aún siendo de menor importancia, no es por ello despreciable: la Ley comentada no ha podido reservar ninguna de las actividades en ellas reguladas pues carece del rango formal exigido por el artículo 302 constitucional. No es, en efecto, una Ley Orgánica.

#### G. *Servicio público y contratos administrativos*

Continuando con los distintos conceptos acuñados en Venezuela al término servicio público, encontramos la estrecha relación entre éste y los llamados “contratos administrativos”. Efectivamente, doctrina y jurisprudencia han considerado que los contratos celebrados por la Administración para atender “servicios públicos” se calificarán como “contratos administrativos”, regidos por un régimen -preponderante- de Derecho Administrativo. Servicio público como objeto de los “contratos administrativo”, y que es empleado en la acepción más amplia de este concepto, como *giro o tráfico de las Administraciones Públicas*, tal y como antes señaláramos<sup>41</sup>.

39 Véase la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de electricidad (*Gaceta Oficial* número 37.319 de 7 de noviembre de 2001). Según su artículo 3.1, es competencia del Poder Nacional “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de gas y de electricidad, estableciendo su armonización y coordinación con los distintos niveles del Poder Público”. Asimismo, el numeral 8 de este artículo establece los supuestos bajo los cuales será también competencia del Poder Nacional “el otorgamiento de las concesiones para la distribución de gas con fines domésticos, y de las concesiones para la distribución de electricidad cuando”. Por su parte, el artículo 4, en sus numerales 2, 3 y 4, regula la concesión como el título habilitante que permitiría la participación del sector privado en la prestación de los servicios de suministro domiciliario de gas y electricidad. Estas disposiciones contradicen el impulso liberalizador que, a los mercados de la electricidad y el gas, habían dado la Ley del Servicio Eléctrico (*Gaceta Oficial* número 36.791 de 21 de septiembre de 1999) y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*Gaceta Oficial* número 36.793, de 23 de septiembre de 1999).

40 La exigencia de concesión para prestar actividades consideradas servicios públicos -y la consideración, con ello, de su implícita reserva al Estado- es la tendencia igualmente seguida por el artículo 9 de la novísima Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional (*Gaceta Oficial* número 37.313 de 30 de octubre de 2001).

41 En relación con este concepto de servicio público, *vid.* Badell Madrid, Rafael, *Contratos Adminis-*

#### H. Servicio público y prerrogativas procesales

El servicio público, como concepto jurídico, alude también a todas las actividades -con independencia de su naturaleza jurídica- que al afectar directamente al interés general se someten a especiales prerrogativas procesales contenidas en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965<sup>42</sup>. Notar que en este contexto el concepto no se refiere, siquiera, a actividades prestacionales: incluso la producción y comercialización de bienes que afecten al interés general podrán considerarse “servicio público” a los fines de esa norma. Es éste, también, el sentido del concepto de servicio público cuando es empleado en relación con el derecho a huelga, pues lo importante, únicamente, es la existencia de actividades de relevante repercusión social, cuya deficiente prestación, a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, pudiese ocasionar perjuicios al interés público<sup>43</sup>.

#### I. Servicio público como criterio delimitador de la jurisdicción contencioso-administrativa. El llamado “contencioso de los servicios públicos”

En su concepción en Francia, el servicio público -como concepto- permitió delimitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En Venezuela, sin embargo, tal criterio no ha tenido mayor aplicación práctica, desde que el artículo 206 de la Constitución de 1961 se refería al concepto de *actividad administrativa* como criterio delimitador de la competencia de este especial orden jurisdiccional. La Constitución de 1999, sin embargo, ha marcado un punto de inflexión, al determinar en su artículo 259 la competencia de esta jurisdicción para “conocer reclamos por la prestación de servicios públicos”. Es criticable, en nuestra opinión, el empleo de tal concepto, pues la determinación de la competencia del orden contencioso administrativo exigirá depurar, previamente, qué se entiende por servicio público. H. Rondón De Sansó, retomando una tesis mantenida con anterioridad, ha concluido que en este contexto, el servicio público -“en su sentido más amplio, que es a la vez el más específico”- puede definirse como “...la actividad destinada a dar satisfacción a las necesidades de la colectividad...”<sup>44</sup>. Sin embargo, y en nuestra opinión, estimamos que debe ponderarse, además, un criterio adicional para delimitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: la conexión que necesariamente deberá existir -con independencia de su intensidad- entre estos “servicios públicos” y el Derecho Administrativo. Solo existiendo tal

---

*trativos*, Caracas, 1999, p. 35 y Brewer-Carías, Allan, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 68. En jurisprudencia, *vid.* la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de julio de 2001, caso *CORPORIENTE*.

42 Según el artículo 45 de esta Ley (*Gaceta Oficial* número 27.921 de 22 de diciembre de 1965) “...Cuando se decreta alguno de los actos arriba indicados (esto es, embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva) sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el Juez notificará al Ejecutivo Nación Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que este afectado el bien...”. La norma se cita sólo a título ejemplificativo, pues esta Ley fue derogada por la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (*Gaceta Oficial* número 5.554 extraordinario de 13 de noviembre de 2001).

43 Sobre este concepto, en relación con el derecho a huelga, *vid.* Azara Hernández, Julio, “Derecho de huelga en los servicios públicos”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, *cit.*, pp. 454 y ss. Notar que, a diferencia del artículo 92 de la Constitución de 1961, el artículo 97 de la Constitución de 1999 no hizo ninguna referencia al derecho a huelga en los servicios públicos.

44 Criterio conceptual que prima sobre los demás elementos accidentales de tal figura. Así lo sostiene Rondón De Sansó al afirmar que “...no importa si la necesidad corresponde al Estado como carga y tarea esencial; no interesa si ha de ser ejercida en régimen de monopolio o en régimen de libre concurrencia y, si tradicionalmente la han desempeñado los particulares. Lo importante es que obedezca a la definición sustantiva...” (Las peculiaridades del Contencioso Administrativo, FUNEDA, Caracas, 2001, p. 199-211).

conexión, entendemos, podrá atribuirse a este orden el conocimiento de las pretensiones ejercidas en relación con la “deficiente prestación de servicios públicos”. Vínculo de conexión que, como ha afirmado Urosa Maggi, exige alguna relación con la Administración (*lato sensu*)<sup>45</sup>. Así parece entenderlo, también, la reciente jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, tal y como concluye R. Badell Madrid<sup>46</sup>.

J. *Servicio público y liberalización de sectores económicos. ¿Un “nuevo” servicio público?*

Aún en contra de lo que inicialmente podría considerarse, el concepto de servicio público ha sido empleado en el contexto de la reciente liberalización de mercados de relevante interés general en Venezuela. Concretamente, al analizar la ordenación de las telecomunicaciones según su plasmación en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>47</sup>, se ha defendido que ésta parte del concepto del “nuevo servicio público”, cuyas notas distintivas serían su prestación en régimen de libertad económica y libre competencia. Frente al “viejo” servicio público, este “nuevo” modelo -se afirma- no supone el sometimiento de las actividades prescacionales a un régimen exorbitante del Derecho Común y ajeno a la libre competencia; antes por el contrario, el servicio público se prestaría, ahora, en régimen de libre concurrencia, lo que se califica como una auténtica novedad. Encontramos, de esta manera, un “nuevo” concepto de servicio público<sup>48</sup>.

El estudio de esta tesis será realizado más adelante. Interesa destacar, ahora, que la posición de la doctrina venezolana acerca del “nuevo” servicio público obedece a la traslación de conclusiones aportadas por un sector muy específico de la doctrina española, principalmente, Gaspar Ariño Ortiz<sup>49</sup>. Sin embargo, cuatro circunstancias impiden, en nuestra opinión, efec-

45 Para Daniela Urosa Maggi (“La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 9, Caracas, 2000, pp. 238-239), el llamado “contencioso de los servicios públicos” debe reconducirse siempre “...al control de la Administración Pública en su sentido orgánico, formal y material...”, por lo que escaparían de este control las actividades privadas consideradas –incluso, implícitamente– servicios públicos. Es éste, precisamente, el criterio que parece asumir la jurisprudencia citada en la nota siguiente.

46 Al interpretar el concepto de servicio público incluido en la Ley del Servicio Eléctrico de 1999, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo efectuó importantes esfuerzos por depurar ese término de cara a su incidencia en la jurisdicción contencioso-administrativa (*Cfr.*: sentencia de 6 de julio de 2001, caso La Electricidad de Caracas). De esa manera, según la Corte Primera, para que una actividad pueda ser considerada servicio público debe reunir las siguientes notas: (i) ha de tener contenido prestacional; (ii) ha de estar “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida –directa o indirectamente– por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras. Sobre la base de estos requisitos la Corte distingue las distintas clases de servicio público, que se comparan, en sus líneas generales, con las tres categorías analizadas por Brewer-Carías. Sólo cuando el servicio público reúna las notas anteriores, las controversias relacionadas con su deficiente prestación serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Se excluirían así (y en principio), las controversias relacionadas con los llamados servicios públicos concurrentes (*Cfr.*: Badell Madrid, Rafael, “Descentralización y desconcentración del contencioso administrativo y el contencioso de los servicios públicos”. Conferencia dictada el 16 de noviembre de 2001 en la ciudad de Barquisimeto, en el marco de las jornadas sobre “El proceso contencioso administrativo y constitucional”. Consultada en original).

47 *Gaceta Oficial* número 36.970 de 12 de junio de 2000.

48 *Gaceta Oficial* número 36.970 de 12 de junio de 2000.

49 *Cfr.*: Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en *El nuevo servicio público, cit.*, pp. 17 y ss. Recientemente el autor ha vuelto sobre estos planteamientos en Ariño Ortiz, Gaspar y López De Castro, Lucia, *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, pp. 5 y ss. La posición de este autor, resumidamente, es que frente al modelo tradicional de servicio público, caracterizado por (i) la

tuar la traslación de esta teoría al ordenamiento venezolano sin mayores consideraciones. Primero, que la posición de Ariño Ortiz se inserta dentro del proceso general de liberalización de servicios adoptado desde el Derecho Comunitario Europeo, el cual -a través de la noción de servicios de interés *económico general*- ha marcado una impronta decisiva en el concepto de “servicio público” dentro del contexto europeo<sup>50</sup>. En segundo lugar, debe considerarse también que -a diferencia de lo sucedido en Venezuela- el concepto de servicio público, en España, ha sido exhaustivamente tratado por la doctrina. En tercer lugar, que de este debate surgió un concepto *mayoritario* de servicio público: las actividades prestacionales reservadas al Estado. En España -y en contra de lo que sucede en Venezuela- puede defenderse la existencia de un “nuevo” servicio público pues el concepto del “viejo” servicio público es unívoco o, al menos, tiene contornos muy precisos, aceptados incluso por el Legislador<sup>51</sup>. En cuarto y último lugar, entendemos que la tesis de Ariño no puede adoptarse en Venezuela sin al menos considerar las otras posiciones mantenidas por la doctrina española, especialmente aquéllas opuestas a la posición de Ariño (Muñoz Machado) y que niegan la posibilidad de considerar a los sectores liberalizados como servicios públicos (González-Varas Ibáñez)<sup>52</sup>.

En definitiva, estimamos que el concepto del “nuevo” servicio público debe elaborarse de cara a las peculiaridades del Derecho Venezolano y no, como se ha hecho hasta ahora, en atención a su concepción dentro del Derecho Español y Europeo. De esta manera, el somero análisis descriptivo que hemos efectuado hasta ahora nos permite afirmar que en Venezuela no es novedad alguna la existencia de “servicios públicos” sometidos a la libertad económica y la libre competencia: antes por el contrario, es común que el Legislador califique a actividades como “servicios públicos” sin contemplar su reserva al Estado. En estos casos, como había ya interpretado la Sala Político-Administrativa desde su importante sentencia de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*, la libertad económica y la libre competencia son principios presentes, también, en los “servicios públicos”.

Y no es novedad alguna, tampoco, en el Derecho Francés, creador del servicio público: desde la decisión del Consejo de Estado de 23 de diciembre de 1921, recaída en el caso *Société Générale d'armements*, se ha aceptado la existencia de servicios públicos sometidos a las reglas generales de las actividades económicas privadas, esto es, el Derecho Privado y la libre competencia, lo que exigía -como señaló ya P. Weil- la necesidad de reformular el con-

---

reserva o publicatio al Estado; (ii) la existencia de derechos especiales o exclusivos (iii) y la existencia de un régimen exorbitante de Derecho Público, ajeno a las normas sobre libre competencia, habría surgido un “nuevo modelo de servicio público”, cuyas notas distintivas serían (i) el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa para su prestación; (ii) la abolición de cualquier derecho especial o exclusivo y (iii) su sometimiento -con ciertas modulaciones- a las normas sobre libre competencia.

- 50 Sobre esta impronta puede verse, y entre muchos otros, a González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 393-428 y Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y mercado*, Tomo I, Los Fundamentos, Civitas, Madrid, 1998, pp. 189-201.
- 51 La depuración del concepto de servicio público en España es producto de una larga evolución doctrinal. Garrido Falla, detractor de la existencia de un concepto tradicional, aceptaría después que el servicio público alude, siempre, a actividades reservadas al Estado (*Cfr.*: “El concepto de servicio público en el Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública* número 135, Madrid, 1994, pp. 7-36). Véase también, sobre esta depuración conceptual, a Martínez López-Muñiz, José Luis, “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatizaciones y liberalización de servicios*, Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 125 y ss. Las consideraciones de Ariño Ortiz sobre esta polémica pueden verse en la obra conjunta *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 479 y ss.
- 52 *Cfr.*: González-Varas Ibáñez, Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001, p.2 y Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado*. Tomo I, Los fundamentos, *cit.*, pp. 17-24.

cepto de Derecho Administrativo<sup>53</sup>. Conclusión aceptada también, con gran claridad, por la doctrina venezolana. En nuestro país -observó E. Lares Martínez- no hay un régimen jurídico uniforme para el servicio público, sencillamente, pues no hay un concepto unívoco de éste<sup>54</sup>.

Pretender aplicar a Venezuela el concepto del “nuevo servicio público” es, en nuestra opinión, una solución que no obedece a la formación heterogénea de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico y que, lejos de procurar la depuración científica del lenguaje que exige el Derecho Administrativo, conlleva aún a mayores confusiones. Se ha ignorado, con ello, una advertencia formulada por A. Brewer-Carías: el Derecho Administrativo y sus instituciones -incluyendo también al servicio público- no deben estudiarse desde una perspectiva “... puramente formal, como si existiese un derecho administrativo puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva...”<sup>55</sup>. Tampoco pueden trasladarse sin mayores apreciaciones, conclusiones y principios propios de otros ordenamientos jurídicos. Así lo ha advertido, incluso, el propio G. Ariño Ortiz<sup>56</sup>. Este “nuevo” concepto del servicio público, defendido por la doctrina venezolana, obedece entonces a consideraciones y principios que no son aplicables, sin mayores correcciones, a Venezuela.

#### K. *Apreciaciones generales sobre el significado del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano*

De la síntesis efectuada anteriormente, y resumiendo significativamente los distintos -y variados supuestos- descritos, derivamos que el servicio público ha tenido, en Venezuela, dos sentidos generales. Uno, que podría calificarse de *ordinario*, alude al giro o tráfico de la acción administrativa y, también, a la propia Administración como órgano. Otro, más complejo, parte de la consideración del servicio público como las actividades prestacionales que, dada su relevancia social, son asumidas por el Estado, limitándose *siempre* la esfera de actuación del ciudadano. En materia económica, por tanto, el servicio público deriva en restricciones a la libertad económica, cuya gradación, siguiendo el sistema de Brewer-Carías, puede dividirse en tres estadios: exclusión de la libertad económica incluso en su gestión; exclusión de la libertad económica admitiendo su participación mediante concesión y concurrencia con la libertad económica, limitada, sin embargo, por la figura de la autorización.

53 Cfr.: Jèze, Gastón Jèze, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Tomo II 1, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, p. 10 y Weil, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss. A estas consideraciones -por demás tradicionales- debe sumarse ahora la problemática derivada de la impronta comunitaria sobre concepto de servicio público en Francia (Cfr. Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Tome I, Montchrestien, París, 2000, pp. 565-568).

54 Cfr.: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 230.

55 *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 11.

56 Ariño Ortiz, luego de reconocer el carácter equívoco del servicio público dentro del ordenamiento positivo español, procede a formular un concepto uniforme que parte -como antes adelantamos- de la reserva al Estado de la titularidad de la actividad considerada servicio público. Tal sería, en su opinión, el concepto del “tradicional” servicio público al cual se contrapondrá el concepto del “nuevo” servicio público. Sin embargo, y al socaire de estas consideraciones, efectúa una advertencia que debería ser tenida en cuenta por la doctrina venezolana: el resultado de tal concepto uniforme “...será necesariamente un concepto aproximado, tendencial (...) se tratará siempre de un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá de cada momento y en cada país del concepto socio-político...” (*Principios de Derecho Público Económico*, cit., p. 490). De allí que el concepto del “nuevo servicio público” haya sido formulado por Ariño en atención al concreto contexto histórico y socio-político de España, que no es, ni mucho menos, idéntico al contexto actual venezolano.

El mantenimiento indiscriminado de este último concepto, como se ha efectuado en la legislación comentada, supone en nuestra opinión una vulneración a los principios informadores del Estado de Derecho que se proyectan, con singular incidencia, sobre todo el actuar de las Administración Pública. La prolijidad del ordenamiento jurídico venezolano al calificar actividades y sectores como *servicios públicos*<sup>57</sup> ha sido tal que, si se aplica éste último concepto, habría que deducir la existencia de variadas limitaciones implícitas a la esfera de libertad ciudadana, aceptando también la existencia de *apoderamientos genéricos* a favor de la Administración, para afectar -aun en su mínima expresión- tal esfera de libertad. El servicio público, además, se traduciría en limitaciones a las libertades del ciudadano constitucionalmente garantizadas. Precisamente sobre la base de esta premisa P. Delvolè formuló una crítica contundente a esta institución<sup>58</sup>. ¿No ha sido acaso la genérica declaración de la educación como servicio público en la Constitución de 1999, la que ha permitido implantar restricciones a la libertad de enseñanza, difícilmente conciliables con tal derecho fundamental?. ¿No ha sido el servicio público, como título habilitante genérico de potestades administrativas, el que ha contribuido a incrementar la ya precaria situación de la libertad económica entre nosotros?. Es preciso reformular este concepto, disociando la idea del servicio público del concepto de restricciones -mayores o menores- a la libertad económica. Desarrollemos, de inmediato, esta tesis.

## II. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN. SERVICIO PÚBLICO Y LA ESCALA DE *PUBLICATIO*. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

Nuestra propuesta de redefinición –que esbozaremos aquí tan sólo en sus líneas generales- debe iniciarse con la siguiente consideración: la sola declaratoria de una actividad o sector como *servicio público* por el ordenamiento jurídico no supone ninguna consecuencia jurídica concreta. Ni debe entenderse que se trata de actividades prestacionales que deben ser desarrolladas por la Administración, ni mucho menos podrán derivarse restricciones a la libertad económica o a otras libertades o derechos fundamentales. En general, debe partirse de dos premisas que informan al actuar de la Administración: primero, que el ejercicio de potestades ablatorias exige la expresa y clara cobertura legal; segundo, que la afectación a la esfera general de libertades del ciudadano requiere, también, la expresa cobertura legal, debiendo imperar en todo momento el principio *favor libertatis*. En caso de duda, deberá favorecerse a la libertad. Por tanto, en caso de duda en la interpretación de actividades o sectores como *servicios públicos*, deberá también favorecerse a la libertad del ciudadano. Un reciente ejemplo nos permitirán ilustrar lo aquí señalado.

La Ley del *Servicio Eléctrico*, sancionada en 1999, contempló dentro de sus principales objetivos la necesidad de fomentar y potenciar el ejercicio de la libertad económica (artículo 3). Sin embargo, su artículo 4 declaró a todo el sector eléctrico como *servicio público*. Si nos

57 Sobre esta prolijidad se pronunció ya, y en un sentido crítico, Caballero Ortiz, Jesús, “La actividad administrativa de servicio público”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’*, FUNEDA, Caracas, 1996, pp. 357 y ss. Véanse también las fundadas y preclaras conclusiones que aporta Gustavo Grau sobre la inconcreción propia del servicio público, en su obra *Ordenación y Disciplina del Sector Bancario en el Derecho Público Venezolano*, cit., pp. 258 y ss.

58 Cfr.: “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss. La conclusión central de ese estudio se compadece con la situación existente en Venezuela. El servicio público -escribe Delvolè- constituye una amenaza para las libertades públicas; la noción de servicio público, en ella misma, constituye tal amenaza. De nuevo conviene insistir en que las críticas que formulamos se basan, principalmente, en el nexo causal que se pretendió erigir entre el servicio público y la reserva, olvidándose con ello que, según la doctrina -Brewer-Carías- hay también servicios públicos que no aparejan reserva alguna.

atenemos al concepto que aquí criticamos, deberíamos concluir que corresponde a la Administración la obligación de prestar el servicio eléctrico y que ello *supone* limitaciones a la libertad económica. En definitiva, que *todo* el sector se encuentra reservado al Estado. Empero, ninguna de estas consecuencias podrían defenderse. De esta manera, no corresponde a la Administración *prestar* las diversas actividades que integran el sector eléctrico; antes por el contrario, estas serán atendidas por la libertad económica en régimen de libre competencia. Además, de tal declaratoria no podrán *derivarse* limitaciones a la libertad económica: el artículo 112 constitucional exige que toda limitación a ese derecho fundamental *sea expresa*. Lo propio cabría afirmar de la declaración de servicio público efectuada por la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* (artículo 5) y por la novísima *Ley de Aviación Civil*. Claro está, la Administración puede prestar actividades eléctricas (o de suministro de gas e, incluso, de transporte aéreo) pero no es virtud de ninguna obligación constitucional o legal, sino en ejercicio de la iniciativa pública económica reconocida en el artículo 299 de la Constitución.

Para nosotros, lo que ha ocurrido realmente en los supuestos en los que el Legislador simplemente califica a actividades como servicio público -no sólo en el estricto ámbito económico sino también en el de la acción social, como ocurre con la educación- es que éste ha querido significar la relevancia pública de estas actividades o sectores. Así, el artículo 7 de la Ley de Protección del Consumidor y el Usuario únicamente refleja que las actividades ahí enumeradas afectan al interés público; lo propio cabría afirmar de la declaratoria de servicio público recaída sobre el sector eléctrico o la educación. Servicio público como sinónimo de interés general. El término es, observamos, desvirtuado completamente, perdiendo cualquier autonomía conceptual. Equiparación del servicio público con el genérico concepto de interés público, que debe permitirnos llegar a la siguiente conclusión: ninguna consecuencia jurídica podría extraerse de la declaración de una actividad o sector como servicio público<sup>59</sup>.

Mas sin embargo, esta genérica declaración de servicio público ha derivado en las dos consecuencias jurídicas antes mencionadas. Ello encuentra reflejo, incluso, en el propio ordenamiento positivo: la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley de Aviación Civil, al declarar actividades como servicios públicos, establecen que su prestación por la iniciativa privada se *efectuará mediante concesión*, dándose a entender, con ello, que (i) compete a la Administración prestar -indirectamente- estas actividades y que (ii) la libertad económica queda excluida de estos sectores, requiriéndose entonces la traslación del derecho a participar en ellos mediante la correspondiente concesión<sup>60</sup>. No obstante, es un equívoco exigir en estos supuestos la previa concesión, pues ésta *únicamente tiene cabida con relación a actividades en las que, al estar expresamente reservadas al Estado, no tiene cabida la libertad económica*<sup>61</sup>. La concesión sólo es título habilitante válido respecto a acti-

59 Como advirtió Prosper Weil "...si se quiere seguir dando a la noción de servicio público un interés jurídico -es decir, si se quiere que tenga consecuencias jurídicas- es preciso añadir algo a la noción de interés general, que constituye, ciertamente, un elemento esencial de la noción de servicio público..." (*Derecho Administrativo, cit.*, p. 106).

60 La concesión como título jurídico exigible para prestar actividades declaradas servicio público pero no reservadas al Estado, se encuentra regulada en el artículo 41.5 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; artículos 27 y 35 de la Ley del Servicio Eléctrico y artículo 9 de la Ley de Aviación Civil. La Ley del Servicio Eléctrico será derogada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, la cual, sin embargo, preserva tanto el espíritu de la legislación aún vigente, así como el contenido de las normas que aquí se comentan.

61 En efecto, los incisivos poderes que la Administración ejerce con ocasión del contrato administrativo de concesión (véase así sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*) son incompatibles con el contenido esencial de la libertad económica, derecho fundamental vigente en los mercados de la electricidad, hidrocarburos gaseosos y transporte aéreo. De otro lado, el carácter traslativo de la concesión no tendría efecto alguno en actividades que pueden ser explotadas por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente, como es precisamente la libertad económica (sobre este carácter traslativo, *vid.* Badell Ma-

vidades que no pueden ser ejercidas por los particulares en virtud de un derecho propio, esto es, actividades reservadas o de titularidad pública. En los tres ejemplos citados, observamos, no existe tal reserva. Forzoso es concluir, por tanto, que rige en estos sectores la libertad económica, por lo que todos los particulares tendrían el derecho previo a participar en ellos, el cual sólo podría restringirse -en un primer momento- mediante la correspondiente *autorización*<sup>62</sup>.

Como se dijo, es preciso, en nuestra opinión, redefinir los conceptos del servicio público a partir de la disociación entre éste y las dos consecuencias jurídicas apuntadas (la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración y la limitación de la libertad económica). Para ello, efectuaremos cuatro consideraciones.

1. *El servicio público como técnica de intervención. El abandono de la llamada "actividad administrativa de servicio público"*

En primer lugar, proponemos abandonar -por inducir a ciertos equívocos- el concepto de *actividad administrativa de servicio público*, entendida como la actuación prestacional que la Administración realiza por mandato constitucional o legal, a fin de satisfacer necesidades colectivas<sup>63</sup>. Abandono necesario pues, como se estableció antes, el término "servicio público" no es siempre referible a actuaciones prestacionales imputables a la Administración.

Proponemos, en sustitución, la recepción de una distinción originaria de Alemania e Italia, que ha sido también acogida en España desde una perspectiva general (García De Enterría y Fernández) y también, desde la perspectiva propia del Derecho Administrativo Económico (S. Martín-Retortillo Baquer)<sup>64</sup>. Nos referimos a la posición que distingue entre la actuación de prestación y la actuación de *limitación*. La Administración actúa, esencialmente, prestando bienes, servicios y beneficios a los ciudadanos o limitando su esfera jurídico-subjetiva. Pues bien, partiendo de esta doble distinción observamos que el "servicio público" se ha referido, siempre, a estas dos técnicas. De allí la diáfana afirmación de Tomás-Ramón Fernández: el servicio público, simplemente, es una técnica más de intervención administrativa<sup>65</sup>. Así, frente a la *idea del servicio público*, la Administración -conforme a las específicas habilitaciones legales existentes- puede desplegar diversas técnicas de *prestación*: por ejemplo, la actuación de prestación del servicio de educación mediante centros de enseñanzas

drid, Rafael, "El régimen jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan Randolph Brewer-Carías, *cit.*, p. 398). En fin, que el sustento de la concesión es la reserva expresa al Estado es la posición mantenida en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2000, precitada.

62 Según la terminología acertadamente elaborada por Brewer-Carías, se tratarían de servicios públicos concurrentes, en los que sería tan sólo exigible la previa autorización, siempre y cuando, notamos, ésta se regule expresamente en la Ley (*Cfr. Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias, cit.*, p. 71).

63 Dentro de la categorización de las formas de actuación de la Administración se incluye, generalmente, la llamada actividad de servicio público, para aludir a los supuestos en los cuáles ésta -en virtud de una *publicatio* o declaratoria de servicio público- despliega actividades de contenido prestacional. Por todos, *vid.* Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen 11, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 321 y ss.

64 *Cfr.*: García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo II, *cit.*, pp. 109 y ss. y Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, La Ley*, Madrid, 1988, pp. 178 y ss.

65 *Cfr.*: "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública* número 150, Madrid, 1999, pp. 57 y ss. Como muy bien concluye este autor "...la calificación legal de una actividad como servicio público tampoco ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos. Ha habido y hay declaraciones huera, que expresan sólo una vaga intención política, cuando no un mero escrúpulo..." (p. 60). De allí su afirmación: "...el servicio público ha sido y es una técnica más..." (p. 62).

o la prestación del servicio de suministro eléctrico mediante empresas públicas. Actividad cuya formulación es independiente de la existencia previa de un deber de prestación: en el primer ejemplo tal deber existe; en el segundo, no. Pero también, frente a la idea del servicio público, la Administración puede *limitar* la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos, en respeto al principio legalidad y con dos intensidades muy distintas: *limitación extrema*, cuando el Estado se reserva, mediante Ley Orgánica, la titularidad sobre el “servicio público”, o *limitación mínima*, cuando la Administración incide sobre el ejercicio de un derecho preexistente, que podrá ser incluso un derecho fundamental (derecho a la enseñanza o la libertad económica). Lo importante, en todo caso, es que esta actuación de *limitación* debe siempre contar con la cobertura legal exigida en cada caso, no pudiendo, bajo ningún supuesto, derivarse implícitamente. Además, y dado que estas técnicas son intercambiables, es posible que frente a la idea del servicio público, la Administración, simultáneamente, desarrolle la actividad de *limitación* -mediante la reserva expresa- y la actividad de *prestación* -atendido, directa o indirectamente, tal servicio-. Tal era el supuesto de las telecomunicaciones según su conformación jurídica en la Ley de 1940 y de allí la validez y coherencia de exigir, en ese supuesto, la previa concesión.

2. *Servicio público y actividades de interés general. Necesaria matización de esta equivalencia. Algunos comentarios al servicio universal como institución tributaria del servicio público*

La reciente liberalización de mercados sometidos tradicionalmente a intensas técnicas de intervención pública, ha permitido a un sector de la doctrina venezolana postular la recepción del “nuevo” servicio público, en el cual el desarrollo de la actividad prestacional se realizaría respetando un conjunto de libertades y, además, en régimen de libre competencia. Sin embargo, hemos señalado que esta posición no es aplicable de cara al Derecho Venezolano. Al menos, no lo es sin las necesarias correcciones. Además de las razones antes dadas, convendría resaltar que el principio de libertad sobre el cual pivota el modelo del “nuevo” servicio público –defendido principalmente por Gaspar Ariño Ortiz- no tiene reflejo -aún- en el estadio de evolución actual de la Administración económica venezolana. La actitud (tradicional) del Estado Venezolano ha sido otra, de muy distinto signo: la sistemática reducción y afectación de la libertad ciudadana, no sólo en el campo económico sino también en sus demás manifestaciones. Lo propio cabría afirmar del grado de competencia requerida para el “nuevo” servicio público, que no tiene cabida -aún- en Venezuela.

Al margen de estas consideraciones, y reiterando que el “servicio público” es tan sólo una técnica más de intervención del Estado, podemos señalar que lo sucedido en estos tres mercados -especialmente, en el sector de las telecomunicaciones- ha sido la sustitución de las técnicas tradicionales de actuación de la Administración por otras orientadas a la promoción e incentivo de la libertad económica y la libre competencia. Esto es, que las actividades de limitación y prestación *sustitutivas* de la iniciativa privada se reemplazan por técnicas de limitación acordes con el mercado, esto es, por una regulación pro-mercado o concurrencial.

Así, la reordenación de los mercados de los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones reemplazó la técnica de *limitación intensa* y *prestación indirecta* por la técnica de *limitación mínima*. En el mercado eléctrico, la actuación de limitación desplegada en sustitución de la libre autonomía empresarial se reemplazó por una “intervención mínima”, acorde con la libertad económica y la libre competencia <sup>66</sup>.

---

66 En su regulación anterior, los mercados de hidrocarburos gaseosos y telecomunicaciones se encontraban reservados al Estado, no así el mercado eléctrico, sometido tan sólo a regulaciones sublegales (Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *cit.*, pp. 61 y ss).

Sustitución de técnicas que no ha afectado la idea -política- del servicio público, contenida en la ordenación actual de estos tres mercados. De esa manera, las actividades que integran a estos sectores satisfacen necesidades colectivas que por su impronta en el interés social han de ser aseguradas por los Poderes públicos, como manifestación genérica de los emplazamientos positivos que dimanen de la cláusula del Estado social (artículo 2 de la Constitución de 1999). Sin embargo, en la ordenación actual de estos mercados la idea del servicio público es atendida únicamente a través de la actuación de “limitación mínima”, sin que pueda constatarse la existencia de obligaciones prestacionales (de contenido material) a cargo de la Administración. Antes por el contrario, sí se aprecia la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la libre iniciativa privada, cuyo cumplimiento será verificado por la Administración sectorial a través de las técnicas de limitación concretamente previstas en estos textos legales. Además de los ejemplos de obligaciones prestacionales previstas en los mercados de la electricidad y el gas natural<sup>67</sup>, encontramos, en el mercado de las telecomunicaciones, la figura del servicio universal. Son servicios universales el conjunto definido de prestaciones cuya atención es asignada a los operadores económicos -como auténtica obligación- por la Administración de telecomunicaciones, garantizando que su prestación, en las condiciones de calidad previamente definidas, sea desarrollada a todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y a un precio “razonable”. Es por ello que se ha afirmado que el servicio universal responde a la idea del servicio público<sup>68</sup>.

Ahora bien, aplicar a las situaciones anteriores el concepto de “servicio público” no es, en nuestra opinión, una opción válida. No es un término que *describa* la conformación jurídica de los mercados de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones y, además, induce a severas confusiones. De otro lado, convendría recordar que el servicio público surge, dogmáticamente, como respuesta *jurídica* a una *realidad social*: la existencia de necesidades colectivas cuya atención debe ser *asumida* por el Estado, sobre la base de un *régimen de Derecho Público*. Objetivos, acotamos, que no encuentran cabida en la nueva ordenación de estos tres mercados, los cuales no se someten a ningún régimen exorbitante de Derecho Público. El “nuevo servicio público” es, así, un concepto “inoperante”<sup>69</sup>.

67 Por ejemplo, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la Ley del Servicio Eléctrico que las empresas de distribución deberán prestar el servicio a todos los que lo requieran, de manera continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos señala que “...los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos a los cuales se refiere esta Ley, tendrán la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia, calidad y seguridad...”.

68 El servicio universal se encuentra regulado en los artículos 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sobre esta figura, desde el Derecho Venezolano, puede verse a Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, *cit.*, pp. 232-236; Favrin Rodríguez, Odette, “El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, *cit.*, pp. 137 y ss. y Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”, en *Sociedad y Derecho. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* número 2, Caracas, 2001, pp. 185 y ss.

69 Señalaba JEZÈ, en este sentido, que “...decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar procedimientos de Derecho Público...”. Servicio público, por tanto, y en su formulación dogmática originaria, debía referirse siempre a la satisfacción de necesidades colectivas a través de procedimientos de Derecho Público. Claro está, estas necesidades podían también satisfacerse mediante procedimientos de Derecho Privado. Sin embargo, Jezè criticaba que en estos supuestos pudiese emplearse el concepto de servicio público, dado que éste perdería toda precisión terminológica (*Cfr.*: Principios generales de Derecho Administrativo, Tomo II 1, *cit.*, pp. 4-9). Y fue precisamente ello lo que ocurrió, pues el advenimiento de los servicios públicos industriales y comerciales (que daban satisfacción a necesidades colectivas mediante instrumentos de Derecho Privado), hizo del servicio público un concepto “inoperante a los fines de imputar consecuencias jurídicas” (*Cfr.*: De Laubadère, André, *Traité élémentaire de*

Podría afirmarse que la *idea* del servicio público subyace tras la liberalización de estos tres sectores, mas ello no permite emplear este concepto para englobar la nueva ordenación de tales mercados.

Pero tampoco creemos que sea válido calificar a los servicios que integran a estos mercados como *actividades de interés general*, tal y como hace la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en relación con el sector concreto que ella regula. Este concepto -que ha sido empleado recientemente, también, en relación con el mercado del transporte terrestre<sup>70</sup>- se inspira en una institución propia del Derecho Comunitario Europeo (los *servicios de interés económico general*), cuyos fundamentos son ajenos al Derecho Venezolano<sup>71</sup>. En adición a ello, el término *actividades de interés general* es excesivamente vago y ambiguo de cara al Derecho venezolano; en él tienen cabida, en fin, variadas y heterogéneas actividades aún cuando no tengan sustrato económico. Así parece entenderlo incluso la doctrina, que al analizar tal calificación ha concluido que los servicios de telecomunicaciones son *servicios públicos impropios*, concepto igualmente impreciso<sup>72</sup>. Igualmente, el concepto empleado por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no refleja lo que son -quizás- las características más relevantes de este mercado: que en él concurren auténticos servicios -y no simples actividades- de contenido *económico* que satisfacen necesidades de *relevante interés general*<sup>73</sup>. El concepto de actividades de interés general es, por tanto, igualmente inoperante a los fines de caracterizar la realidad subyacente tras las actividades que integran el mercado de las telecomunicaciones.

### 3. Servicio público y *publicatio*. La gradación de la intervención pública

Lo expuesto hasta ahora permite llegar a dos conclusiones: primero, que el concepto de “servicio público” alude en realidad a dos técnicas de intervención del Estado, que algunas veces son empleadas complementariamente: la actividad de prestación y la actividad de limitación. En segundo lugar, que la reciente liberalización instrumentada en Venezuela, más que forjar un “nuevo” concepto de servicio público, ha supuesto la sustitución de unas técnicas de intervención por otras. La liberalización -esto es importante subrayarlo- no se ha implemen-

*Droit Administratif*, Tomo 1, LGDJ, París, 1963, pp. 49-51). Sobre esta problemática terminológica, y su estado actual en el Derecho Francés, *vid.* Linotte, Didier y Romi, Raphaël, *Services publics et Droit public économique*, quatrième édition, Litec, Paris, 2001, pp. 39 y ss.

70 En efecto, dispone el artículo 3 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (*Gaceta Oficial* número 37.322 de 12 de noviembre de 2001), que “...el transporte terrestre, así como la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de la infraestructura vial, constituye una actividad económica de interés general, a cuya realización concurren el Estado y los particulares de conformidad con la Ley...”.

71 Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que “...el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general...”. Esta norma se inspira en el artículo 2 de la Ley española número 11/1998, General de Telecomunicaciones, según el cual “...las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia...”. Interesa destacar que el Legislador español tomó este concepto del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea, que se refiere a los servicios de interés económico general, término deliberadamente ambiguo, pues en su formulación se pretendió englobar las distintas manifestaciones que la idea del servicio público tiene en Europa (*Cfr.*: González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, *cit.*, pp. 393-428).

72 *Cfr.*: Blanco-Urbe, Mariela, “Derecho a realizar actividades de telecomunicaciones. Habilitaciones y Concesiones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, *cit.*, pp. 90-91.

73 El término actividades de interés general es mucho más amplio que el de servicios económicos de interés general. Y empleando aquél término en su vertiente económica, debemos señalar que el concepto de actividad económica incluye tanto a la prestación de servicios como a la comercialización de bienes (*Cfr.* artículo 4 de la Ley Procompetencia). De esta manera, y en estricto sentido, las telecomunicaciones son servicios económicos y no solamente actividades; de allí la ambigüedad del término empleado en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

tado únicamente a través de una *desregulación*: muy por el contrario, ésta es acompañada de nuevas -y enérgicas- medidas de intervención, cuyos objetivos principales son, por un lado, asegurar la adecuada prestación de los servicios liberalizados; por el otro, proteger y afianzar la libre competencia. La actuación de *limitación* persiste, entonces, pero con una orientación -aparentemente- muy distinta.

Ahora bien, ello permite ponderar los tres niveles de intensidad que caracterizan a la intervención pública en actividades sociales y económicas, esto es, la llamada *escala de publicatio*, formulada por Souvirón Morenilla y Villar Ezcurra en España<sup>74</sup>. En primer lugar encontramos la *publicatio intensa* que se compadece con los supuestos en los que se reserva a la Administración tanto la titularidad como la gestión de determinados servicios; se asemeja, así, a la figura de los *servicios públicos excluyentes y exclusivos*, elaborada por Brewer-Carías. A continuación encontramos la *publicatio media*, en la cual se reserva la titularidad de la actividad a la Administración, permitiéndose sin embargo la participación de la iniciativa privada: se corresponde, básicamente, con la noción de Brewer-Carías sobre los *servicios públicos excluyentes pero concedibles*. Por último, la *publicatio mínima*, que -con ciertas variantes- podría identificarse con el concepto de *servicios concurrentes*, esto es, servicios que, desplegados en virtud de un derecho propio y preexistente (libertad económica, por ejemplo), son sometidos a la actuación de limitación de la Administración. La idea del servicio público podrá encuadrarse en cualquiera de estos tres niveles y a ellos serán referibles, por separado o conjuntamente, las técnicas de prestación y limitación de la Administración. Observamos, además, que no es inherente a esta *escala de publicatio* la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración. De otra parte, si bien en estos tres niveles nos encontramos ante limitaciones a la libertad económica, no cabe *deducir* tales limitaciones de la sola declaratoria de *servicio público*: según el concreto grado de *publicatio* en el cual nos encontramos, estaremos ante limitaciones mayores o menores cuya instrumentación exigirá siempre expresa y clara cobertura legal.

Lo que ha sucedido en Venezuela es que el servicio público se ha encuadrado, siempre, en la escala de *publicatio media*. Se ha sostenido, así, que la declaratoria de servicio público *supone* la reserva al Estado sobre la actividad, cuando lo cierto es que el razonamiento debería ser el contrario: la reserva al Estado es la causa que permitiría calificar a determinado servicio como un *servicio público*. Asimismo, la consideración de una actividad como servicio público ha supuesto su prestación mediante concesión, cuando lo cierto es que la concesión es la consecuencia de la reserva expresa. Por ello, ante una declaración de servicio público efectuada por el Legislador, y *antes de imputar alguna consecuencia jurídica, como su reserva al Estado o su necesaria prestación mediante concesión*, debe procederse a analizar sistemáticamente tal declaratoria mediante el estudio de la normativa en la cual se inserta, para luego ubicar en qué grado de *publicatio* nos encontramos. La aplicación de este método en la Ley del Servicio Eléctrico o la Ley Orgánica de Educación, por ejemplo, nos permitiría concluir que estamos, únicamente, en un supuesto de *publicatio mínima*, en la cual (i) no existe reserva al Estado sobre la titularidad del Estado; (ii) no hay necesariamente obligaciones prestacionales o materiales a cargo de la Administración y (iii) no es aplicable la figura de la concesión. Lo fundamental, insistimos, es disociar la idea del servicio público de la reserva al Estado sobre actividades y de la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración. Una y otra consecuencia han de derivar inequívocamente del ordenamiento jurídico.

74 Cfr.: Souvirón Morenilla, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 499 y ss. y Villar Ezcurra, José Luis, "Los cauces de la intervención administrativa", en Don Luis Jordana de Pozas. *Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 300 y ss.

4. *A favor del abandono del servicio público como categoría jurídica y la recepción de la noción de servicios esenciales, especialmente, en el ámbito económico*

Llegados a este punto, podemos esbozar nuestra posición: los conceptos del servicio público, en Venezuela, son equívocos e indefinidos. El servicio público se perfila como una institución de contornos difusos de la cual derivan limitaciones *implícitas* a la esfera de libertad general del ciudadano. En materia económica, el servicio público y sus variados conceptos han contribuido a incentivar la ya precaria situación del derecho fundamental a la libertad económica. Los ejemplos tomados de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley de Aviación Civil, en las cuales se exige la concesión para prestar actividades económicas *privadas*, evidencia así que el servicio público es, en Venezuela, un término que enerva los principios más elementales del Estado de Derecho y que disminuye, significativamente, la protección jurídica de las llamadas libertades -derechos- fundamentales. De allí que tal concepto debería ser sustituido por otro que, atendiendo a las características propias de las actividades en las que está presente la idea servicio público, sea cónsono con el debido respeto de las libertades públicas de los ciudadanos, especialmente, de la libertad económica. Proponemos así que cuando la idea del servicio público se refiera a actividades concretas, se emplee el concepto de *servicios esenciales*, entendidos como actividades prestacionales fundamentales para la convivencia social y para el desarrollo de los derechos fundamentales, que se dirigen a satisfacer necesidades colectivas de interés general. Actividades que podrán tener sustrato económico y calificarse, entonces, como servicios económicos esenciales<sup>75</sup>. Algunas notas precisan -y delimitan- el concepto que aquí se propone.

- En *primer lugar*, se trata, propiamente, de servicios, esto es, actividades a través de las cuales se satisfacen -mediante prestaciones inmateriales- determinadas necesidades. El concepto asumido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones -actividades de interés general- es así excesivamente genérico, pues alude tanto a la prestación de servicios como a la comercialización de bienes: por ejemplo, la comercialización del petróleo es, a no dudarlo, una actividad de interés general. No es sin embargo, y en estricto sentido, un *servicio*.

- En *segundo lugar*, y para distinguir el concepto propuesto con la noción genérica de servicios, hemos empleado el calificativo *esenciales*. Son dos los parámetros que en nuestra opinión permiten calificar al *criterio* de esencialidad: la satisfacción de necesidades de relevante interés social y su conexión con derechos fundamentales de contenido prestacional.

- Se trataría así, y en *tercer lugar*, de un concepto cercano al empleado en el artículo 82 de la Constitución de 1999, esto es, los *servicios básicos esenciales*. Terminológicamente, sin embargo, consideramos que este término es redundante, dado que los calificativos de “básicos” y “esenciales” pueden entenderse como sinónimos. En todo caso, los criterios que la Sala Constitucional ha planteado en torno a esta figura -en la importante sentencia de 8 de diciembre de 2001, caso *Transporte Sicalpar*- son aplicables, también, al concepto propuesto<sup>76</sup>.

75 Las otras acepciones del servicio público -entendido como giro o tráfico de la Administración- deberían sustituirse, entonces, por el concepto de “interés general” o de “actividad administrativa”, según los casos. Por último, cuando el concepto de servicio público se emplee como sinónimo de entes u organismos, debería emplearse el término “Administración”.

76 Según esta sentencia, los servicios básicos esenciales a que se refiere el artículo 82 de la Constitución de 1999 (y entre los que habría que incluir a algunos los servicios públicos domiciliarios a que aluden los artículos 156.29 y 178 constitucional, especialmente, el suministro de electricidad, gas y agua potable), suponen por parte de los particulares un derecho de prestación que puede ser reclamado, incluso, a través de la acción de amparo constitucional, aún mediando relaciones contractuales.

Téngase en cuenta, además, que según dispone el propio artículo 82, la atención de los servicios básicos esenciales es obligación “compartida” entre el Estado y los particulares: de allí que la satisfacción de éstos pueda encomendarse a la libre iniciativa privada, siempre bajo la supervisión de la Administración. Ha sido ésta, precisamente, la fórmula empleada en la reciente liberalización de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones entre nosotros.

- Frente a los servicios básicos, y en *cuarto lugar*, el Estado puede intervenir conforme a las dos modalidades ya indicadas: actividad de prestación o actuación de limitación. Ambas técnicas, como señalamos, son intercambiables y pueden incluso ser concurrentes. Lo importante es que el propio concepto de servicios básicos es ajeno a las técnicas de actuación que el Estado -y en concreto: la Administración- puede desplegar. Hay, ciertamente, un mandato conferido a los Poderes públicos de asegurar la adecuada prestación de los servicios básicos, como derivación de la cláusula del Estado social (artículo 2)<sup>77</sup> y más específicamente, del artículo 82. Sin embargo, que una actividad sea considerada servicio básico no *supone* ni la exclusión o limitación del derecho de los particulares a prestar estos servicios, ni la existencia de un monopolio o de un régimen exorbitante de Derecho Público. Habrá que analizar, casuísticamente, los cauces a través de los cuales se actualiza este mandato.

- De esta manera, y en *quinto lugar*, será el concreto régimen jurídico de los servicios esenciales -establecido por el Legislador- el que permita determinar qué técnicas de actuación desplegarán los Poderes públicos. En unos supuestos será la actuación de *limitación intensa*, mediante la expresa reserva al Estado de estos servicios a través de la correspondiente Ley Orgánica; en otros, se tratará simplemente de la *limitación mínima* mediante la llamada actividad de policía. Podrán también los Poderes públicos, y en virtud del artículo 299 constitucional, prestar estos servicios en concurrencia con los particulares o en régimen exorbitante, si previamente se ha desplegado la actuación de *limitación intensa*. Pero los cauces de actuación de los Poderes públicos son *elementos accidentales y accesorios* del concepto de servicios esenciales asumido. Considerar a determinada actividad como servicio esencial no supondrá, entonces, la existencia de ninguna de estas modalidades y en especial, no supondrá habilitaciones a favor de la Administración para desplegar técnicas de limitación. Deberá regir así el principio general sobre el que se fundamenta la Constitución, esto es, el respeto de la libertad general del ciudadano y, también, el respeto de los derechos fundamentales que reconocen a los particulares la facultad de prestar estos servicios.

- En *sexto lugar*, es también elemento accidental del concepto de servicio esencial (tal y como se desprende de la letra del artículo 82 constitucional), la existencia de una obligación de prestación a cargo de la Administración. Los Poderes públicos tienen, ciertamente, el imperativo constitucional de asegurar la adecuada atención de estos servicios; ello no supondrá, sin embargo, que deban también desplegar la actuación de prestación directa o material. Por el contrario, podrá suceder que la gestión de estas prestaciones sea desarrollada directamente por los particulares en virtud de un derecho previo y preexistente, bajo el control que la Administración ejerza mediante la actuación de limitación.

- Finalmente, y en *séptimo lugar*, los servicios económicos esenciales, como principio general, podrán ser prestados directamente por los particulares en virtud del derecho fundamental a la libertad económica, lo que no impide a la Administración, mediante la empresa pública, concurrir en la prestación de estos servicios en virtud de lo dispuesto en los artículos

---

77 Que la cláusula del Estado social deriva en mandatos o emplazamientos positivos a favor de los Poderes públicos (que no necesariamente encuentran respaldo en el previo derecho exigir tal actuación) es premisa aceptada por Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, cit., pp. 46 y siguientes. Entre nosotros, pueden verse las sentencias de la Sala Constitucional de 1 de diciembre de 2000, caso Frente de Trabajadores Constituyentes y de la Sala Político-Administrativa de 14 de julio de 2000, caso APRUM.

299 y 300 de la Constitución de 1999, que sancionan el principio de *coinciativa económica*. Sin embargo, cualquier técnica de limitación -sea intensa o mínima- deberá *estar establecida en la Ley*, tal y como categóricamente exige el artículo 112 constitucional. De allí que, igualmente, regirá en estos servicios la libre competencia, en los términos en que ésta aparece recogida en el artículo 113 constitucional<sup>78</sup>.

La figura de la *concesión*, por ende, tan sólo podrá aplicarse si los servicios esenciales han sido expresamente reservados a la Administración, quedando vedado -como hasta ahora se ha hecho- el indiscriminado empleo de la técnica concesional, fuera del supuesto antes señalado. Asimismo, y en relación con los servicios económicos esenciales, la Administración tendrá, ciertamente, una genérica obligación positiva que deriva de la cláusula del Estado social, pero que debe ser actualizada por el Legislador mediante cauces muy distintos, entre los que cabrá distinguir la *reserva expresa y categórica al Estado* (artículo 302), o la actuación de limitación del ejercicio del derecho previo a la libertad económica (artículo 112).

Por último, destacar que no todos los servicios que integran los mercados liberalizados recientemente en Venezuela pueden ser catalogados como *servicios esenciales económicos*. Así, y en el concreto sector de las telecomunicaciones, habrá que distinguir entre los servicios que, aún afectando al interés general, no satisfacen directamente necesidades esenciales (i.e.: telefonía móvil), de los servicios que, además, satisfacen directamente estas necesidades. Categoría que, en nuestra opinión, equivaldría a las prestaciones que en cada momento sean consideradas servicios universales.

De allí la necesidad de distinguir entre tres tipos de servicios: las actividades económicas de prestación de servicios; las actividades económicas de prestación de servicios sometidas a regulaciones sectoriales y especiales (por ejemplo, los servicios financieros) y las actividades de prestación de servicios económicos esenciales<sup>79</sup>.

---

78 En efecto, podemos afirmar que conforme a la “Constitución económica” vigente, todas las actividades de trasunto económico podrán ser explotadas en virtud del derecho a la libertad económica y por tanto, en régimen de libre competencia, dado que ésta es inherente a aquél derecho fundamental. Sobre la libre competencia como principio -y derecho- inherente a la libertad económica, y en relación con su formulación en la “Constitución económica” de 1999, puede verse a Briceño Aranguren, Claudia y Nuñez Machado, Ana Cristina, “Aspectos económicos de la nueva Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Valencia, 2000, pp. 184 y ss.; Hernández G., José Ignacio, “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *cit.*, pp. 61 y ss.; Rondón De Sansó, Hildgard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*, Editorial Arte, Caracas, 2000, pp. 240 y ss. y Ortiz Alvarez, Luis, *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, *cit.*, pp. 7 y ss.

79 Dentro del conjunto de actividades de prestación de servicios económicos, encontramos tres categorías conceptuales. En primer lugar, los servicios económicos que no se encuentran sometidos a técnicas especiales de limitación: por ejemplo, los servicios de alimentación. En segundo lugar, los servicios que, sometidos a técnicas sectoriales y especiales de limitación, no están llamados a satisfacer necesidades básicas para la sociedad que entroncan con derechos fundamentales. El ejemplo paradigmático serían los servicios de intermediación financiera. Finalmente, encontramos a los servicios económicos que sí satisfacen necesidades colectivas que se relacionan con derechos fundamentales, según lo dispuesto en el artículo 82. Al igual que la categoría anterior, éstos se someten a limitaciones sectoriales y especiales (i.e.: La Ley Orgánica de Telecomunicaciones). Sin embargo, y a diferencia de la segunda categoría, el Estado asume la obligación de asegurar que estos servicios se presten -por la libre iniciativa privada- en condiciones satisfactorias. Para ello, en el ejemplo dado, la Administración asigna a los particulares obligaciones de servicio universal que son, propiamente, obligaciones de contenido prestacional o material.

## CONCLUSIONES

Las categorías jurídicas heterogéneas que han sido incluidas dentro del término servicio público, en el ordenamiento jurídico venezolano, privan a éste de cualquier utilidad a los fines de elaborar distinciones conceptuales. Igualmente, la concepción del servicio público como actividad prestacional imputable a la Administración y en la cual se entiende excluida la libertad económica, por un lado, y la prolijidad del Legislador por calificar -sin ninguna sistematización- a diferentes actividades como servicio público, por el otro, hacen de ésta figura una institución de contornos difusos que, además, se erige en limitaciones -inciertas- a las libertades de los ciudadanos.

El concepto del servicio público luce, por tanto, inoperante en Venezuela. Asunto muy distinto es la idea del servicio público: que existen necesidades colectivas de relevante interés social cuya satisfacción no puede abandonarse por entero al mercado y a la libre iniciativa es conclusión que entronca con la cláusula del Estado social, consagrada en el artículo 2 de la Constitución de 1999. Que tal cláusula suponga la asunción de emplazamientos a los Poderes públicos exigibles en relación con estas necesidades es también conclusión que no criticamos. Nuestras objeciones se dirigen, por tanto, a los conceptos del servicio público, no a la idea del servicio público. De allí nuestra crítica a las teorías que, partiendo de la “muerte” del servicio público, suponen el surgimiento de un “nuevo” concepto jurídico. Posiciones, en fin, apasionadas y subjetivas -como señala Tomás-Ramón Fernández- y que impiden abordar la idea del servicio pública con la debida objetividad<sup>80</sup>.

Las anteriores son razones suficientes para propugnar el abandono del servicio público como concepto, y su sustitución por los servicios esenciales. Categoría fundamentalmente material, encuentra respaldo expreso en el artículo 82 de la Constitución de 1999. Servicios esenciales cuyas notas definitorias son ajenas a las técnicas de intervención que la Administración puede desplegar. Calificar a una actividad como servicio esencial, por tanto, supone tan sólo el reconocimiento del relevante interés social que ella encubre; supone, también, un llamado de atención a la obligación del Estado de asegurar su adecuada satisfacción. Ninguna otra consecuencia jurídica deberá imputarse al concepto que aquí se propone. Cualquier limitación a la esfera jurídica de los ciudadanos, y aún más, cualquier limitación a los derechos fundamentales de éstos (en especial, a la libertad económica) deberá contar con inequívoca, clara, precisa y suficiente cobertura legal.

---

80 Cfr.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *cit.*, p. 62.