

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado, presentado  
como requisito parcial para optar al Grado  
de Especialista en Derecho Administrativo.

Autor: Abg. Porteles Meza, Ileana S.  
Asesor: Abg. Pérez Montaner, Jackson.

Barquisimeto, Febrero 2006

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado, presentado  
como requisito parcial para optar al Grado  
de Especialista en Derecho Administrativo.

Autor: Abg. Porteles Meza, Ileana S.  
Asesor: Abg. Pérez Montaner, Jackson.

Barquisimeto, Febrero 2006

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**APROBACIÓN DEL ASESOR**

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Ileana Porteles Meza, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **El Contencioso de los Servicios Públicos en Venezuela**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Barquisimeto, a los dos (02) días del mes de febrero de 2006.

---

Abg. Jackson Pérez Montaner

C.I. V-10.775.748

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA**

Por: Abg. Ileana Porteles Meza.

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Administrativo,  
aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el Jurado  
abajo firmante, en la ciudad de \_\_\_\_\_, a los \_\_\_\_\_ días del  
mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_

## **DEDICATORIA**

A mis padres, Omar y Rafaelita, a quienes les debo todo lo que soy, con su ejemplo y sabios consejos han inculcado en mi los valores necesarios para afrontar los retos de la vida.

A Omar Alejandro, mi hermano y mejor amigo, ejemplo de lo que significa la alegría y la ayuda desinteresada.

A Carlos, por su amor desinteresado y por su ayuda incondicional en todas las metas de mi vida.

A mis hermanas del alma, Sarita, Coquito y Mercedes, quienes con su amistad y alegría me han acompañado en el transcurrir de mi vida personal y profesional.

Al Dr. Jackson Pérez Montaner, por su invaluable amistad y su gran apoyo.

A todos, que Dios les bendiga.

A Dios y a la Divina Pastora por ser mi padre y madre celestiales, sin los cuales la vida no tiene sentido.

## INDICE GENERAL

	<b>Pág.</b>
<b>RESUMEN</b>	viii
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>I LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU REGULACIÓN EN VENEZUELA</b>	<b>8</b>
1. Origen del Servicio Público.	8
2. Diferentes acepciones del Servicio Público.	11
3. Evolución del Servicio Público en Venezuela.	17
4. Creación de los Servicios Públicos.	26
5. Organización y Funcionamiento de los Servicios Públicos.	33
6. Características de los Servicios Públicos.	37
7. Clasificación de los Servicios Públicos.	41
<b>II RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS</b>	<b>50</b>
1. El Estado como Principal Prestador de los Servicios Públicos.	56
2. La Prestación de los Servicios Públicos por Empresas Privadas.	61
3. Servicios Públicos Objeto del Contencioso Administrativo.	66
4. Responsabilidad Prestacional de la Administración y Sistema de Accionabilidad como Consecuencia de la Prestación de Servicios Públicos.	72

<b>III DERECHOS DE LOS USUARIOS FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS</b>	<b>78</b>
1. Naturaleza de la Relación Jurídica entre el Prestador del Servicio Público y el Usuario.	83
2. Efectos de la Relación Jurídica entre los Prestadores de los Servicios Públicos y los Usuarios.	87
3. Derechos y Obligaciones de los Usuarios de los Servicios Públicos.	90
4. Situación de los Usuarios de los Servicios Públicos en Venezuela.	93
5. La Constitución y los Derechos de los Administrados frente a la Prestación de los Servicios Públicos.	95
<b>IV CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA</b>	<b>105</b>
1. Vías Aplicables para la Resolución de Conflictos en Materia de Servicios Públicos.	105
2. El Contencioso Administrativo Venezolano.	113
3. El Contencioso de los Servicios Públicos en la Constitución de 1999.	122
4. Derecho Comparado en Resolución de Conflictos Generados por la Prestación de los Servicios Públicos.	145
5. Necesidad de la Creación de un Contencioso de los Servicios Públicos en Venezuela.	150
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>154</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>158</b>

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ÁNDRES BELLO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA**

Autor: Abg. Ileana Porteles Meza.  
Asesor: Abg. Jackson Pérez Montaner.  
Fecha: Febrero de 2006.

**RESUMEN**

El Estado venezolano debe velar por la adecuada prestación de los servicios públicos, además de que su misión como Estado Juez es la de resolver los conflictos, utilizando medios idóneos para que los derechos de los usuarios puedan ser llevados ante los tribunales y hacerse exigibles. Esta investigación analizó la posibilidad de desarrollo del Contencioso de los Servicios Públicos en Venezuela, tomando como base las distintas posiciones de autores que han estudiado el tema, las diversas fuentes bibliográficas y legales, así como la jurisprudencia de nuestros Tribunales al respecto. La investigación es de tipo monográfica y descriptiva, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual con apoyo en una amplia revisión bibliográfica. En el trabajo se utilizó la técnica de análisis de contenido cualitativo, analizándose el universo del proyecto a través de las unidades de análisis, llegando a las conclusiones del tema. Se apoyó en el instrumento denominado matriz de análisis de contenido, según la cual se demostró la viabilidad de la tesis de la creación de un Contencioso de los Servicios Públicos en Venezuela, como mecanismo tendente a evitar la violación del ordenamiento jurídico y la defensa de los derechos de los administrados. Los resultados que se obtuvieron de ésta investigación evidencian lo necesario que es establecer un Contencioso de los Servicios Públicos en nuestro país.

Descriptores: Servicio Público, Administración, Administrado, Contencioso Administrativo, Debido Proceso, Tutela Judicial Efectiva.

## INTRODUCCIÓN

El Estado ha tenido siempre a su cargo el cumplimiento de una serie de funciones, con el propósito principal de desarrollar de manera efectiva sus fines, aunque es necesario señalar que éstos siempre han sido variables en razón de la tendencia ideológica dominante en cada momento histórico, pero también ha sido clara la necesidad de que el Estado dentro de sus funciones tenga el empeño de lograr el bienestar común de la sociedad. Esas funciones ejercidas por el Estado es lo que se ha denominado actividad administrativa, y entre esas actividades encargadas inicialmente de modo exclusivo a la Administración, nos encontramos con la gestión de los servicios públicos.

La actividad prestacional de los servicios públicos por parte de la Administración Pública ha tenido a lo largo de los tiempos un lugar considerable dentro de la acción administrativa. En principio, se llegó a establecer como actividad esencial de la Administración el aseguramiento y funcionamiento de los servicios públicos, a tal punto que juristas de la talla de León Duguit se atrevieron a calificar al servicio público como “la piedra angular de toda la actividad de la Administración Pública”.

En ese mismo sentido se orientaron las opiniones de los estudiosos del Derecho Administrativo de la primera mitad del siglo XIX en Francia; así vemos como en la Escuela de Burdeos se desarrolló una tesis sobre la actividad de la Administración Pública, en la cual se establecía que la actividad de administrar consistía de manera exclusiva, en la gestión de los servicios públicos por parte de la Administración.

Posteriormente, como reacción a esa prestancia y extensión de la noción de servicio público comienza su crisis, que es referida a la orientación que pretendió hacer de ella la base fundamental de todo el Derecho Administrativo. La escuela crítica de la noción de servicio público limita su extensión, aunque mantiene su importancia como elemento o principio interpretativo. La escuela clásica se debilitó porque pretendía como institución lo que no era un concepto único y universal, al extenderle la importancia de lo que en realidad eran los servicios públicos, obviando que la Administración también cumple otras actividades dentro de un Estado.

La noción de servicio público si era realmente importante, aunque no en las extensiones que estableció la escuela clásica, y tal importancia tuvo su auge en vista de que después de considerar en crisis su noción, hoy en día se ha tratado de darle la importancia que merece. Se considera pues, que el Estado se encuentra en la obligación de prestar a los administrados una serie

de servicios públicos que adquieren su denominación en razón de la importancia que tienen para la colectividad. El servicio público siempre se ha ejercido en búsqueda de un fin de utilidad pública, persiguiendo satisfacer intereses o fines generales o colectivos.

La sociedad ha ido creando necesidades sin cuya satisfacción el hombre no puede vivir socialmente. Estas necesidades repercuten en el círculo vital del individuo, pues éste ya no puede satisfacer por si mismo los requerimientos de su condición de ser humano, sino que cada día se hace más dependiente de las personas que lo rodean y, en particular, de los servicios que necesita. Este hecho social no debe ser ignorado por el derecho.

Hoy día la noción de servicio público ha ganado terreno dentro del Derecho Administrativo y más aún dentro del Derecho Constitucional, porque la importancia que tienen para la sociedad los servicios públicos ha traído como consecuencia que sean tomados en cuenta incluso en el ámbito constitucional, pudiendo dárseles el carácter de derechos constitucionales por encontrarse plasmados en la Constitución.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, al incluir dentro de su texto la obligación que tiene el Estado de prestar los

servicios públicos y el derecho que tienen los administrados-usuarios de recibir esa prestación, le han dado movimiento y actualidad a la institución, trayendo como consecuencia que nos preguntemos si no será necesaria una revisión de lo que ha sido hasta ahora el Derecho de los Servicios Públicos.

Los derechos constitucionales son la predeterminación constitucional de la conducta del Estado. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establece como novedad en su artículo 259, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de los reclamos por la prestación de los servicios públicos, de esa manera pasan sin duda al ámbito del contencioso administrativo todas las pretensiones derivadas de los conflictos surgidos en razón de las prestaciones que son, cuantitativa y cualitativamente, las más importantes que la Administración otorga a los ciudadanos.

Es necesario desarrollar de manera efectiva este punto, el cual ha impuesto de manera imperativa una obligación al Estado de desarrollar de manera efectiva los servicios públicos, a la par de desarrollar también los medios para que los administrados tengan a su alcance la posibilidad de exigir esa obligación del Estado, y que además es considerada como un derecho fundamental que tiene todo administrado, quien puede exigir que sea efectivamente cumplida esa labor social.

En este propósito de lograr que nuestro ordenamiento jurídico nos proporcione las herramientas eficaces para obtener un buen desarrollo del derecho de los servicios públicos, se orientan los planteamientos formulados en este trabajo, en el cual se propone un modo en el que los administrados-usuarios consigan un apoyo verdadero, para que no sean nugatorias las necesidades colectivas que deben ser resueltas por medio de los servicios públicos, y que a través de ese medio sea garantizado ese derecho fundamental de obtener la prestación de dichos servicios.

Negarnos a esta realidad traería como consecuencia la existencia de derechos fundamentales sin su respectiva garantía, y la experiencia ha demostrado que nada se hace con un derecho si no se cuenta con una garantía de por medio para que pueda ser exigido.

La realización de este estudio constituye un medio para establecer la necesidad de que con base en el artículo 259 de la Constitución, se cree en Venezuela un Contencioso de los Servicios Públicos, en virtud de que éstos por su variedad, absoluta necesidad y generalmente imposibilidad de sustitución, no permiten al beneficiario una defensa efectiva contra las deficiencias que sus condiciones generan, tratando de que se ofrezca al usuario un medio rápido, poco oneroso y efectivo para lograr que los prestatarios de los mismos los compensen por esas deficiencias.

Metodológicamente, el presente trabajo se ubica en una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una análisis de los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, vistos con sentido crítico y temático, esto es, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales pueden contener, y a las consideraciones que hagan la doctrina y las diferentes leyes involucradas. La investigación se configura en analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica.

En tal sentido, y de acuerdo a los objetivos establecidos, el trabajo será un estudio monográfico a un nivel descriptivo.

Esta investigación está conformada por cuatro capítulos. El capítulo I está estructurado por una parte general en la cual se estudian los servicios públicos y como se encuentran regulados en Venezuela. En el capítulo II se plantea la responsabilidad que tiene el Estado frente a la prestación de los servicios públicos. En el capítulo III se desarrollan los derechos de los administrados-usuarios frente a la prestación de los servicios públicos. El Capítulo IV contiene un desarrollo de lo que es el contencioso de los servicios públicos en el sistema jurídico venezolano. Por último, se

presentan las conclusiones y recomendaciones sobre el tema del contencioso de los servicios públicos en Venezuela.

# CAPÍTULO I

## LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU REGULACIÓN EN VENEZUELA

### 1.- Origen del Servicio Público.

Para poder establecer el origen del servicio público debe saberse que desde un primer momento las necesidades y exigencias de la colectividad eran satisfechas por los propios medios ofrecidos por los particulares y el Estado se limitaba a una función meramente orientadora y de policía.

Dromi (1996, 530) señala que:

“El servicio público en el Estado Liberal del siglo XIX resultaba extraño a la concepción política y jurídica que regía, pues ella era ajena a los intereses colectivos de la sociedad. Por lo tanto, se dejó en manos de los particulares la satisfacción de esos intereses y necesidades”.

Con el surgimiento de nuevas tendencias y corrientes del pensamiento se propulsó la búsqueda de la fundamentación necesaria a fin de satisfacer las necesidades generales a través de fórmulas novedosas, dado que era plenamente verificado, que dejándolas al simple arbitrio y voluntad de los entes privados, no se garantizaba la plena y suficiente eficacia y continuidad del servicio.

Dromi (1996) considera que: “De economía liberal se pasa a economía social haciéndose progresiva y necesaria la intervención estatal, no sólo ya reglamentando la prestación de los servicios, sino asumiendo directamente su gestión y ejecución” (p. 530).

Puede notarse que las circunstancias obligaban la designación de un ente capaz de cubrir todas y cada una de tales necesidades, es por ello que el advenimiento de esas corrientes socialistas y prestacionales vieron en el Estado aquel ente capaz y suficiente de salvaguardar y mantener la satisfacción del interés general y a quien en forma comprobada, podía confiársele semejante tarea ante la insuficiencia y discontinuidad producida por la participación exclusiva de los particulares.

Según Silva (1969):

“La doctrina de la separación de los poderes trajo como consecuencia la distinción entre autoridades ejecutivas y judiciales que fue consagrada una vez en Francia en 1790, esta vino a conferir fuerza a la gestión propiamente administrativa y a permitir en realidad considerarla como gestión jurídica en lo fundamental. Es el predominio del Estado de Derecho por sobre el Estado Policial que marca una etapa de indiscutible progreso en la evolución del Derecho Público en general” (p. 21).

Fue a partir de dicha época que esta concepción jurídica fue adquiriendo día a día tal trascendencia que, esquematizada por la jurisprudencia y perfeccionada por la doctrina francesa, llegó prácticamente a constituirse no

sólo en piedra angular de todo el Derecho Administrativo Francés, sino que ha de influir de manera decisiva en las concepciones del Derecho Público Universal.

Corail (citado por Silva, 1969) expresa que:

“El nombre que se impone como gran teórico de doctrina del servicio público es el de León Duguit, para quien el Derecho Administrativo en integridad viene a ser el derecho relativo a los servicios públicos. Hasta llegó el destacado publicista a sostener que el Estado más que una potestad que manda, que una soberanía, no es sino un “conjunto de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes” y que alrededor de tal noción gravita todo el Derecho Público Moderno y la verdad es que esta concepción, que fue posteriormente completada por Gastón Jezé y precisada desde el ángulo jurídico, ha sido determinante en la enseñanza del derecho administrativo” (p. 21).

Esta posición fue cambiando con el transcurrir del tiempo y hoy se entiende claramente que la Administración Pública de un Estado tiene a su cargo muchas más funciones que la simple prestación de los servicios públicos y debido al surgimiento de nuevas necesidades de interés general, las mismas son desarrolladas por nuevos servicios públicos, y este hecho conlleva a que la gestión de los servicios públicos no se encuentre hoy sólo en manos de la Administración Pública, porque ya no se da vasto por sí sola, y por esta razón la gestión de los servicios públicos se ha ido convirtiendo poco a poco en una actividad desarrollada en conjunto por entes tanto públicos como privados.

A tal punto se ha llegado en la gestión de los servicios públicos, que hoy el tema se mueve hacia la tesis de la liberalización de los servicios públicos y hacia la prestación de estas actividades de interés general en un sistema de libertad económica para los particulares.

## **2.- Diferentes Acepciones del Servicio Público.**

La noción de servicio público aparece en el campo de Derecho Administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezca sus caracteres de una manera precisa. Esta noción ha sido moldeada y delimitada de forma constante, ello a la par del desarrollo mismo del Derecho Público.

Inicialmente, el servicio público fue definido desde su punto de vista orgánico, por medio de la cual el elemento preponderante es la titularidad de la actividad establecida como servicio público de manera exclusiva y reservada a alguna de las personas político-territoriales del Estado.

En este sentido, Duguit (citado por Mónaco, 2002) identificaba plenamente la noción del Estado con la noción de servicio público (p. 99).

Duguit (citado por Silva, 1969) establece que:

“El servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los gobernantes, por ser este indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser realizado completamente sino por la intervención de las fuerzas gubernamentales” (p. 31).

Se trata, como puede verse, de una concepción más bien sociológica, que ha sido precisada en el terreno de lo jurídico por Jezé (citado por Silva, 1969), quien expresa:

“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 los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico” (p.31).

Este criterio esencialmente orgánico ha sido duramente criticado por la doctrina y se ha dicho que peca, desde luego, por demasiada extensión. Se agrega que no siempre que el Estado crea un órgano estará gestando servicio público, puesto que bien puede ser que la actividad a que ese órgano se dedique no tenga porque perseguir como finalidad la satisfacción de un interés o cometido que importe a la colectividad.

Para Waline (citado por Silva, 1969):

“Habrá servicio público, sea que la actividad pública se cumpla por la Administración mediante uno de sus órganos, sea simplemente que la autoridad tome la iniciativa en orden a realizar tal actividad,

aún cuando ella sea cumplida por un particular, pero reservándose siempre aquella un control superior sobre su ejercicio, se trata de una noción eminentemente funcional” (p. 32).

Este último es el criterio funcional a que se recurre para definirlo, y en él se atiende no tanto a la calidad del órgano como a la actividad que se realiza. Será entonces servicio público una actividad que persiga un fin de interés general, bien que sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aún naturales. Parece ser ésta la concepción dominante en el Derecho Administrativo Contemporáneo y, además de Waline, es sustentada en igual o parecida forma por otros tratadistas franceses y en general por los publicistas italianos.

Zanobini (citado por Silva, 1969) para referirse a la Actividad Administrativa, indica que:

“Actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines y expresa que esa actividad se caracteriza por la concurrencia de dos elementos primordiales: su inmediatitud, que se traduce en la circunstancia de que el Estado concorra a satisfacer las necesidades de manera inmediata, y su practicidad, que es consecuencia del anterior y que viene, en el fondo, a constituir un elemento de tipo utilitario” (p. 33).

Se observa aquí como la concepción esencial radica en la actividad, tratándose del servicio público, si bien la remite al Estado, ya que habla de actividad de éste. Esta noción que da Zanobini es la que siguen en general

los tratadistas italianos y en ella se hace un distingo bien marcado entre servicio público y Administración Pública.

Pareja (1984) define al servicio público como la actividad del Estado, ejecutada directamente o por medio de concesionarios, encaminada a satisfacer las necesidades de interés general en forma regular y continua, mediante procedimientos de derecho público (p. 271).

De acuerdo con lo antes expuesto, hay distinguir entre servicios públicos propios y servicios para el público, llamados también impropios, que son los que por necesidad pública no corresponden exclusivamente al Estado, sino que son realizados también por empresas particulares o industriales, satisfaciendo necesidades generales bajo la supervisión del Estado.

La definición funcional del servicio público ha tenido también duras críticas por parte de la doctrina, pues se ha considerado que presenta graves fallas, por cuanto admite dentro de su ámbito actividades que muchas veces no constituyen ni siquiera prestaciones. Además, es criticada por cuanto justifica la intervención de la Administración en ciertas actividades por la calificación de los servicios públicos impropios, cuando ya la mencionada definición se encuentra totalmente superada, pues a través de la función de policía administrativa regulada por el legislador, la Administración puede

ejercer la función de supervisar, ordenar y dirigir ciertas actividades sin que sean calificadas como servicio público.

En Venezuela, ha sido acogida con mayor fuerza, por la doctrina, la jurisprudencia e incluso legislativamente, la definición orgánica del servicio público, constituyéndose como un concepto jurídico cuyo contenido y efectos se encuentran determinados. La creación de un derecho exclusivo a desarrollar una prestación dirigida a satisfacer determinadas necesidades colectivas consideradas de carácter esencial y cuya prestación podrá ser concedida a los particulares de manera discrecional por parte del Estado.

Sobre ese aspecto, ha establecido Mónaco (2002) lo siguiente:

“En tal sentido, agregaremos que la definición que hemos determinado no ha sufrido ninguna transformación en virtud de la *“despublificación”* de ciertas actividades que anteriormente habían sido calificadas como servicio público. En esos casos, como veremos, tales actividades simplemente han dejado de constituir un servicio público para pasar a ser actividades que, en virtud de su contenido económico, pueden ser realizadas libremente bajo la supervisión, control y dirección del Estado, sin que tal intervención limitada en el derecho a realizar la actividad implique que ésta sigue siendo un servicio público. En efecto, en tal situación, el Estado simplemente ejercerá las potestades de *“policía administrativa”* que la ley le otorgue y, en todo caso, según la intensidad con que dicho control actúe en virtud de los intereses generales que se encuentren en juego, podrán ser calificadas las mismas como una *“actividad de interés general”*. Más en la medida que tales actividades no sean categorizadas por la ley como servicio público, ello implicará que las mismas se encuentran dentro del ámbito del derecho constitucional a la

libertad económica de los particulares para ejercerla, dentro de los límites que la ley disponga” (p. 98).

Por su parte, Brewer (citado por Linares, 1996) define al servicio público de la siguiente manera:

“En el lenguaje político-administrativo, estos servicios públicos vendrían a constituir aquellas actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que se cumple en virtud de una obligación constitucional o legal” (p. 899).

Sobre este aspecto, el Profesor Hauriou expresa un concepto total, y elabora su definición basándose en los elementos que figuran en los anteriores conceptos, expresando que el servicio público es un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción del orden público y por una organización pública.

Por su parte, Brewer (2002) sobre la noción de servicio público indica lo siguiente:

“La noción de servicio público, a pesar de las sucesivas crisis que ha tenido en la historia del derecho administrativo, continúa siendo clave para nuestra disciplina. Creo, incluso, que su carácter escurridizo y multivalente, no puede impedir que podamos definir el concepto como referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”” (p. 23).

En este sentido, se puede observar claramente la evolución del concepto de servicio público, pero es necesario destacar que aún cuando la mencionada noción ha ido cambiando con el paso del tiempo, se ha mantenido inmutable la importancia que representa el servicio público para el desarrollo de la actividad del Estado y la importancia que reviste para el desarrollo del derecho administrativo.

### **3.- Evolución del Servicio Público en Venezuela.**

El impacto de la concepción del servicio público no ha sido siempre el mismo. Unas concepciones llegaron a identificar el campo del derecho administrativo con el del servicio público. Posteriormente, se fue restringiendo su extensión jurídica, y ahora nuevamente resurge por los factores que más adelante se estudiarán. Ello impone una visión evolutiva del dominio del cual se trata, el mismo se divide en tres etapas claramente diferenciadas.

Moreno (1995), señala que:

“La primera etapa de la evolución del servicio público la constituye el período clásico pregonado por la escuela del servicio público (León Duguit-Gastón Jezé), se expresa en la denominada ecuación “servicio público igual derecho público”, y quiso significar que todo el derecho administrativo estaba ligado al régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos. En este período el servicio público fue la “piedra angular del derecho

administrativo". Se suponía que estos debían prestarse por el estado, dentro de un régimen de derecho público y en consecuencia los conflictos derivados de esas prestaciones debían ser conocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Jezé, llegó incluso a definir al derecho administrativo como el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos" (p. 269).

No obstante, la figura del servicio público no resultó excluida de los distintos procesos evolutivos, así, fue común observar en la doctrina la utilización del calificativo "crisis", para tratar de denominar lo que en realidad debe considerarse como evolución de la noción de Servicio Público. Dicha pretendida "crisis" o "quiebra" constituye en realidad la alteración de los criterios clásicos con que se venían manejando la noción que nos ocupa.

Moreno (1995) establece que "el período de crisis se da porque la noción clásica del derecho administrativo, se fue quebrando básicamente por la prestación de aquel por parte de los particulares y no sólo por el Estado, y la consiguiente sujeción de algunos de ellos al derecho privado" (p. 269).

Perdomo (citado por Moreno, 1995) resume acertadamente este período al sostener que "es una noción en crisis que no tiene actualmente el significado ni la importancia jurídica que la distinguieron en otra época: no indica un régimen jurídico unitario, ni menos necesariamente de derecho público" (p. 269).

La consecución de actividades que antes eran indispensables en titularidad del Estado, en donde el mismo actúa en base al ordenamiento jurídico privado, y el hecho de que los particulares día a día se interesen más por participar en la prestación de actividades que satisfacen necesidades generales, ha sido lo que ha venido a sustentar en gran forma dicha pretendida "crisis"; pues el fin que persigue el servicio será siempre un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme a los requerimientos de cada momento histórico.

En el ámbito nacional se ha dado una evolución en cuanto a servicios públicos se refiere. Venezuela en los últimos cincuenta años ha obtenido muchos logros en esta materia. La acelerada urbanización del país obedece en parte al hecho de que los servicios disponibles en las ciudades sobrepasaron con creces las condiciones relativamente primitivas de las áreas rurales del país. Todo ello condujo a que se reglamentaran estas situaciones de hecho y así poder establecerse un orden en la población, el cual indiscutiblemente se deriva principalmente de la Constitución del Estado.

Araujo (1999) establece que:

“En efecto, hoy día no es posible estudiar una institución cualquiera sin tener en cuenta la Constitución, y sobre todo en orden al conjunto de principios y valores superiores que consagra en relación con los derechos y garantías fundamentales. En tal sentido, la evolución del ordenamiento jurídico impone hoy día

buscar las fuentes del Derecho administrativo en las normas y principios constitucionales” (p. 11).

En este orden de ideas, se establece en la Constitución de 1858 (artículo 64, ordinales 5º, 16º y 17º) que se le otorgó al Congreso la atribución de dictar leyes que organizaran los servicios de postas y correos nacionales, promovieran la educación popular, así como también la de contratos que desarrollan la navegación y canalización de los ríos, la apertura de caminos y otras obras que se consideraran de utilidad nacional.

En la Constitución de 1901 (artículo 54, ordinales 23º, 24º y 31º) se le concedió a ese mismo órgano la competencia para legislar sobre las materias de jubilaciones, pensiones, correos y telégrafos nacionales, registro público, organización de las penitenciarías y lazaretos, epidemias y epizootias.

Tres años más tarde, en el texto constitucional de 1904, haciendo uso de los reglamentos independientes, y por razones evidentemente políticas, se incorporó un nuevo artículo, mediante el cual se le otorgó al Presidente de la República la potestad de decretar todo lo relativo a la sanidad, lo que fue un preámbulo de lo que establecería la Constitución de 1925 (artículo 100, ordinales 15º y 10º) la cual repitió y amplió la figura de los reglamentos independientes, no sólo en materia de sanidad, sino también de correos,

teléfonos públicos o particulares; y le concedió además, al Presidente de la República lo que hoy constituye una excepción a la regla del acto de publicado, al permitirle la creación de servicios públicos, otorgándole la atribución de decretar en Consejo de Ministros la creación y dotación de los nuevos servicios públicos necesarios, en receso de las Cámaras, criterio éste que será retomado por la Constitución de 1953.

La Constitución de 1961 desarrolla la materia en su artículo 136, en el cual al establecer las competencias del Poder Nacional, hace referencia - además de la regulación de algunas de ellas dentro del Capítulo IV "Derechos Sociales"- a materias que se corresponden con actividades que son consideradas como servicio público.

Establece en tal sentido dicho artículo, que es de la competencia del Poder Nacional: las directivas y bases de la educación nacional; la dirección técnica, el establecimiento de normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de la salud pública, lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias; el correo y las telecomunicaciones; la administración de justicia, creación y organización de los tribunales; la legislación de seguridad y asistencia social, el registro público, la sanidad animal y vegetal.

Prevé además la Constitución de 1961, la posibilidad de que el Estado se reserve la explotación de determinados servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, situación ésta en la cual de decidir posteriormente no prestarlos directamente, hará uso de la técnica de las concesiones administrativas para la gestión indirecta de los servicios previamente reservados.

Sobre este aspecto, Rodríguez (1999) establece que:

“Esta intención del constituyente, mediante la cual concibe al Estado como un Estado prestador de servicios, había sido expresada previamente por la jurisprudencia, la cual al parecer ha tratado de buscar en sus decisiones, una conexión entre la satisfacción del interés general, los fines del Estado y el régimen económico al cual éste se acoge en relación con la libertad de industria y comercio consagrada por la Constitución. Ya para 1940, la Corte Federal y de Casación en sentencia del 16/12/40, sostuvo que, "la intervención del Estado en la Educación no implica la existencia de un monopolio. Una cosa es arrogarse el derecho exclusivo sobre la enseñanza y otra cosa es intervenir en ella para regularla, estableciendo los requisitos indispensables, iguales para todos sin distinción de personas ni de grupos, pues el mismo Estado queda sometido a ellos". Podríamos afirmar, que el sentido de esta decisión fue el de reconocer la existencia de actividades ejercidas por el Estado de forma exclusiva mas no excluyente, permitiendo la participación del sector privado, previo el establecimiento de mecanismos de regulación de la actividad” (p. 48).

Por su parte, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 en decisión del 30/7/63, el Máximo Tribunal en Sala Político Administrativa, quizás por el auge y penetración de la doctrina extranjera, se pronunció acogiendo en

cierta forma el criterio orgánico, al cual se hace referencia en el punto que se desarrolla seguidamente, para definir al servicio público como "aquella actividad administrativa destinada a dar satisfacción a las necesidades de interés general, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público, y los empleados del órgano administrativo que lo prestan son funcionarios públicos".

Con relación a las consideraciones anteriores, Rodríguez (1999) señala:

“Cabe observar, que además del criterio orgánico acogido en la decisión señalada supra, la doctrina jurisprudencial también previó la posibilidad de la prestación de la actividad de servicio público por parte de los particulares, al expresar, en Sentencia del 5/10/70 lo que denominó un sistema mixto en la prestación del servicio público, al decir que: "el régimen económico del Estado es el propio de una economía mixta, en el cual la actividad productiva la comparten los sectores públicos y privados, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado se responsabilice directamente o por medio de un órgano controlado por él, entre otros motivos por razones de conveniencia nacional según dice el constituyente" (p. 49).

En la actualidad, la Constitución de 1999 consagra un tratamiento especial sobre la creación, prestación, disfrute y protección de los servicios públicos, para lo cual no se limitó simplemente a establecer un fuero especial para dirimir conflictos o querellas al respecto (confiado a la jurisdicción contencioso administrativa, artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también, distribuyó su prestación en las

diversas personas político territoriales (artículos 84, 86, 102, 103, 108, 156 numeral 29, 164 numeral 8, 178 y 196 numeral 6), como a su vez el otorgamiento de una legitimación activa especial (mas no exclusiva como excluyente) en titularidad de la Defensoría del Pueblo (artículo 281).

Por su parte, es necesario establecer que actualmente existe en materia de los servicios públicos un proceso de liberalización de los servicios públicos, que consiste en la adaptación de tales prestaciones a las realidades socio-económicas, caracterizándose por un sistema abierto, en el cual existe libertad de empresa, con obligaciones o cargas de servicio público y en un régimen de competencia abierta, similar a cualquier otra actividad comercial o industrial.

Se fomenta de este modo, la iniciativa privada y la libre competencia en actividades en las que originalmente estaba excluida, despublicando la actividad y aplicando técnicas novedosas de regulación, destinadas y orientadas a la protección del interés público subyacente en tales actividades.

En este sentido, López (citado por Badell, 2002) expresa:

“Ciertamente, la incapacidad de la Administración para satisfacer las necesidades colectivas, demostró que el viejo concepto de servicio público había quedado desfasado y, en consecuencia,

debía abrir paso a una nueva concepción, capaz de enfrentar las exigencias que la sociedad contemporánea demanda. De allí que la concepción clásica del servicio público elaborada en Francia - López Pellicer- ha experimentado una sustancial transformación, que tiene por causa la liberalización y despublificación de las actividades que hasta hace poco habían sido asumidas como propias de la Administración Pública” (p. 117).

En Venezuela, aún cuando no se ha mantenido aislada de los procesos liberalizadores de los servicios públicos, ha adoptado las ideas pero con ciertos matices propios. El sistema venezolano no se ha caracterizado por una política de liberalización de los servicios públicos, al punto que se puede considerar que el modelo de Estado establecido en la Constitución de 1999 es intervencionista, pero no sólo como un ente regulador y fiscalizador de las actividades económicas de los particulares, sino más bien como un gestor de tales actividades, lo que es incompatible totalmente con el proceso liberalizador.

Sobre este tema, ha expresado Badell (2002) lo siguiente:

“No obstante, a pesar del modelo socio-económico intervencionista del Estado venezolano consagrado en la Constitución de 1999, el legislador, consciente de la necesidad de adaptar el modelo tradicional de servicio público a la nueva realidad socio-económica imperante, que ha evidenciado que el Estado no ha sido competente para gestionar los servicios públicos, ha dictado una serie de instrumentos normativos tendientes a la liberalización de distintos sectores de la economía. Así, fueron promulgadas distintas leyes que liberalizaron las actividades de telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos gaseosos, a los fines de promover la iniciativa privada en estos sectores, haciéndolos más competitivos y procurando que los

usuarios se beneficiaran de servicios públicos de calidad. Ciertamente, puede asegurarse que se está produciendo en Venezuela un proceso de revisión de la intervención administrativa en la economía, tal vez no en sus planteamientos originales, sino más bien en sus consecuencias prácticas. Efectivamente, la promulgación de diversas leyes cuyo objeto es la liberalización económica, pone de manifiesto esta intención” (p. 122).

En vista de los anteriores planteamientos, se puede observar la evolución que ha tenido el tema de los servicios públicos en Venezuela, llegando en la actualidad a la existencia de servicios públicos sometidos a la libertad económica y a la libre competencia y, además, a la calificación por parte del legislador de ciertas actividades como servicios públicos sin establecer su reserva al Estado, lo que conlleva a servicios públicos prestados en régimen de libre competencia.

#### **4.- Creación de los Servicios Públicos.**

Si se toma en cuenta la expresión servicio público en un sentido material, es decir la actividad encaminada a la satisfacción de necesidades públicas, crearlo significa que el Estado o una de sus entidades toma para sí la tarea de realizar un determinado servicio.

Tinoco (s.f.) establece que “el término servicio público puede entenderse en un sentido formal u orgánico, es decir, como un cuerpo de funcionarios o

agentes que desempeñen las actividades destinadas a la realización de un interés colectivo” (p. 142).

Han establecido la doctrina y la mayoría de las legislaciones, que desde un punto de vista material la iniciativa de creación de los servicios públicos debe ser hecha por el Poder Legislativo, debido a que en un Estado de Derecho el mismo es el único autorizado para limitar o restringir las libertades públicas, puesto que en el fondo la creación de un servicio público entraña limitar la actividad de los ciudadanos y de fijar que esa actividad se realiza por el Poder Público.

Tinoco (s.f.) considera que:

“La Constitución Nacional garantiza la libertad de comercio, la de trabajo, la de industria, e implícitamente la libertad de consumo. Pues bien, cuando una actividad que hasta aquel momento ha sido enteramente libre, se la convierte en servicio público y se la confía entonces a una entidad administrativa, se está realizando una restricción en la esfera de esas libertades. Colóquese o no el servicio bajo un régimen de monopolio, siempre habrá una restricción de las libertades individuales” (p. 143).

En este sentido, Linares (1996) señala que el acto que declara a una determinada actividad como servicio público, entraña de manera especial una limitación a la libertad privada. Por tal motivo, se ha establecido al respecto que sólo la ley podrá crear los servicios públicos, indicando lo siguiente:

“Solo la ley puede establecer servicios públicos. Es este uno de los corolarios de considerar a la declaratoria de servicio público como una limitación a la libertad privada. De acuerdo con el principio de legalidad de las cargas solo la ley, o los actos debidamente habilitados por ella, pueden gravar el patrimonio privado. En el caso de intensísima limitación que puede suponer la declaratoria de servicio público, solo la ley puede efectuarla” (p. 911).

Cuando se toma el concepto de servicio público en el sentido orgánico ya expresado, su creación en la actualidad corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, pues anteriormente la Constitución de 1961 establecía en su artículo 190, ordinal 11º, como atribución del Presidente de la República, previa autorización de la Comisión delegada, el decreto en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o suspensión de los existentes, competencia ésta que fue excluida totalmente en la Constitución de 1999, dejando dicha atribución de creación de los servicios públicos de manera exclusiva a la ley.

En nuestro sui generis Estado Federal los servicios públicos se dividen según la descentralización territorial establecida y de acuerdo a las respectivas competencias que se especifican en los tres niveles: nacionales, estatales y municipales; es decir, para poder establecer la competencia en relación a la creación de los mismos es necesario precisar cuales materias pertenecen a cada uno de estos Poderes Públicos.

Por lo que atañe a la competencia del Poder Nacional, el artículo 156 de la Constitución le otorga las siguientes competencias: los servicios de identificación (ordinal 5º); el régimen y organización del sistema de seguridad social (ordinal 22º); las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (ordinal 24º); el régimen de servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético (ordinal 28º); el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas (ordinal 29º).

Por lo que respecta al Poder Estatal, el artículo 164 de la Constitución al señalar las competencias exclusivas de los Estados, establece en su ordinal 6º “la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable”. En el ordinal 8º del mismo artículo 164 se le atribuye “la creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales”. Finalmente, el ordinal 10º alude a “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

En el artículo 165 de la Constitución hace alusión al proceso de descentralización y transferencia de los servicios y competencias gestionadas por los estados, siempre y cuando tales entes locales estén en

capacidad de prestarlos. Entre los ingresos de los Estados el artículo 167 de la Constitución, ordinal 2º, incluye a: “las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que le sean atribuidas”.

Con respecto al Poder Municipal, el artículo 178 de la Constitución indica como competencia genérica del Municipio: “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios,…” (omissis).

El mismo artículo 178 de la Constitución, indica las áreas donde se ejerce la competencia municipal dentro de las cuales enumera los siguientes servicios: el servicio de vivienda de interés social, turismo local, parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; nomenclatura y ornato público (ordinal 1º); vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros (ordinal 2º); espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales (ordinal 3º).

Continúa el artículo 178 estableciendo como competencia del Poder Municipal la protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil (ordinal 4º); salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas; servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal (ordinal 5º).

Así mismo, el mismo artículo 178 establece como de competencia municipal el servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios (ordinal 6º); justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable (ordinal 7º).

El artículo 179 del texto constitucional relativo a los ingresos de los Municipios señala entre ellos a los derivados de las tasas por el uso de sus servicios.

El artículo 184 de la Constitución faculta al legislador para crear mecanismos “abiertos y flexibles” para que los Estados y los Municipios descentralicen los servicios que gestionan mediante la transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados previa demostración de su capacidad para prestarlo.

Señala al respecto la norma citada, que la ley deberá promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

De esta manera podemos observar como la creación de los servicios públicos compete a la Constitución y a la ley en sentido estricto, en virtud de la limitación que se impone a los particulares en su derecho a la libertad económica al ser declarada una actividad como servicio público, lo que impide que dicha actividad sea prestada en un sistema de libertad económica y de competencia.

## **5.- Organización y Funcionamiento de los Servicios Públicos.**

La organización de un servicio público consiste en la ordenación del personal, de los medios y procedimientos necesarios a su funcionamiento normal. Si para “crear” un servicio público, dentro del sentido que se ha establecido, es necesaria absolutamente la ley que lo autoriza, no lo es tanto para “organizarlo”. Es cierto que corresponde a la ley fijar los recursos y señalar las remuneraciones y principales “competencias” o atribuciones de los encargados del servicio; pero no lo es menos que la ley reserva, a veces, al Presidente de la República la facultas de darle la organización adecuada, fijándola por la vía reglamentaria.

Según Varas (1940):

“En otros términos, el legislador puede siempre disponer todo lo relativo a la organización de un servicio público y sólo a él corresponde esta facultad, cuando con el servicio público se limitan los derechos garantizados por la Constitución, como la libertad personal, de comercio, etc.; o se imponen cargas tributarias o se ejercen derechos que sólo a la ley están reservados, como la expropiación. En los demás casos, el Presidente de la República, investido de la potestad reglamentaria, puede determinar lo necesario sobre las condiciones y organización interna de un servicio que ya ha sido creado y organizado en sus puntos esenciales por la ley” (p. 290).

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, el Presidente de la República puede organizar cuerpos colegiados y comisiones, meramente consultivas,

que no tengan otro objeto que ilustrar al Gobierno aportándole el estudio y la experiencia de los miembros que las integran. Estas designaciones, que no limitan ni lesionan ningún derecho de terceros, que no gravan el presupuesto de la Nación, pueden ser hechas por medio de la acción ejecutiva o reglamentaria del Presidente de la República.

La corresponde al régimen municipal no sólo “crear” un servicio público, dentro de las facultades concedidas por la ley, sino también “organizarlo”, fijando sus recursos, atribuciones y deberes. Esto no obstante, corresponde al Alcalde ejercer la inmediata superintendencia de todos los establecimientos, oficinas, servicios, empleados y obras municipales y dictar reglas y providencias para el gobierno interno y económico de aquellos.

Dentro del concepto de “organización” se comprende también, toda modificación o reorganización, si las necesidades públicas que el servicio atiende o satisfacen así lo exigieren. Es de la esencia del servicio público que éste sea modificable “en todo instante”, desde el momento que ningún interés particular puede anteponerse a la satisfacción de una necesidad colectiva; de aquí que, tratándose de esta clase de servicios, no pueda hablarse de “derechos adquiridos”, sobre todo de parte de los empleados que desempeñan cargos en el servicio público reorganizado.

Lo característico de un régimen jurídico de los agentes del servicio público, dice Jezé (citado por Varas, 1940):

“Estriba en la facultad que gozan las autoridades encargadas de organizar el servicio, de poder modificar “en todo instante”, a tenor de las exigencias sociales, las reglas de funcionamiento o aún de suprimir tal o cual pieza cuando se la estima inútil” (p.291).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el financiamiento para la implantación de los servicios públicos y el auto financiamiento para el mantenimiento y mejoramiento de los mismos. Las imposiciones de tasas como precio justo, la gratuidad de algunos servicios y la justificación y límites de los subsidios necesarios o convenientes, los problemas sobre si es conveniente o no la nacionalización o municipalización de determinados servicios.

Narváez (s.f.) establece:

“Los problemas inherentes a la contratación colectiva y las huelgas del personal en algunos servicios públicos. El contraste del régimen jurídico o situaciones de hecho o de pretendidos supuestos de derecho, o aún de estricto derecho según las controversias u opiniones que existen no sólo en Venezuela, sino en varios países, en especial Francia, Italia y España que aparecen prevalecer o influir precisamente dentro de nuestro Estado de Derecho” (p. 398).

Debe tomarse en cuenta que lo más importante en esos tópicos antes mencionados no es el enfoque jurídico, si no las complicaciones económicas que hacen negar la eficacia administrativa de determinados servicios

fundamentales, como por ejemplo, lo de carácter asistencial, transporte colectivo de pasajeros, aseo urbano, teléfono, entre otros.

En Venezuela, en materias de bases jurídicas de regulación de servicios públicos, los de carácter municipal, en términos generales se encuentran mejor fundamentados que los servicios públicos nacionales y estatales, que carecen de leyes que contemplen un sistema general como el que establecía la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal y establece la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, debido a que sólo existen regulaciones un tanto obsoletas establecidas en diferentes leyes especiales que regulan aisladamente servicios públicos nacionales, siendo la situación de los diferentes estados de tal grado de carencia que pudiera calificarse de insignificante.

Narváez (s.f.) establece:

“Que es de suma importancia la regulación jurídica en ordenanzas de cada servicio público municipal, porque además el régimen jurídico de las normas que deben ponerse en vigencia y que son indispensables dentro del Estado de Derecho, no puede desconocerse que dichas normas deben servir de primera base o base amplia a la planificación del servicio” (p. 401).

Cuando el servicio se regula adecuadamente desde el ángulo jurídico, mediante ordenanzas en las que se toma en cuenta las características del servicio que se vaya a regular y se ajusta a los superiores lineamientos

legales y se cumplen o cubren los aspectos políticos y administrativos de Derecho Administrativo, sólo faltaría como implementación necesaria y fundamental, la cabal organización, el funcionamiento normal, eficiente y positivo en rendimiento del servicio público.

## **6.- Características de los Servicios Públicos.**

Señala la doctrina así como la jurisprudencia un conjunto de características para el servicio público que establecen relación con la actividad que se realiza.

Según Silva (1969) “La continuidad es una característica de la esencia del servicio, y quiere decir que la actividad del mismo no puede interrumpirse o paralizarse, porque su función es pública y ha sido establecido en beneficio de toda la colectividad”.

La continuidad es un requisito esencial del servicio público, que el Estado con los medios coercitivos a su alcance está llamado a asegurar. Como no siempre la libre concurrencia puede lograr que las necesidades de carácter general sean satisfechas en forma continuada, donde quiera que pueda preverse que tal causa deje de darse, la legislación se cuida de establecer y asegurar esa continuidad. Así, por ejemplo, puede verse en la

legislación penal, como se castiga al que abandonó las funciones públicas produciendo con ello un daño a la Administración.

Silva (1969) señala como otra característica:

“La regularidad, como característica del servicio público dice relación con la sumisión de éste a reglas o normas positivas preestablecidas y con la exacta observancia por parte de sus agentes de todas esas reglas y normas, en forma que un servicio actuará regularmente cuando la función que cumple y la necesidad que satisface se ajusta rigurosamente a los preceptos legales y reglamentarios que lo han creado y estructurado” (p. 78).

Es decir, estriba en que la prestación se hará conforme a las reglas dictadas por la autoridad competente y que no admite interrupciones ejecutándose en concordancia a la aplicación de estas mismas normas.

Con relación a la característica de la regularidad, Araujo (2001, 29) señala que un servicio público, por la importancia vital que supone para la colectividad, debe ser prestado con regularidad; el Estado está particularmente interesado en garantizar el cumplimiento de esta exigencia.

Meza (1959) establece la uniformidad como otra característica de los servicios públicos y la define “como la igualdad en el trato de los usuarios, debiendo ser prestados los mismos a toda persona que lo solicite sin distinciones de ninguna especie, conforme al orden de las solicitudes” (p. 31).

Cuando el servicio se deja en manos de los particulares, puede ser que estos no lo desarrollen más que en aquellos lugares donde le rinda mayores utilidades, movidos por el espíritu de lucro, como se observa generalmente en la prestación privada de ciertos servicios. Por el contrario, cuando el Estado organiza o establece un servicio, como no debe hacerlo por espíritu de lucro si no para satisfacer determinadas necesidades, llevará su acción a todos los confines del territorio nacional de una manera uniforme, independientemente del costo de su prestación.

Para Silva (1969) “El servicio público es obligatorio en el sentido de que la prestación debe necesariamente cumplirse sin que pueda la autoridad beneficiar con ella a alguno y negarla para otros” (p. 78).

Esta obligatoriedad viene del carácter del servicio público. Una vez que el solicitante ha satisfecho los requisitos necesarios, no se le puede negar la prestación del servicio.

Según Tinoco (s.f.):

“El servicio público se presta en beneficio del público y para la satisfacción de los intereses generales; el beneficio que de ellos deriva repercute sobre el conjunto de los habitantes de un país y considerados igualmente con sus intereses comunes. Las empresas privadas podrían organizar estos mismos servicios pero los crearían solamente allí donde el servicio seguramente hubiera de funcionar con pérdida. No afectan, pues, estos servicios a

intereses individuales sino a los grandes intereses representados por los habitantes de un municipio, de una provincia, de una región, de toda la nación” (p. 141).

Silva, (1969):

“El servicio público también es permanente, en la medida en que subsistan las necesidades públicas para satisfacer aquellas para las cuales fue creado. Si la necesidad pública desaparece o deja de serlo el servicio debe automáticamente suprimirse porque no existirá ya el fundamento racional y social de su existencia” (p. 78).

Por último, puede establecerse que además de las características antes explicadas debe existir una subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, algunas de las cuales comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del derecho privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación.

Tinoco (s.f.) establece al respecto:

“El servicio público depende de un organismo público, o en último término controlado por éste, lo que significa que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada por una empresa privada, pero bajo el control de la administración y bajo un régimen jurídico especial.

Los elementos característicos de los servicios públicos desde el punto de vista de los medios materiales son:

a) Una circunscripción territorial cuya extensión es indiferente.

- b) Una población homogénea o no, la cual, total o parcialmente, disfruta del servicio.
- c) Personal: funcionarios y empleados.
- d) Material: edificios, muebles, productos, etc. En algunos servicios, como en el ejército, este elemento es muy importante; en otros, como los tribunales de justicia, no; pero siempre es necesario.
- e) Recursos económicos que se obtienen o de las mismas personas que disfrutan del servicio, tasas; o de los generales de los presupuestos: contribuciones, impuestos” (p. 141).

## **7.- Clasificación de los Servicios Públicos.**

No existe un criterio uniforme de clasificación jurídica. Distintas causales motivan la diferenciación de los servicios públicos, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes:

### **7.1.- Clasificación de los Servicios Públicos por razón de su importancia.**

De acuerdo con este criterio, los servicios públicos se clasifican en esenciales y secundarios. Los servicios esenciales serían los que el Estado realiza para el cumplimiento de los fines atinentes a su propia existencia, y por consiguiente, imprescindible. Desde este punto de vista, se consideran esenciales los servicios de policía, de seguridad, de defensa exterior, de instrucción primaria, de hacienda pública. Los servicios secundarios o

facultativos, serían aquellos que responden a fines accesorios, que no se consideran imprescindibles para la existencia del Estado.

Según Villegas (1951):

“Esta distinción debe ser criticada. La demarcación entre los servicios esenciales y los servicios secundarios es imprecisa. La importancia de un servicio público no es un criterio cierto de distinción. Por cuanto existen servicios clasificados como secundarios que una vez incorporados a las necesidades de la colectividad se transforman en esenciales, como acontece con los de transporte, los de agua, los de iluminación. Por otra parte, el carácter de esencial corresponde a la función del Estado, no al servicio que éste realiza o controla” (p. 138).

## **7.2.- Clasificación de los Servicios Públicos por el carácter de la prestación.**

Los servicios públicos se clasifican en obligatorios o potestativos, según que su prestación le sea impuesta a la Administración Pública por una disposición o que la creación y mantenimiento de los mismos dependa de la iniciativa de los propios organismos que lo sostienen.

Esta distinción, afirma Hauriou (citado por Villegas, 1951), “es aplicable al Estado, porque éste no puede ser obligado jurídicamente a organizar un servicio y si una Ley lo prescribiera sería para aquel caso de directiva discrecional” (p. 139).

### **7.3.- Clasificación de los Servicios Públicos por razón de su utilización.**

La utilización del servicio público da lugar a esta clasificación que se relaciona directamente con los usuarios. Comprende dos categorías: la de los servicios de utilización necesaria, los cuales adquieren esa condición jurídica en virtud de la Ley, que tienen en cuenta motivos superiores de interés político-social, como acontece con los servicios de previsión social o con los servicios sanitarios; y la de los servicios de utilización facultativa que pueden o no ser utilizados por el público, como son los servicios públicos de transporte de pasajeros.

Al respecto, Villegas (1951) señala:

“Es de señalar que un servicio público puede ser obligatorio para el Estado y de uso facultativo para el usuario, como ocurre con el servicio público de la enseñanza universitaria. Inversamente, puede un servicio público ser voluntario del Estado y ser necesario para el público, como es el servicio de vacunación” (p. 141).

### **7.4.- Clasificación de los Servicios Públicos por razón de su competencia económica.**

La observación de los servicios públicos demuestra que existen necesidades colectivas que aquellos satisfacen con exclusión de los

particulares, como sucede con los servicios de policía, defensa nacional, etc. En estos supuestos, el servicio público está monopolizado. Existen además necesidades colectivas que son satisfechas concurrentemente por el Estado y los particulares, como acontece con los servicios de iluminación, enseñanza, asistencia social, etc. La competencia en la prestación del servicio público origina su clasificación en dos categorías: servicios públicos exclusivos y servicios públicos concurrentes.

Al respecto, indica Linares (1996):

“Sin embargo, la misma doctrina ha clasificado a los servicios públicos en tres categorías, de acuerdo con la intensidad de la correspondiente intervención: servicios públicos exclusivos y excluyentes, como sería el caso de una reserva absoluta; servicios públicos exclusivos pero concedibles y servicios públicos concurrentes” (p. 901).

Con relación a la mencionada clasificación, en el primero de los casos, es decir, en los servicios exclusivos y excluyentes, el acto declaratorio del servicio conlleva a la extinción total y absoluta de la libertad privada en el sector respectivo. En las otras dos categorías también existen limitaciones, pues en la segunda categoría la actividad particular también está totalmente prohibida y sólo mediante concesión podrá el particular ingresar al sector. En el caso de los servicios públicos concurrentes, los particulares pueden intervenir más ampliamente, pero sometidos siempre a una autorización del ente competente para poder desarrollar la actividad.

### **7.5.- Clasificación de los Servicios Públicos por razón de las personas que lo prestan:**

Este criterio tiene en cuenta el sujeto de servicio. Servicios públicos administrados directamente por el Estado: corresponde esta clase de servicios a la denominada centralización administrativa que implica la concentración de facultades en el órgano ejecutivo supremo, y está íntimamente vinculada a la centralización política.

Servicios públicos administrados por personas jurídicas de Derecho Público: corresponde esta clase de servicios a la descentralización administrativa autárquica en su forma institucional, conocida en la doctrina con el nombre de descentralización por servicios, y en el derecho francés establecimiento públicos.

Servicios públicos a cargo de concesionarios: el sujeto en esta clase de servicios es una persona de derecho privado. La concesión implica un modo de gestión indirecta.

Villegas (1951) establece que “No obstante esta distinción en la cualidad jurídica del sujeto, el servicio público concedido continúa en todo momento

siendo servicio público. Su naturaleza jurídica permanece inmutable por la delegación del concedente” (p. 143).

#### **7.6.- Clasificación de los Servicios Públicos con relación a las actividades administrativas de las cuales depende:**

Los servicios públicos se clasifican, con relación a las actividades administrativas de las cuales dependen, en nacionales, estatales, municipales y mixtos.

Los servicios públicos nacionales son aquellos atribuidos a la competencia del Poder Nacional, tales como la acuñación de la moneda, el control de las actividades bancarias, la inspección y la vigilancia de las empresas de seguros, el registro de la propiedad industrial, el registro público o de la propiedad inmobiliaria.

Conforme a lo dispuesto en el derogado artículo 137 de la Constitución de 1961, el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los votos de cada Cámara, dictó la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público en fecha 28 de diciembre de 1989, en la cual se transfiere a los Estados, los servicios de conservación de carreteras,

puentes y autopistas en su territorio, y de administración y tratamiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

Servicios públicos municipales son aquellos que dependen de las autoridades municipales, tales como el urbanismo, el transporte colectivo urbano, alumbrado, acueductos, mercados, mataderos, aseo urbano, y los demás que guarden relación con la vida local.

Los servicios públicos mixtos o concurrentes son los que a un tiempo pueden ser atendidos por las autoridades nacionales, de los estados y municipales, como los de sanidad, educación y asistencia social.

#### **7.7.- Clasificación de los Servicios Públicos por el carácter de la necesidad:**

La necesidad colectiva objeto del servicio público puede presentar distintos caracteres. En algunos supuestos esa necesidad reviste el carácter de permanente, en otros de accidental, existiendo además otros casos en que la necesidad es intermitente. Estos distintos caracteres dan origen a la clasificación de los servicios públicos en permanentes, accidentales e intermitentes. La continuidad es una condición de los servicios públicos permanentes; la regularidad es condición de unos y de otros.

Los servicios permanentes, como por ejemplo los de electricidad, de transporte ferroviario, de policía, de defensa nacional, etc., deben funcionar de una manera continua, esto es, sin interrupciones. Al estudiar los caracteres jurídicos de los servicios públicos se aseveró que la continuidad debía ser entendida en función de la necesidad colectiva, no en abstracto. Esta clase de servicios presentan necesariamente el carácter de continuos, carácter que asume una importancia capital, lo que obliga al Poder Público a asegurar su continuidad por todos los medios jurídicos que sean indispensables, llegando en ciertos casos extremos hasta a la militarización del servicio.

Los servicios públicos accidentales dependen de circunstancias más o menos previsibles; son denominados también contingentes. En estos la continuidad no funciona, se organizan en determinados casos, como por ejemplo en supuestos de epidemias, de terremotos o de siniestros que afecten gravemente el orden público. También pueden organizarse en momentos de graves crisis económicas, o de huelgas revolucionarias o de declaración de guerra, con el fin de asegurar no solamente el orden público perturbado, sino también, en la primera hipótesis, evitar la disminución o paralización de la producción.

Villegas (1951) establece que:

“Los servicios intermitentes no funcionan permanentemente; su organización es previa a sus funciones, pero su ejercicio está, puede decirse, en potencia. Producido el evento para el cual han sido creados y organizados, esto es aparecida la necesidad, el servicio funciona. Son ejemplos característicos de esta clase el servicio contra incendios y el servicio de defensa agrícola” (p. 150).

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, se puede observar como la doctrina ha realizado una seria de clasificaciones de los servicios públicos, en las cuales toma en cuenta diversos criterios de clasificación.

## **CAPÍTULO II**

### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

El Estado Social de Derecho, caracterizado fundamentalmente por su carácter intervencionista tiene como fin principal perseguir el logro del bienestar social. Las funciones sociales que le han sido encargadas le crean la obligación de cumplirlas a cabalidad y le otorgan un alto grado de responsabilidad con respecto al cumplimiento de esas funciones sociales.

En este sentido, expone Soto (1999, 399), que el Estado se obliga frente al particular a la satisfacción de sus necesidades más elementales, se obliga mediando ese vínculo prestacional, cuyo incumplimiento comporta la responsabilidad.

Sobre esas consideraciones, se encuentra la realidad del Estado venezolano que tiene hoy día una serie de funciones de contenido social que cumplir de manera obligatoria. Entre esas funciones nos encontramos con la prestación de los servicios públicos que constituyen una serie de necesidades que deben satisfacerse para el logro del bienestar social.

Esa obligación que tiene el Estado de cumplir con los servicios públicos le viene otorgada desde la misma Constitución donde podemos encontrar una serie de actividades que debe cumplir el Estado para el logro de sus fines, y que constituyen a su vez derechos fundamentales con respecto a los administrados.

La relación existente entre la responsabilidad del Estado de cumplir con los servicios públicos y el derecho de los administrados de gozar de una efectiva prestación de los mismos, proviene de la realidad de que todo derecho tiene como contrapartida un deber de la parte contraria, y en el caso en particular, el Estado tiene una obligación de hacer y los particulares un derecho de recibir.

La Constitución establece una serie de actividades catalogadas como servicios públicos que deben ser satisfechas por la Administración Pública, bien sea directamente o de manera indirecta, pero que se constituyen como una obligación para el Estado. Entre esas actividades podemos mencionar los servicios de salud, vivienda, educación, seguridad social, comunicación social, servicios públicos domiciliarios como agua, gas, electricidad, y todos aquellos que sin estar necesariamente mencionados en la Constitución forman parte de la categoría de los servicios públicos.

Inicialmente entendíamos que la función de los servicios públicos sólo podía ser ejercida por el Estado, pero la realidad, el amplio crecimiento de las necesidades sociales y el crecimiento de las actividades de la Administración, han traído como consecuencia el surgimiento de un amplio número de entes que se encargan de coadyuvar al Estado en el cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, ha expresado Hernández-Mendible (2002) al respecto, lo siguiente:

“La aspiración del Estado Social de Derecho no debe ser perpetuar el máximo protagonismo prestacional y asistencial de los Poderes Públicos, sino tratar de conseguir que sea la propia sociedad, quien libremente genere las fórmulas eficaces para resolver todas sus necesidades, pudiéndose retirar el mero desempeño de las funciones esenciales, que sólo el Poder Público puede ejercer adecuadamente.

Ello marca la transformación del Estado benefactor en Estado regulador, el cual se replantea la misión que tiene encomendada y comienza a realizar las liberalizaciones, las privatizaciones, las neorregulaciones, lo que da paso al nuevo rol que va a desempeñar el Estado, para asegurar el bienestar social generalizado, sin mantener un excesivo protagonismo en la actividad económica” (p. 220).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es necesario establecer que el Estado dentro de su obligación de cumplir con la gestión de los realmente llamados servicios públicos, tiene a su vez la necesidad de cumplir con una serie de características para que se consideren efectivamente satisfechos estos derechos.

La regla fundamental en la gestión de los servicios públicos es que los mismos sean cumplidos con continuidad y confiabilidad, el servicio público debe ser prestado de manera regular y atendiendo a determinados parámetros que otorguen un alto grado de confianza en los usuarios del servicio.

Otra de las características es la igualdad, equidad y solidaridad en la gestión de los servicios públicos. El Estado debe dar un trato igual a los usuarios y también a los aspirantes a obtener una concesión para prestar un servicio público. Además que la actividad, al estar a la orden de la satisfacción del interés social, debe tomar en cuenta las ideas de equidad y solidaridad, para verdaderamente lograr un nivel de igualdad entre todos los usuarios.

Por otra parte, la gestión debe ser de calidad, trayendo como consecuencia una efectiva y eficaz satisfacción de los intereses de la sociedad, y debe otorgar la mayor seguridad en su gestión para evitar cualquier accidente producto de la gestión del servicio. En ese sentido, establece el artículo 117 de la Constitución que “Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad...”, estableciendo de este modo el derecho de que esos servicios le sean efectivamente satisfechos, y a su vez, se establece una obligación del ente gestor del servicio de prestarlo

de acuerdo a unos parámetros de calidad, efectividad y eficacia, para que la función que les ha sido impuesta cumpla con los cometidos trazados.

Como otra nota característica de la prestación de los servicios públicos nos encontramos con la eficiencia económica, que consiste en la reducción de los costos por medio del uso racional de los servicios públicos, con la finalidad de obtener la mayor calidad al menor precio. Esta característica de la eficiencia económica se encuentra igualmente dirigida a los entes públicos o privados que también prestan servicios públicos, y se logra esa eficiencia económica por medio del establecimiento de las tarifas a las que se encuentran sujetas para evitar el cobro exagerado por los servicios públicos. Las tarifas le permiten obtener una ganancia justa por el servicio que prestan, tomando en cuenta el riesgo del mismo.

Hechas las consideraciones anteriores, es necesario establecer que la Administración se encuentra obligada a cumplir una serie de deberes frente a los administrados, y el cumplimiento deficiente o el incumplimiento por parte de la Administración tiene como consecuencia la responsabilidad por los daños que cause.

El tema de la responsabilidad de la Administración Pública por su actuación, ha sido fuertemente desarrollado en nuestro país. En ese sentido, Ortiz (1996, 821) establece al respecto:

“En efecto, primero es necesario decir que la responsabilidad administrativa es un principio general “inherente” a todo Estado de Derecho, incluyendo al Estado venezolano. No sin razón Hauriou consideraba a la responsabilidad administrativa como uno de los dos pilares fundamentales del derecho administrativo. Asimismo, W. Jellinek vio en la responsabilidad administrativa la última *ratio* del Estado de Derecho. También con acierto, García de Enterría ha dicho que se trata de una “conquista de primer orden”. En fin de cuentas, hoy parece indiscutible que un sistema “efectivo” de responsabilidad administrativa es un principio propio y necesario en un Estado de Derecho (significativa es también la -aplicable *mutatis mutandi* a Venezuela- doctrina de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, sentada en la famosa decisión de 19 de noviembre de 1991, *Francovich et Bonifaci* -aff. C-6/90 y C-9/90- que dispuso que la responsabilidad patrimonial de los Estados frente a sus nacionales es un principio general “inherente” y “particularmente indispensable” al sistema comunitario”.

Hoy no se discute que la Administración incurra en responsabilidad por su mal funcionamiento, todo lo contrario, se ha creado una teoría sobre la base de estos fundamentos para establecer la responsabilidad de la Administración. El problema radica en la obtención de la prueba de ese funcionamiento anormal, y más problema aún encontramos cuando logramos determinar la responsabilidad, pero nos encontramos con una infinidad de trabas para lograr la respectiva indemnización.

Por todo lo dicho anteriormente, es clara entonces la obligación de la Administración de cumplir con el buen desempeño de los servicios públicos, obligación ésta impuesta por la propia Constitución y que acarrea la responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento o de cumplimiento deficiente de esta función prestacional.

### **1.- El Estado como Principal Prestador de los Servicios Públicos.**

En la primera mitad del siglo pasado en Francia, se desarrolló una tesis sobre la actividad de la Administración Pública, donde se establecía, que la actividad de administrar consistía de manera exclusiva, en la gestión por parte de la Administración de los servicios públicos, a tal punto llegaba esa tesis que establecía como objeto formal del Derecho Administrativo la gestión de dichos servicios. Esta posición fue cambiando con el transcurrir del tiempo y hoy se entiende claramente que la Administración Pública de un Estado tiene a su cargo muchas más funciones que la simple prestación de los servicios públicos.

La Administración Pública del Estado tiene a su cargo la ejecución de una serie de funciones, con la finalidad principal de lograr el bienestar común en una sociedad determinada. Entre esas funciones encargadas de modo exclusivo a la Administración, nos encontramos con la gestión de los

servicios públicos, que constituye una actividad que en principio es esencialmente prestada por la Administración Pública.

Es necesario que el Poder Público asuma la responsabilidad de que la actividad calificada como servicio público, se mantenga en forma regular y continua. El Estado es quien asume la titularidad de dicha actividad, dicha titularidad comporta la intervención de una persona pública, y la asunción como tarea propia y específica del servicio en cuestión, incluso si ella no asegura la gestión cotidiana del mismo.

Si bien es cierto que la gestión de los servicios públicos es encomendada a la Administración Pública, esta encomienda no ha sido desarrollada sólo por dicho ente, porque la gran cantidad de servicios públicos que son necesarios desarrollar en una sociedad para satisfacer todas sus necesidades, ha hecho nugatoria la idea de que todos sean cubiertos por un solo ente. Para contrarrestar esa amplitud de servicios públicos, el Estado ha creado entes con la finalidad de llevar a cabo esta función, como por ejemplo las empresas públicas del Estado y los Institutos Autónomos. También las empresas de economía mixta y las empresas privadas han sido participes en esta gestión y se han dedicado a coadyuvar en esta función administrativa.

Es por ello que en la actualidad y como consecuencia del incrementado crecimiento de la sociedad, conjuntamente con las nuevas necesidades que ésta genera, es necesario que dichas necesidades sean desarrolladas por nuevos servicios públicos, y este hecho conlleva a que la gestión de los servicios públicos no se encuentre hoy sólo en manos de la Administración Pública, porque ya no se da vasto por sí sola, y por esta razón la gestión de los servicios públicos se ha ido convirtiendo poco a poco en una actividad desarrollada en conjunto por entes tanto públicos como privados.

Establece al respecto Dromi (1996):

“El servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función administrativa. El Estado es y debe ser, necesariamente, el principal gestor del bien común, pero no es el único” (p. 531).

Es por ello que se puede decir que la organización administrativa esta conformada por entes públicos estatales y no estatales pero sin distinción de sus ejecutantes, el obrar público tiene inexorablemente que estar regido en todo o en parte por el derecho público.

Es necesario tener presente que siempre la Administración tendrá la obligación de vigilar la gestión de esos órganos distintos a ella que prestan el servicio público.

Sobre ese aspecto, Vilorio (1986) establece:

“En virtud del carácter público de la empresa, existen ciertas, limitaciones, provenientes de las instancias centrales de gobierno, que restringen, en alguna medida, la libre disponibilidad de los recursos generados por las empresas. Estas limitaciones se relacionan fundamentalmente con la fijación de los precios y tarifas de los bienes y servicios producidos por las empresas públicas, por las disposiciones que en materia de la repartición de utilidades pueda establecer el Ejecutivo Nacional” (p. 77).

Es importante establecer que existen servicios públicos que sólo puede gestionar el Estado, "Hay situaciones que al Estado se le otorga exclusivamente la prestación de ciertos servicios públicos, reservada, excluyendo a los particulares del ámbito de las mismas. Esta reserva tiene por efecto fundamental establecer una limitación a la libertad económica de los individuos" (Brewer, A. 1995, 105).

Por su parte, aún cuando la actual Constitución de 1999 muestra un intervencionismo muy marcado por parte del Estado en el tema de los servicios públicos, en el cual el Estado se presenta no sólo como un ente regulador de la materia, sino como un ente prestador de los servicios públicos, no podemos ser indiferentes a la evolución legislativa que se ha

presentado posteriormente a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

En este sentido, podemos observar la inclusión de materias como las telecomunicaciones, el servicio de electricidad y el gas, al sistema de prestación en libertad económica y de apertura a la gestión por parte de los particulares, cuando anteriormente eran materias consideradas como servicios públicos propios. Este proceso de clasificación de estos servicios como de interés general, trae como consecuencia un cambio radical del paradigma que hasta ahora conocíamos en materia de la prestación de los servicios públicos, pues estas materias ahora son prestadas por los particulares, bajo un sistema de regulación por parte del Estado.

Sobre este aspecto, Hernández-Mendible (2002) establece:

“La regulación económica se caracteriza por el pragmatismo para alcanzar los fines perseguidos, para brindar soluciones a una situación específica, concreta. No se trata solo de garantizar el buen funcionamiento del mercado, sino de garantizar el equilibrio entre los agentes económicos y la protección de los derechos de los destinatarios de la actividad económica, los usuarios; así como el logro de los fines específicos de servicio público. En este caso se deberá actuar dictando normas especializadas, autorizaciones, sanciones, conciliando, mediando o arbitrando” (p. 224).

En esta posición de liberalización de los servicios públicos, el Estado no se aleja totalmente de la materia, pero ahora se presenta como un Estado

regulador y no como un Estado prestador, tal y como lo establece Hernández-Mendible (2002):

“El Estado regulador supone que, en una concepción política, económica, técnica e incluso ideológica, éste mantiene su presencia, ya no como prestador, gestor u operador de los servicios públicos; sino como ordenador del desarrollo de la actividad económica, mediante el establecimiento de reglas precisas y de una clara delimitación de los roles que corresponden a los órganos del Poder Público y a los operadores económicos” (p. 225).

En virtud de todo lo expuesto, al estudiar el tema del Estado como principal prestador de los servicios públicos, no podemos cerrar los ojos ante las realidades que se presentan actualmente en la evolución de la materia de los servicios públicos. Tomar otra posición, nos alejaría de la realidad en la cual se desenvuelve la materia.

## **2.- La Prestación de los Servicios Públicos por Empresas Privadas.**

### **2.1.- Las Concesiones y la Privatización.**

Debe saberse que entre los cometidos del Estado se encuentra la promoción del desarrollo económico, la diversificación de la producción, la protección de la iniciativa privada y el establecimiento de la ley, de las normas relativas a la participación de los capitales extranjeros en el desarrollo económico nacional, con la finalidad de crear nuevas fuentes de

riquezas, aumentar el nivel de ingresos de la población, así como su nivel de vida y fortalecer la soberanía económica del país y garantizar la justicia social.

Esta protección se puede efectuar sin perjuicio de la facultad de dictar las medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, regular la circulación, distribución y consumo de riqueza, con el fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Según Hernández-Mendible (1999) "Todos estos principios son los que fundamentan la existencia de una economía social de mercado, dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho" (p. 235).

Se ha observado anteriormente que una necesidad pública puede ser atendida, exclusivamente por el Estado o la Municipalidad, por el procedimiento de servicio público, como ocurre con la salubridad, entre otras, o con la libre cooperación de la acción privada regida por procedimientos de Derecho Privado. Pero puede ocurrir también que un particular, sea persona natural o jurídica tome sobre sí la gestión de un servicio público determinado por "concesión" del Estado o la Municipalidad.

Para Hernández (1999):

“La concesión de servicio público es un modo de gestión indirecta en virtud del cual la Administración concede mediante un contrato administrativo, en principio, a una persona privada y excepcionalmente a otras personas públicas, la explotación de un servicio durante un tiempo determinado, que ésta asume bajo su responsabilidad y riesgo, estableciéndose como remuneración una cantidad de dinero denominada tarifa, que le pagan los usuarios” (p. 24).

En este sentido, Araujo (1998) expresa:

“La forma de prestación indirecta de los servicios públicos es básicamente a través del mecanismo de la concesión. La concesión es un modo de gestión de los servicios públicos, en los cuales el servicio público se confía temporalmente por contrato a una persona jurídica que debe hacer funcionar el servicio público y que tiene el derecho de percibir una tasa o un precio público por parte del usuario” (p. 74).

El Estado, al otorgar una concesión de servicio público, como de transporte colectivo, de alumbrado público, etc., y fijar las condiciones en que el concesionario prestará el servicio, no se despoja de sus facultades soberanas ni del deber que tiene de atender las necesidades públicas en las condiciones que esas necesidades lo exijan. Si aquellas requieren mejoras en el servicio, el interés particular del concesionario no puede anteponerse al interés de la sociedad entera; corresponderá dar a éste las compensaciones adecuadas, pero nunca podrá prevalecer una disposición contractual que impida al Estado cumplir con sus fines públicos, los que, por su esencia, son irrenunciables.

Al respecto, Varas (1940), establece:

“El concesionario substituye al Estado en la prestación del servicio, se somete a éste en lo que respecta al régimen de tarifas, de obras y cargos públicos, sin que todo ello menoscabe el derecho superior e inalienable del Estado de satisfacer las nuevas necesidades sociales, sea atendiéndolas directamente o exigiendo del respectivo concesionario que las atienda y sirva, aún cuando tal obligación no estuviera contemplada en el acto constitutivo de la concesión. Todo esto no es otra cosa que la lógica consecuencia de los principios jurídico en que descansa la noción de servicio público” (p. 293).

Es necesario establecer que existe también en Venezuela la Privatización de los Servicios Públicos, la cual se ha realizado a través de una "despublicatio", produciéndose un traspaso tanto de la gestión de actividades o empresas que estaban en el sector público, como de la titularidad o transferencia de la propiedad a los particulares.

Hernández (1999) considera que "La privatización viene a significar el fin del estatocentrismo, el Estado deja de ser el principio y el fin de la producción, de la economía y de la prestación de los servicios públicos" (p. 257).

La privatización ha recibido múltiples críticas, pero puede decirse que las mismas no son malas ni buenas, constituyen una técnica instrumental utilizada por cada Estado en función de las necesidades y servicios que debe brindar o garantizar a los ciudadanos.

Se debe destacar que la concesión administrativa y la privatización son instituciones jurídicamente independientes, tanto conceptualmente como en su régimen legal, pero guardan similitud tanto en sus técnicas como en los procedimientos de selección y que permiten la participación de los particulares, en actividades que eran fundamentalmente administrativas.

Según Hernández (1999), existen diferentes características que distinguen ambas instituciones:

- “-En la concesión, el poder público siempre mantiene la titularidad en la prestación de la actividad, pero la gestión de la misma es prestada a través de los particulares; la privatización, la titularidad en la prestación y la gestión corresponden de manera exclusiva al particular adquirente del servicio público privatizado;
- En la concesión, se mantiene la publicatio con respecto al servicio público; en la privatización, tal como señalamos anteriormente, se produce la despublicatio;
- En la concesión, la transferencia de la gestión del servicio público se produce mediante contrato administrativo; en tanto que en la privatización, la transferencia de la titularidad se produce a través del mercado financiero o a través de una combinación de ambos;
- En la concesión, la transferencia de la gestión tiene carácter temporal y en consecuencia puede finalizar conforme a cada ordenamiento jurídico; en la privatización, la transferencia de la gestión del servicio público tiene carácter definitivo y sólo puede ser recuperada por el poder público, mediante la expropiación;
- En la concesión, el órgano del poder público titular del servicio puede modificar, intervenir, colaborar o asumir la prestación del servicio; en la privatización, el poder público -principio- sólo tiene potestades de supervisión, control de calidad y eficacia en la prestación del servicio;
- En la concesión, de producirse la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato administrativo, el concesionario tiene derecho a indemnización; en la privatización, el particular que adquiere el servicio público privatizado actúa por su propio riesgo y aventura, en consecuencia es el único y absoluto responsable de

las ganancias o pérdidas que se produzcan durante su gestión y, en principio, no tiene derecho a indemnización;  
-En la concesión, el régimen jurídico es predominantemente de Derecho Público; en tanto que en la privatización, luego de que esta se produce, el régimen jurídico es fundamentalmente de Derecho Privado” (p. 253).

Lo expuesto permite inferir que la concesión y la privatización son instituciones jurídicas perfectamente diferenciables. Se puede concluir que cuando el legislador y la doctrina científica nacional sostienen que la concesión de servicios públicos constituye una modalidad de privatización, con ello han querido aludir a la transferencia en la responsabilidad de la gestión del servicio público, pero no de la titularidad, lo que sí implica una verdadera privatización.

Se han creado una serie de dispositivos legales sobre los cuales se basa la realidad de que los servicios públicos son gestionados tanto por órganos que forman parte de la Administración Pública descentralizada territorial y funcionalmente, como por órganos distintos a la Administración.

### **3.- Servicios Públicos Objeto del Contencioso Administrativo.**

No toda actividad prestacional de la Administración constituye un servicio público, ni tampoco toda actividad que pretenda satisfacer un interés general puede considerarse como servicio público y, a su vez, a igual conclusión se

llegaría, en base a que muchas de dichas actividades que en un principio no lo son, a posteriori, pueden llegar a serlo y viceversa.

Con relación a la determinación de los servicios públicos objeto del contencioso administrativo, Guerrero (2002) establece lo siguiente:

“Ahora bien, dicho lo anterior, corresponde en cada caso al Juez Contencioso Administrativo -previo a la determinación de su competencia- proceder a determinar si la prestación de una actividad cuestionada, puede ser atraída o no por el fuero especial antes aludido, este último, el referido al contencioso administrativo de los servicios públicos, en cuyo caso, le corresponderá circunscribir, precisamente, qué debe entenderse -en puridad- como servicio público en sentido estricto, como noción capaz de atribuir al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa cualquier reclamo sobre la prestación de un servicio in genere” (p. 179).

Para poder establecer cuáles son los servicios públicos objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa debemos observar lo dispuesto en la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 2000, con ponencia de la Dra. Morales, Luisa, que dispone al respecto:

“De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, podrán distinguirse, en la medida o el grado en que dicha declaración estatal o "publicatio" apareje una limitación a la libertad económica de las iniciativas privadas que pretendan explotar o desarrollar la actividad prestacional que los servicios públicos comportan, entre: (a) Los servicios públicos exclusivos y excluyentes (Vgr. La generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, conforme el Parágrafo único del artículo 3 de la Ley del Servicio Eléctrico); (b) Los servicios públicos exclusivos pero concedibles (Vgr. Transmisión y distribución de energía eléctrica, explotación de las telecomunicaciones, etc.) y, (c) Los Servicios Públicos concurrentes (Vgr. la enseñanza).

En tal sentido, observa la Corte, que en tales servicios públicos virtuales como se puede denominar a estos últimos, se advierte una ausencia de una declaración formal de servicio público; pero a pesar de ello, en virtud de que encierran un especial interés público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial.

Con lo cual, puede señalarse que: (i) son actividades que no se encuentran ni atribuidas, ni asumidas por el Estado, por lo que se trata de actividades fundamentalmente privadas; (ii) constituyen actividades dirigidas al público, es decir, a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlos; (iii) tales actividades se desarrollan en régimen de autorización y no de concesión, pero sometidas, a todo evento, a un régimen reglamentario muy especial y controlador, propio de un régimen de policía administrativa (que puede generar el conocimiento del contencioso administrativo, pero respecto a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa de control: Vgr. Superintendencia de Bancos) y; (iv) revisten, no obstante, un interés general muy caracterizado por la colectividad. Aspectos todos estos cuyas manifestaciones pueden advertirse cuando:

(A) El Estado no tiene el deber de acometerlos, situación que se entiende pues, precisamente, los clásicos principios del servicio público predicen el que una vez que ha sido declarado mediante un acto formal, dicho Estado queda obligado a mantener su satisfacción de forma continua y prolongada sin que pueda eximirse; a cuyo efecto, mantendrá siempre su titularidad, potestad, control, pudiendo imponer válidamente modos y condiciones en la prestación a sus concesionarios”.

Cuando la ejecución o explotación de dichas actividades se alcanza, sólo mediante una autorización pública, dicha autorización sólo abre la puerta para que los particulares participen, quedando controlados y moldeados por la normativa especial que los regule, sin que queden, en principio, obligados a mantener su continuidad de forma prolongada en el tiempo.

Según lo dispuesto en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2000):

“(B) No existe en los calificados servicios públicos impropios o virtuales, la posibilidad por parte de la Administración de condicionar los modos y formas en la prestación mediante actos de rango sub-legal esto es, mediante actos administrativos, salvo que, obviamente, dicha posibilidad se encuentre expresamente establecida por la legislación especial que le regula (Vgr. No puede la Administración limitar que existan clínicas, cines o supermercados en un misma zona o centro comercial; mientras que, dependiendo del supuesto y de la norma especial que rige la actividad, sí pudiere imponer restricciones y sanciones en cuanto a salubridad de los alimentos, ejercicio de la medicina o acceso del público en cuanto a las salas de exhibición: censura). De lo contrario, el acto administrativo que altere o imponga condiciones exorbitantes a su prestación, devendrá en manifiestamente ilegal”.

En cambio, en el caso de un concesionario de servicio público, a éstos sí les es vinculante, además de lo estatuido en la norma, las órdenes e imposiciones que por oportunidad, mérito y conveniencia del interés general, la propia Administración establezca (salvo, naturalmente, que la norma lo prohíba); por lo cual, se mantiene y persiste la potestad de dirección y ordenación en titularidad originaria de la Administración, siendo válidos, en principio, aquellos actos exorbitantes.

La mencionada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2000) continuó expresando lo siguiente:

“(C) En la prestación de estos servicios persiste la naturaleza privada de la titularidad; en contraposición a la titularidad que permanece en el Estado en los auténticos servicios públicos, aún

cuando su ejercicio, desarrollo o explotación lo haya transferido a un particular, conservando el Estado las potestades exorbitantes de control, dirección, ordenación e inclusive sanción, de forma originaria, respecto de los segundos.

(D) Así, siendo de naturaleza privada la titularidad de la actividad, se genera que la imposición de cargas constituya un régimen excepcional y, por ende; de interpretación restrictiva en la norma que habilite dicha imposición por parte del Estado.

(E) Igualmente, respecto de la potestad sancionatoria pues, el hecho de que la titularidad en esta categoría de servicios -los virtuales o impropios- recaiga en un ente privado, impone el deber de que cualquier sanción dictada deba respetar y observar la rigidez del principio de legalidad, mientras que en los auténticos servicios públicos -que aún cuando no se encuentran excluidos en este límite negativo (negativo en el sentido de restringir pretensiones sancionatorias de la Administración), no obstante, el mismo conlleva para con éstos, un alcance más mitigado, basado en los poderes exorbitantes de la Administración, que aún a todo evento, se encuentran condicionados teleológicamente a la necesidad de continuidad y eficiencia en la prestación, so pena de que cualquier violación en el momento de imponer sanciones, a este extremo, se encuentre viciado por implicar una desviación de poder (vicio en la finalidad de los actos administrativos).

(F) Lo anterior, perfectamente trasposable para la imposición de sanciones entre el prestador del servicio y el particular (Vgr. Suspensión del servicio), pues, en la medida que la actividad no sea reputable como de imprescindible satisfacción para el Estado, mayor será la flexibilización, pues, una prestación cuyo sustrato repose en un beneficio no considerado como deber estatal, la tipicidad de las sanciones puede obedecer a estatutos privados o contractuales, en contraposición a la garantía de la reserva legal que debe existir respecto a las sanciones que pueda imponer a los particulares el concesionario de un servicio público en strictu sensu.

(G) En estos, los servicios virtuales o impropios, la prestación puede ser perfectamente renunciable por el particular prestador, pues, su actividad se configura como una libre iniciativa privada (sólo que, como se ha visto sometida a una reglamentación especial); caso no susceptible de ocurrir en las clásicas concesiones de servicio público”.

Puede notarse que resultarán excluidos del fuero especial que genera el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa de los servicios públicos, aquellas prestaciones que no configuren, conforme a los criterios antes expuestos, un servicio público en estricto sentido; dejando a salvo, el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos de policía administrativa que lleguen a ser dictados en control de tales actividades.

La determinación de los servicios públicos objeto del contencioso administrativo debe hacerse de una manera exhaustiva, pues se podría correr el riesgo de atribuir efectos, consecuencias y supuestos jurídicos no aplicables a una actuación mal calificada como servicio público, creando conflictos al momento de la aplicación del régimen especial de los servicios públicos. Por lo tanto, la calificación de una actividad como servicio público, no debe realizarse por medio de criterios comunes, pues se corre el riesgo de la aplicación o desaplicación de sistemas jurídicos propios y especiales no aplicables a la actividad analizada.

Por todo lo anteriormente expuesto, es de vital importancia la determinación efectiva y precisa de los servicios públicos que son objeto del contencioso administrativo de los servicios públicos.

#### **4.- Responsabilidad Prestacional de la Administración y Sistema de Accionabilidad como Consecuencia de la Prestación de Servicios Públicos.**

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado y la responsabilidad administrativa se ha dado una evolución que se divide en tres etapas; en la primera etapa se consideraba que no existía responsabilidad del Estado, el Estado era un ser supremo, el Estado muchas veces atropellaba a los ciudadanos pero no había manera de reclamar, esta etapa se conoce con el nombre de irresponsabilidad total del Estado. En la segunda etapa se da la responsabilidad pero sólo a nivel funcional, sólo respondía el funcionario que cometía la falta, el Estado era intocable y se podía ir contra el funcionario.

La tercera etapa de la evolución de la responsabilidad en virtud del poder que cada ciudadano le otorgó al Estado para encauzarlos como sociedad, es cuando se da una aceptación de la responsabilidad del Estado por los actos de gestión, es decir, aquellas situaciones donde el Estado actúa para cumplir con un servicio público. En el siglo XX ya se considera que el Estado es responsable tanto por actos de gestión como por actos de autoridad; se organiza y estructura lo que es la responsabilidad del Estado a nivel mundial.

En ese sentido, expresa Ortiz (1996):

“El principio de irresponsabilidad del Estado se rompe normativamente en Venezuela desde muy temprano. Para atenernos a la época contemporánea, es posible narrar someramente la evolución histórica, así como señalar el contenido de las normas actuales que rigen la responsabilidad de la Administración Pública” (p. 823).

En Venezuela, desde la primera Constitución de 1811 existió la idea de que el Estado debía responder por las actuaciones que realizaba; posteriormente en la Constitución de 1819 se establece taxativamente lo que es la responsabilidad de la Administración Pública como tal.

Por su parte, ya en la Constitución de 1961 se da la idea de la responsabilidad administrativa y empieza en la práctica a materializarse ésta, en su artículo 47 "en ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública"; partiendo de esta premisa negativa, de manera positiva se dio la posibilidad de que hubiese lugar la responsabilidad, si la autoridad es legítima el Estado es responsable.

En este sentido, Fernández (1996) expresa:

“En este orden de ideas, se consagra el derecho que asiste a todo individuo a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le causen, siempre y cuando, los mismos se deriven de autoridades

legítimas actuando en el ejercicio de su función pública. Por consiguiente, la República, los Estados y los Municipios son responsables por los daños y perjuicios que se causen por sus autoridades en ejercicio de su función pública; y se habla de responsabilidad de la administración cuando la autoridad legítima de cuya actuación deriva la obligación de indemnización, ejerce sus funciones dentro de la administración pública. Igualmente debemos señalar, que son los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que tienen competencia para declarar la responsabilidad de la administración y condenarla a la reparación de los daños y perjuicios que se hayan causado” (p. 300).

Al referirse al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado y establecer sus características, Ortiz (1996) refiere que:

“Como una derivación de la naturaleza del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, así como desde una concepción adecuada de la noción de daño antijurídico, todo con el apoyo de la amplitud de las normas y principios constitucionales, dicho sistema de responsabilidad administrativa debe ser completo y efectivo, es decir debe configurarse como un sistema mixto, el cual se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios, a saber: por una parte un régimen de responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, siendo el fundamento específico el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; por otra parte, un régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta de servicio, en el cual el criterio específico o decisivo para los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal. Así, desde una perspectiva normal que abarca a ambos regímenes de responsabilidad, la Administración responde objetivamente, es decir, que el fundamento general o unitario de todo el sistema o de los regímenes de responsabilidad administrativa es la integridad patrimonial. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de lesión antijurídica en el entendido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización. En esta plano la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor

de la lesión actué de forma ilegal o ilícita -antijuricidad subjetiva-, sino de que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación -antijuricidad objetiva-. En este sentido, el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa no recae sobre el autor del daño sino sobre el patrimonio del sujeto afectado” (p. 305).

Actualmente en Venezuela la Constitución de 1999 establece responsabilidad del Estado-Administración Pública, responsabilidad del Estado-Legislator y responsabilidad del Estado-Juez; la responsabilidad se inyecta en cada una de las esferas del Estado llegando así también a la responsabilidad por causa de la omisión.

También legislativamente ha sido desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, han establecido claramente la teoría de la responsabilidad patrimonial sin ninguna duda al respecto. También puede mencionarse el establecimiento de la referida responsabilidad patrimonial en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, así como la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social.

Debe saberse que los principios de responsabilidad administrativa son aplicables a los entes públicos en sentido estricto, como a los contratistas o concesionarios de la Administración, siempre que se esté en presencia del ejercicio de una actividad administrativa o de un servicio público.

Rondón (2001) señala que:

“El texto constitucional hace expresa mención de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los servicios públicos y asimismo de las diferentes normas relativas a la legitimidad para accionar con respecto a su mal funcionamiento. Por lo que respecto al primer punto mencionado, el artículo 140 de la Constitución plantea el reconocimiento expreso de la responsabilidad patrimonial del estado derivada de la actividad de la administración pública. Al efecto la norma citada establece que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”*. La actividad administrativa por excelencia es la de prestación de servicios públicos en razón de lo cual la gestión y suministro de estos es el objeto eventual de las obligaciones que acarrearán responsabilidad patrimonial” (p. 224).

En lo que respecta al artículo 259 del texto constitucional, puede afirmarse que por el hecho de que al referirse a la jurisdicción contencioso administrativa y agregar a sus competencias tradicionales la de conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, no hay duda alguna sobre la responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos, la cual está enunciada en una forma tan amplia que se extiende no sólo a la conducta activa sino también a la conducta omisa.

Sobre lo anterior, Rondón (2001) señala que:

“La accionabilidad contra la administración, en caso de que la misma produzca daños derivados de los servicios públicos. Se aprecia el efecto que el artículo 281 ordinal 2º al establecer las atribuciones de un organismo creado ex novo por el texto constitucional, como lo es la Defensoría del Pueblo, señala como una de ellas: **velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo de funcionamiento de los servicios públicos**”.

El ordinal que le sigue a la norma antes transcrita, esto es, el ordinal 3º del 281, faculta en forma expresa al Defensor del Pueblo para ejercer “las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores” lo cual alude a la interposición de las acciones de daños y perjuicios derivadas del funcionamiento de los servicios públicos” (p. 225).

Por lo tanto, no existe duda alguna sobre la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios públicos, bien sea por su deficiente prestación o por la omisión en la prestación, y por ende, no puede existir duda sobre la necesidad de establecimiento de un sistema que permita la accionabilidad jurisdiccional como consecuencia de la deficiente prestación de un servicio público o por la omisión de la prestación de un servicios público.

### **CAPÍTULO III**

## **DERECHOS DE LOS USUARIOS FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Estudiada en el punto anterior la obligación y responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios públicos, es necesario establecer como contrapartida, los derechos de los usuarios frente a esa gestión de los servicios públicos.

Cuando el administrado es colocado en la situación de ser un beneficiario de los servicios públicos tenemos que entenderlo en su posición de usuario de los mismos, independientemente de que sea la propia Administración la que ejerza la función, o que sea un ente público o privado el que en ese momento la esté ejerciendo. Lo importante para establecer esa posición de usuario, es que ese sujeto para poder satisfacer sus necesidades básicas se encuentra sometido al Estado o al ente que la esté gestionando, sin el cual no pudiera lograr verla satisfecha.

Los derechos de los usuarios de los servicios públicos se desprenden fundamentalmente de que las relaciones entre estos y la Administración están dirigidas a satisfacer las necesidades de éste, y que su posición de subordinación los coloca en una situación de dependencia total, hasta el

punto de que sus necesidades no pudiesen ser satisfechas si el Estado no cumpliera con su labor. Por esa razón es necesario que exista un sistema jurídico que controle esta situación para lograr que la sociedad alcance su realización.

Al respecto, Linares (1996) expresa:

“Antes, debe acotarse también el sentido en que se entiende que la Administración está obligada a prestar el servicio. Por tal obligación hay que entender una *que sea exigible judicialmente*, so pena de no estar formulando ninguna conclusión jurídica. En efecto, para que estemos en presencia de una verdadera obligación es imprescindible que el acreedor -en este caso, el usuario del servicio- pueda exigir judicialmente su cumplimiento” (p.915).

En este mismo orden y dirección de buscar garantizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos frente al ente prestador del servicio, es por lo que se les ha otorgado el carácter de derechos fundamentales, siendo incluidos directamente en la Constitución, tanto la obligación del Estado de satisfacerlos como el derecho de los usuarios de obtenerlos. Parece que el constituyente quiso dejar sentado que los servicios públicos son sumamente importantes para el desarrollo del Estado, estableciéndolos como una de sus funciones más importantes y que además le otorga la legitimidad de actuar en la sociedad.

Sobre el tema de la defensa de los derechos constitucionales, Ayala (1996) señala:

“Las garantías y derechos constitucionales se constituyen en un medio a través del cual el ciudadano que se ha visto lesionado en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales puede accionar para que se satisfaga su pretensión personal de restablecimiento de su situación jurídico-constitucional lesionada; y de esta forma, en definitiva, se salvaguarda la vigencia de la Constitución que había sido alterada” (p. 613).

Esta importancia presente en la Constitución adquiere mayor auge en nuestros días, donde existen funciones que si bien pudiese cumplir la sociedad a ésta no le es posible cumplirlas, y entonces se hace necesaria la intervención del Estado. Como ejemplo de esta situación tenemos el servicio de la vivienda, establecido en el artículo 82 de la Constitución donde se establece que “La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.”, parece entonces, que si bien podría ser satisfecha por los particulares, la situación actual de la sociedad trajera como consecuencia que se necesite la ayuda estatal para su efectiva realización.

En vista de que las necesidades colectivas que se van a satisfacer por medio de los servicios públicos se encuentran determinadas en la Constitución, podemos establecer que los derechos de los usuarios frente a los servicios públicos, en primer orden, es de rango constitucional y por esa

razón los hemos considerado derechos fundamentales. El desarrollo de estos preceptos constitucionales en la realidad, trae como consecuencia su establecimiento posterior en actos del Estado legales y estatales, o en relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, aunque se discuta si es una verdadera relación contractual debido a la gran intervención de la voluntad del Estado.

En este sentido, ha establecido Araujo (2003) lo siguiente:

“La relación jurídica entre la Administración Pública y el usuario debe interpretarse, señala la doctrina, según el caso específico, dado que en algunos supuestos la relación se origina en un vínculo contractual entre el usuario y el gestor que presta el servicio público; y en otros, la relación jurídica no se establece por el acuerdo previo de voluntades” (p. 239).

Muchas veces no encontramos bien establecidos los derechos de los usuarios del servicio, pero esto no puede implicar la negación de que esos derechos realmente existan, ya que, si no son establecidos en normas legales o reglamentarias los derechos que el usuario pueda exigir, estos se encuentran determinados como derechos fundamentales en la propia Constitución y podrían ser exigidos directamente a través de la aplicación directa de la misma.

Es necesario establecer que siendo el servicio público una actividad que conforma uno de los fines del Estado, que está obligado a darle cumplimiento

y que además se encuentra establecido como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no es posible negar la existencia de los derechos que tienen los administrados de verse satisfechos en esos servicios públicos.

Esos derechos de los administrados a tener acceso a los servicios públicos se encuentran presentes en distintas direcciones. El usuario tiene el derecho a una prestación real y efectiva del servicio. Tiene derecho a que sea prestado de manera igual a todos los usuarios, sin ningún tipo de discriminación. Tiene derecho a la gratuidad de los servicios públicos que deben ser gratuitos, y al cobro de la tarifa justa en aquellos servicios de carácter oneroso.

Se hace entonces necesario el establecimiento de las respectivas garantías jurisdiccionales para asegurar el acceso a los servicios públicos, y de este modo respetar los derechos fundamentales, bien sea por las vías constitucionales del procedimiento de amparo, o incluso por las vías referidas al contencioso administrativo. Sería ilógico pensar que asumiéramos la existencia de los derechos de los administrados de tener acceso a los servicios públicos y no establecer el deber u obligación a la prestación del mismo que debe ser asumido, en principio, por el Estado.

Es claro el establecimiento de la obligación del Estado de prestar los servicios públicos y los derechos de los usuarios de tener acceso a los mismos, sólo nos resta establecer los medios efectivos para garantizar el verdadero desarrollo del derecho de los servicios públicos por medio de las vías idóneas.

### **1.- Naturaleza de la Relación Jurídica entre el Prestador del Servicio Público y el Usuario.**

En la actualidad no existe uniformidad de opiniones en lo concerniente a la naturaleza jurídica de las relaciones del usuario con el servicio público. Las teorías contractuales y las reglamentarias dividen las opiniones de los juristas, y los puntos de partida para las soluciones, alejan toda conciliación. Son dos concepciones opuestas y al parecer irreductibles. Los civilistas mantienen firmemente la tesis contractual; la mayoría de los publicistas, principalmente los de la escuela realista, la tesis reglamentaria, si bien algunos de los primeros reconocen que se trata de un contrato de naturaleza especial, de un contrato que está degradado.

Según Demogue (citado por Villegas, 1951):

“El acto jurídico ha puesto en acción dos voluntades no sobre planos iguales, sino en planos diferentes. La una, la de la Administración llamada a aplicar el reglamento y pretendiéndose

campeón del interés general sin descuidar el interés de un patrimonio privado o público, la otra parte aporta su voluntad que no hay que omitir, por cuanto ella representa un interés privado que da una nota especial, teniendo su valor en la armonía a realizar. Vería aquí pues, teniendo que clasificar la operación por las necesidades de la claridad del espíritu, un contrato, pero un contrato de una naturaleza particular. El contrato se ha degradado. Ese contrato de naturaleza especial, donde las voluntades no son más armónicas como en un acorde, pero se complementan como el bajo y el canto, nos prepara a pasar a los contratos unilaterales en los que una sola voluntad basta” (p. 207).

Atendiendo a la fórmula clásica del contrato, de acuerdo con los principios romanistas que aún perduran, si bien modificados por la doctrina y la jurisprudencia, en los códigos civiles, no es posible la aplicación integral de los mismos a la relación del usuario del servicio público con la Administración Pública o con el concesionario o con las sociedades de economías mixtas, circunstancias que han llevado a decir que se trata de un contrato de formas excepcionales. En cambio, la tesis reglamentaria, por la pulcritud de su elaboración y lógica de su razonamiento, es más accesible a críticas favorables.

La relación jurídica entre el prestador del servicio público y el usuario del mismo, ha sido objeto de una clasificación; la posición tradicional y la posición moderna.

La clasificación tradicional establece que existen dos tipos de situaciones jurídicas con respecto al servicio público. La primera situación es la objetiva, o de carácter general, similar a la situación que tenía el usuario con relación a normas de carácter general, leyes y reglamentos del servicio público, en la cual el usuario que se encontraba en contacto con el servicio público se encontraba en una simple relación de sujeción general, en la cual opera la imposición unilateral por parte de la Administración de las condiciones de la relación y el usuario no tiene la posibilidad de discutir las condiciones de prestación del servicio público.

En este mismo sentido, establecen que la segunda situación es contractual y que no indica la inexistencia de la situación objetiva, sino que por el contrario, junto a ese régimen de carácter general, se considera que existen situaciones de carácter particular y que tienen su origen en una relación de carácter contractual, emanado por ende de un contrato. Aquí ya no se entiende que hay una sujeción general, impersonal, unilateral, sino que la relación es eminentemente contractual.

Por su parte, la clasificación moderna de la relación jurídica entre el prestador del servicio público y el usuario del mismo, distingue entre un régimen de tipo estatutario y régimen de tipo particular.

En el primero de los casos, se considera que en la medida en que la situación es individualizable y específica, se presenta el dilema de si el régimen aplicable es de Derecho Público o de Derecho Privado. Al respecto se indica, que se está en presencia de una relación de Derecho Público cuando la Administración preste directamente el servicio y se encuentra sometida a un régimen estatutario. Además, en el régimen estatutario de carácter general se distingue entre dos clases de sujetos, el usuario que es candidato de recibir un servicio público, y el usuario efectivo, que es el que está recibiendo la prestación del servicio público.

Por su parte, en el régimen de tipo particular se considera que existe la posición unilateral cuando en la relación media un acto jurídico, bien sea de carácter unilateral o de carácter contractual, pero ya la persona está investida como usuario del servicio. En el régimen particular contractual, en el cual no hay un acto condición sino un contrato entre el prestador y el usuario, sometidos a una relación de derecho privado, pero bajo la figura mixta entre lo contractual y lo estatutario por consecuencia de la materia de que se trata.

En base a las consideraciones anteriores, es necesario concluir que no es fácil lograr una uniformidad en relación a la naturaleza jurídica de las relaciones que existen entre los usuarios con los servicios públicos, pues no se podría negar el carácter de derecho público que presentan estas

relaciones, pero tampoco se puede obviar totalmente la posibilidad de aplicación de normas de tipo contractual en algunas de estas relaciones, pudiéndose reconocer que estas normas contractuales aplicables, en todo caso, serían las de un contrato de naturaleza especial en proceso de degradación.

## **2.- Efectos de la Relación Jurídica entre los Prestadores de los Servicios Públicos y los Usuarios.**

La relación jurídica que existe entre un prestador de un servicio público y los usuarios de los mismos, generan una serie de efectos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

### **2.1.- Obligación de Contratación.**

La relación jurídica de interés general que existe entre los prestadores de los servicios públicos y los usuarios de los mismos, no permiten la posibilidad del prestador de escoger quienes serán los usuarios del servicio público que prestan y quienes no.

En este sentido, el gestor del servicio, bien sea público o privado, está en la obligación de contratar el servicio público con el usuario que esté dispuesto a aceptar las condiciones de prestación del servicio.

## **2.2.- Facultades de los Prestadores y de los Usuarios.**

### **2.2.1.- Facultad de Modificar el Servicio Público.**

El gestor del servicio público tiene la potestad de modificar unilateralmente el servicio público que está prestado, siempre y cuando las modificaciones sean desde el punto de vista técnico, y que las mismas seña debidamente justificadas.

En caso de existir modificaciones de tipo técnico en la prestación del servicio público y que las mismas estén justificadas, los usuarios deberán asumir dichas modificaciones y no podrán realizar reclamaciones al respecto en contra de los prestadores de los servicios públicos.

### **2.2.2.- Facultad Sancionatoria.**

Se manifiesta con relación a la infracción de reglas técnicas y jurídicas de la relación que se establece entre el usuario y el titular de los servicios

públicos. Frente a una infracción habrá la posibilidad de represión o de actividad represiva por parte del titular del servicio público, bien sea para prevenir o para reprimir la infracción.

### **2.2.3.- Control Jurisdiccional.**

Con respecto a la relación existente entre los prestadores de los servicios públicos y los usuarios de los mismos, surge la posibilidad de intentar acciones de control jurisdiccional, que deben estar sometidas a un ente contencioso jurisdiccional, para poder controlar los conflictos generados por la prestación de los servicios públicos.

Las mencionadas acciones de control jurisdiccional podrán ser interpuestas tanto por el prestador del servicio como por el usuario del mismo, causadas por una parte, por el uso irregular de los servicios públicos en contra del gestor, lo que creará la posibilidad del gestor de intentar el control en contra de los usuarios y, por otra parte, por la posibilidad de que los usuarios puedan intentar acciones jurisdiccionales de control en contra del gestor del servicio público, por ejecución perjudicial del servicio público y haber originada daños al propio usuario a causa de esa ejecución irregular del servicio público.

### **3.- Derechos y Obligaciones de los Usuarios de los Servicios Públicos.**

Con relación a los derechos que tienen los usuarios de los servicios públicos podemos mencionar los siguientes:

#### **3.1.- Derecho al Servicio Público.**

Con excepción de los servicios públicos constitucionales y los derechos obligatorios municipales, no existe ningún derecho de eficacia inmediata cuyo objeto sea el establecimiento de un servicio público. Si el Estado no presta un determinado servicio público no podrá ser juzgado por eso, a menos que se trate de los servicios públicos constitucionales y los derechos obligatorios municipales, con respecto de los cuales si hay una ineludible obligación por parte del Estado de cumplirlos.

#### **3.2.- Derecho de Acceso al Servicio Público.**

Una vez que el servicio ya está enmarcado se plantea la cuestión de la admisión del candidato-usuario, pues todos tienen derecho de acceder al servicio en posición de igualdad, tomando en cuenta la disponibilidad técnica y económica del servicio público.

### **3.3.- Derecho a la Prestación Efectiva del Servicio Público.**

El acceso produce el ingreso del particular en su condición de usuario-efectivo, genera el derecho de que el servicio sea prestado efectivamente bajo las condiciones de igualdad, continuidad, regularidad y en las debidas condiciones de calidad.

### **3.4.- Derecho a la Indemnización.**

Los usuarios tienen derecho de exigir la responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento del servicio público cuando sufran daños imputables al mal funcionamiento del servicio público o por el incumplimiento de las obligaciones que incumban al gestor en la prestación del servicio público. Las faltas pueden ser de carácter contractual o por daños directamente a los usuarios o a los terceros.

El derecho de indemnización se puede dar por la falta del servicio (ausencia de prestación, rechazo o negativa a la prestación del servicio público, prestación tardía, prestación irregular o ilegal, prestación defectuosa, mal hecha o irregular) o funcionamiento anormal del mismo o sin falta en el cual existe una presunción de falta y la víctima no debe probar que hubo falta por parte del gestor del servicio.

Para que exista derecho a la indemnización de existir un perjuicio directo.

### **3.5.- Derecho a Presentar Peticiones, Reclamos y Recursos.**

Todo usuario o suscriptor tiene derecho a presentar peticiones y reclamos ante las empresas prestadoras de los servicios públicos, con relación a la prestación del servicio público o a la ejecución del contrato de servicio. Los prestadores deben contar con sistemas de atención para recibir, atender, tramitar y dar respuesta a las solicitudes que presenten los interesados, los usuarios o suscriptores con relación al servicio que presten.

### **3.6.- Derecho de Participación.**

Esta constituido por el derecho que tienen los usuarios de participar tanto en la organización como en la gestión del servicio público.

Por su parte, en la relación que tienen los usuarios con los prestadores de los servicios públicos, además de derechos, tienen obligaciones, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

### **3.7.- Respetar el Régimen de Funcionamiento del Servicio Público respectivo.**

Los usuarios de los servicios públicos deben respetar las reglas establecidas en la prestación del servicio público. Existe la obligación del uso correcto que ha de hacerse del servicio público en concreto.

### **3.8.- Abonar la Contraprestación Económica.**

Los usuarios deben abonar la contraprestación económica que deben pagar por la prestación de aquellos servicios que no se prestan en condiciones de gratuidad.

## **4.- Situación de los Usuarios de los Servicios Públicos en Venezuela.**

El administrado que utiliza un servicio público se denomina usuario, quién posee un derecho subjetivo para usar el servicio público dentro de los límites que le imponen las normas reglamentarias pertinentes. Este derecho subjetivo del usuario a “usar” el servicio, se funda también en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propias del servicio público, son fundamentales del derecho del usuario a utilizar el servicio.

En Venezuela, los usuarios de los servicios públicos se encuentran en un total estado de indefensión, ya que, el derecho de denuncia ante la Administración sobre las irregularidades presentadas en el servicio, no protege efectivamente sus derechos, todo esto se desprende del hecho de que la tutela efectiva corresponde en realidad a la jurisdicción.

Rondón (2001) establece que:

“El usuario está colocado en una situación subordinada, de inferioridad, frente al prestatario del servicio, en los casos en que tales servicios sean de los llamados servicios "garantizados por el Estado", cualquiera que sea la naturaleza de éste y ello obedece necesariamente a la naturaleza de la situación que la relación jurídica existente involucra” (p. 205).

El derecho establece medios que no son idóneos para reparar las lesiones que el servicio público produce en el usuario, ya que su mal funcionamiento o su onerosidad no son por lo general graves ni cuantitativamente importantes y dichos medios son sumamente lentos y costosos.

Así mismo, Rondón (2001) señala que:

“La situación del usuario ante la deficiencia del servicio es de una doble naturaleza: por una parte, permanece pasivo ante el daño que recibe por su impotencia de encontrar un remedio inmediato; por otra parte el desagrado ante la perturbación constante que produce la lesión de sus derechos actúa como una reacción en cadena al ser común a múltiples sujetos. Es así como se configura una sociedad resentida e insatisfecha.

Por lo que atañe al prestador del servicio, la situación de ventaja que la impunidad de su ineficacia le otorga le hará sordo ante las reclamaciones porque al no ser sancionado por su deficiencia continuará actuando en la misma forma. Por otra parte el ciudadano corriente, el administrado, está permanentemente atormentado por los pequeños sinsabores de la vida cotidiana (*el agua que ha sido cortada* o que sale del chorro *teñido de negro*; *el apagón* que lo deja *encerrado* en un *ascensor* por unas cuantas horas; el *teléfono* suspendido por presunta falta de pago de un recibo de hace dos años; la *alcantarilla* robada impunemente en cuyo hueco vacío quedó definitivamente el caucho trasero de su carro; el autobús manejado a toda velocidad por un paranoico del volante que no se detiene en la parada, pero que pisa violentamente todos los pozos de agua acumulada, manchando los trajes de los frustrados pasajeros. etc.)” (p. 206).

Si se analiza psicológicamente, todos estos sinsabores crean una mentalidad en la población, que se revela en irritación contagiosa, frustración, impotencia, deseo de revancha. El cuadro anterior llevado a proporciones de grupos humanos colectivizados, hace su entrada en el campo de la sociología para revelarnos a una nación amargada, pesimista, incrédula, deseosa de destruir los poderes que la circundan, insatisfecha del régimen que la rige y de la sociedad en la cual vive.

## **5.- La Constitución y los Derechos de los Administrados frente a la Prestación de los Servicios Públicos.**

El Estado Venezolano actual tiene como principal función la de lograr el perfecto desarrollo de la sociedad venezolana. La realidad que vivimos trae

consigo la necesidad de que intereses colectivos tengan que ser satisfechos a través de las funciones del Estado, que no se le permite una función de simple espectador y de guardián del orden social, sino que tiene que intervenir activamente en el desarrollo de las actividades que se le han impuesto.

Con la finalidad de establecer cuales son esas obligaciones que tiene el Estado para con la sociedad venezolana, y cuales son los derechos que tienen los particulares frente al Estado en materia de los servicios públicos debemos referirnos al marco que le otorga la Constitución a esta materia, estableciendo si podemos considerar a los servicios públicos como derechos fundamentales.

La Constitución se encuentra conformada por dos partes, llamadas comúnmente parte orgánica y parte dogmática; la parte orgánica es aquella encargada de la organización y funcionamiento del Estado; y la parte dogmática es aquella que contiene los principios fundamentales del Estado y los derechos individuales, que en muchos casos relaciona a los particulares con el Estado.

Esos derechos particulares se presentan de diversas formas; unos son derechos constituidos por libertades públicas, que imponen al Estado una

obligación de no hacer para no perturbar el ejercicio del derecho; y otros son derechos propiamente dichos, que imponen al Estado una obligación de hacer, crean obligaciones prestacionales de servicios concretos.

Desde el punto de vista de los particulares, las libertades públicas crean el derecho de que el Estado garantice su vigencia y efectividad; y los derechos propiamente dichos crean el derecho de los administrados frente al Estado de percibir de éste prestaciones de servicios concretos.

Los servicios públicos constituyen un tipo de estos derechos propiamente dichos y constituyen por lo tanto una prestación que el Estado está obligado a conceder a los administrados. En todo el texto constitucional nos encontramos con que los servicios públicos han sido incluidos, otorgándole un carácter fundamental a la obligación por parte del Estado de cumplir con la prestación de los servicios públicos y, un derecho a los administrados de gozar de esos servicios públicos, con la respectiva posibilidad de exigir el derecho en caso de incumplimiento en la prestación de los mismos.

En esa inclusión que se ha hecho en el ámbito constitucional de los servicios públicos, estos se han organizado en distintas categorías tomando en cuenta para su clasificación la posibilidad de su prestación sólo por medio

del Estado o también por parte del sector privado y que determinan entonces las modalidades de su ejercicio, dándole fin a la idea inicial de que sólo el Estado podía gestionar los servicios públicos teniendo entonces el monopolio en esa materia.

La primera categoría de servicios públicos son aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que no pueden los particulares, en forma alguna prestarlos. Esta categoría se encuentra conformada por aquellos servicios vinculados a las funciones de soberanía del Estado en las materias de seguridad y orden público, en la materia económica y financiera, y en la materia de soberanía externa del Estado.

La Constitución de 1961 establecía la posibilidad de que mediante ley podía establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, por razones de conveniencia social, quedando excluidos los particulares del ámbito de gestión del mismo.

Resulta oportuno establecer, que la reserva de servicios públicos por parte del Estado trae como consecuencia una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del servicio reservado, afectando tanto a aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades de prestación del servicio, como a cualquier particular o empresa que

pretendiera en el futuro realizar dichas actividades, en virtud de que después de la reserva, sólo el Estado podrá prestar esa función. La reserva de servicios, provoca el establecimiento de un monopolio de derecho a favor del Estado.

En efecto, es necesario señalar que si bien la Constitución de 1961 autorizaba al legislador a reservar al Estado determinados servicios públicos en forma exclusiva y excluyente, ello no fue muy frecuente. En la Constitución de 1999 no se incluyó esta disposición y en el artículo 113 se establece que “Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

El servicio público puede actuar con la concurrente participación de la actividad privada en la misma gestión. La realidad de las necesidades colectivas crea distintos medios jurídicos por el legislador para que la Administración concorra también para realizar una función eficiente en interés público. La realidad demuestra que existen servicios públicos sin que los realice exclusivamente el Estado y menos aún que se presenten como monopolios.

Lo expuesto presenta excluidos los dos elementos que en un tiempo se consideraron como esenciales para la existencia de un servicio público: la gestión exclusiva a cargo de la Administración Pública y su carácter de monopolio. Actualmente no son considerados los elementos que caracterizan al servicio público.

En este propósito existe una segunda categoría de servicios públicos, que se encuentra conformada por aquellos que aunque también son atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, no ha sido en forma excluyente, pues como gestor o concurrente, puede permitirse que distintos entes de derecho público y los particulares presten el servicio público en ciertas condiciones. Esta categoría se encuentra conformada por los servicios públicos dirigidos a proteger la economía nacional, la vida intelectual y la vida material.

Se ha hecho tan común esta situación de encontrar entes, tanto públicos como privados, distintos a la Administración Pública prestando servicios públicos que fue necesaria la regulación legislativa para regular dicha situación, para regular la colaboración de los particulares en la construcción y mantenimiento de obras públicas y en la prestación de servicios públicos a través de la concesión.

Otro tipo de servicio público podría conformarse por aquellas actividades prestacionales impuestas obligatoriamente al Estado, pero donde el ordenamiento también consagra un derecho a prestarlos por los particulares. Este tipo se encuentra configurado en la Constitución de 1999 en su artículo 102 que establece expresamente, al consagrar el derecho de todos a la educación, que “El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público...”.

Impone al Estado la obligación constitucional de crear y sostener institutos educativos, pero al mismo tiempo en su artículo 106 consagra el derecho de los particulares de establecer servicios educativos, al consagrar que “Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste”.

En estos casos, el establecimiento del servicio como un servicio público, no es de tal naturaleza que excluya a los particulares de su gestión. El derecho de los particulares a prestar servicios educativos existe directamente

establecido en el ordenamiento jurídico, y la ley lo único que establece son mecanismos de control, para asegurar que estos servicios se presten en forma adecuada.

La Constitución establece servicios públicos que corresponden obligaciones al Estado y derechos a los particulares no sólo de disfrutarlos sino también de prestarlos, como por ejemplo el derecho a educar mediante instituciones o planteles educativos, que es un derecho de todos, de orden constitucional; sin embargo, el ejercicio de tal derecho no es libre sino que está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos.

El acto de autorización, distinto a la concesión, no transfiere un derecho al particular que éste no tuviera con anterioridad; por medio de la autorización se le permite al particular ejercer un derecho preexistente, permitiendo ejercer el derecho que el ordenamiento ya había otorgado. El acto de autorización es un acto declarativo de un derecho preexistente que es necesario obtener dada la importancia de la actividad que se va a cumplir.

Todo lo anterior demuestra que la Constitución a clasificado los servicios públicos para establecer las formas en que estos pueden ser prestados, pero en definitiva sean prestados directamente por el Estado, o sean prestados por entes públicos o privados a través de concesiones o autorizaciones, esas

actividades continúan manteniendo el carácter de servicios públicos y por su ubicación en la Constitución continúan siendo derechos fundamentales a los cuales debe otorgárseles la importancia que se merecen y que deben ser respaldados de las debidas garantías constitucionales.

La importancia de que los servicios públicos se encuentren encuadrados dentro de la Constitución es que les otorga el carácter de derechos constitucionales, que no es más que el establecimiento de la conducta del Estado que debe prestar de manera obligatoria a los individuos y que se encuentra protegida constitucionalmente, con la posibilidad de exigirla por medio de la tutela judicial. La existencia de los derechos constitucionales trae consigo el necesario establecimiento de garantías, consistentes en establecer el modo de actuar del Estado y que su no cumplimiento conlleva a que la autoridad incurra en vicios de actuación y configuren en supuestos de responsabilidad.

Esa importancia no debe quedar sólo en el establecimiento de los servicios públicos como derechos fundamentales, sino que debe traer consigo la necesidad del establecimiento de un sistema jurídico como garantía constitucional, que sea eficiente y eficaz para el buen desarrollo de esos derechos. Ese sistema jurídico debe ser creado por la misma Constitución y no es suficiente su existencia, sino que es más importante aún

que el sistema cumpla con el fin para el cual fue creado, es decir, que sea un medio eficaz para el logro de un buen desempeño de los servicios públicos.

La Constitución de 1999 en su artículo 259 ya nos dio el inicio al establecer la posibilidad de intentar por ante el Contencioso Administrativo reclamos en materia de servicios públicos, queda en nuestras manos la función de desarrollar ese precepto constitucional para lograr la posibilidad de exigir el desarrollo del Derecho de los Servicios Públicos, que ha tomado tanta importancia en el Estado Venezolano.

## CAPÍTULO IV

### EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

#### **1.- Vías Aplicables para la Resolución de Conflictos en Materia de Servicios Públicos.**

El Ordenamiento Jurídico Venezolano no prevé un procedimiento especial para la tramitación del contencioso de los servicios públicos, aún cuando ya es clara la necesidad de establecer una vía idónea y especial para la tramitación de los reclamos a causa de la prestación de los servicios públicos.

En este sentido ha expresado González (citado por Araujo, 2003) lo siguiente:

“El hecho que el artículo 259, C -a lo que también se refiere el autor citado- al delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere específicamente a las reclamaciones por la prestación de los servicios públicos, no supone que se debe regular un proceso administrativo especial para dirimir los litigios que se produzcan en relación con los servicios públicos, a menos que los cauces procesales generales fuesen insuficientes para otorgar una eficaz tutela jurisdiccional de los derechos e interese legítimos en materia de servicios públicos” (p. 282).

La falta de regulación y la gran cantidad de controversias que se suscitan en la materia hacen establecer las siguientes vías para procesar dichas

solicitudes de reclamos hasta tanto se cree la vía especial en la materia de los servicios públicos, lo que hace distinguir entre los servicios públicos que se reducen a la emisión de un acto administrativo y aquellos que se vinculan con actividades materiales de carácter prestacional.

### **1.1.- Amparo Constitucional.**

En el caso de actividades materiales en ejercicio de los servicios públicos por medio de las cuales se violen o amenacen de violación derechos constitucionales, la vía utilizada la representa el amparo constitucional, considerándose que la llamada inactividad material es fuente de violación de derechos constitucionales, pues el incumplimiento de deberes prestacionales puede poner en peligro el ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano o pueden causar una lesión efectiva de esos derechos.

Por medio de esta vía, se conocerán situaciones que tengan que ver con la falta de prestación del servicio o la supresión del mismo, así como con la prestación deficiente en la que puede ubicarse la prestación tardía o la prestación de mala calidad de los servicios públicos. Por su parte, se conocerán situaciones de acciones incoadas ante la interrupción, suspensión definitiva o parcial del servicio público y sobre la prestación casual o contingente.

Según decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (14 de Abril de 2002) con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera, se estableció la posibilidad de tramitar los reclamos por la prestación de los servicios públicos por medio del procedimiento del amparo constitucional. Dicha decisión estableció lo siguiente:

“Actualmente cuando nacen derechos en materia de servicios públicos y los mismos se incumplen y además el abuso de esos derechos vacía el contenido de un derecho humano fundamental, garantía constitucional, haciéndolo nugatorio se está ante la violación directa de la Constitución dando lugar al amparo, que con la relación a la prestación masiva de servicios públicos, permite un amparo protector de derechos o intereses difusos o colectivos, que además pueden ser interpuestos por la Defensoría del Pueblo”.

Constituye de esta manera el amparo constitucional una vía para que el usuario ejerza su derecho a la defensa, desde el mismo momento en que se violen derechos constitucionales, según lo establece la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y conjuntamente siguiendo el procedimiento establecido por la Sala Constitucional en sentencia del 2 de Febrero de 2000, por mandato del Artículo 27 de la Constitución (1999), el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades.

Sobre este particular, ha expresado Grau (2002) en sus comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de

fecha 8 de diciembre de 2000, caso Transporte Sicalpar, S.R.L. contra Puertos del Litoral Central, lo siguiente:

“Concretamente se acepta la acción de amparo en materia de contratos administrativos y de forma específica para la protección de los derechos constitucionales vinculados a la prestación de los servicios públicos, únicamente, precisa la Sala, en el caso de que se ventile la violación de un derecho humano fundamental o de un derecho o garantía constitucional, pues otro tipo de controversias tendrán que ventilar se a través del contencioso de los servicios públicos, materia que por cierto el artículo 259 de la Constitución del 99, y a diferencia del 206 del 61, incluye dentro de la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Por otra parte, todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, que impone el derecho al debido proceso.

### **1.2.- Demandas de Indemnización de Daños contra la Entidad Responsable.**

Constituyen las demandas de indemnización de daños contra la entidad responsable, regulada por el procedimiento ordinario, otra vía a través de la cual los usuarios pueden hacer valer sus derechos en materia de la prestación de los servicios públicos, en aquellos casos en los cuales la falta de servicio no se adminicula en un acto administrativo ilegal, sino a un hecho

o actuación material de la Administración o del ente prestador del servicios público.

Al ser utilizada esta vía, se debe cuidar el detalle de agotar el antejuicio o procedimiento previo a las demandas, regula en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en caso de que la entidad prestadora del servicio público sea la República.

Esta vía está consagrada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 21, que tiene sus antecedentes en los artículos 103 y siguientes de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, destinado a dilucidar la responsabilidad contractual o extracontractual de los entes públicos a los que se aplica.

Canova (1998), refiriéndose al procedimiento establecido en los artículos 103 y siguientes de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, expresó:

“Según el artículo 103 "se sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley". Por lo que resulta fácil inferir que el procedimiento establecido está destinado a que el juez conozca por primera vez de un asunto controvertido entre la Administración Pública y el particular lesionado; asunto que tiene su origen en la responsabilidad de la primera por supuestos daños causados en el orden contractual o extracontractual, y cuyo objetivo es una condenatoria al pago de sumas de dinero, de daños y perjuicios en

caso de ser procedente, y, en suma, lograr el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa.

En este ámbito de la determinación de la responsabilidad derivada de un contrato o de un hecho ilícito -incluso de algunos lícitos- debe tenerse presente que la relación existente entre las partes se concibe como la obligación de la demandada en reparar el derecho lesionado de la demandante, de manera que sólo puede interponer una acción de condena el sujeto que se vea menoscabado justamente en ese derecho, sin estar permitido a distintas personas, salvo en los casos de representación, solicitar la condenatoria de una persona -en este caso de la República- en resguardo de un derecho ajeno” (p. 225).

Debe saberse que tanto los motivos como los efectos que se pretenden en estos procesos, establecen entre los caracteres principales del mismo, el ser absolutamente subjetivo, entablándose un pleno contradictorio entre las partes que están involucradas y de quienes depende el proceso, estar destinado a condenar al responsable en la restitución y reparación de daños causados, y además que no tenga relación alguna con actos administrativos, ya que, será el juez el primero que estará en conocimiento del asunto.

### **1.3.- Recurso de Nulidad de los Actos Administrativos.**

Esta vía jurisdiccional se encuentra consagrada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 21. Dicho procedimiento parte de un supuesto necesario, la existencia de un acto administrativo; pero para el cuestionamiento de éste, no se prevé una intervención abierta o general de

cualquier sujeto, si no que se limita la participación a aquellos que consideren lesionados sus derechos e intereses legítimos. Es esta la vía que utiliza el usuario cuando se violan sus derechos en materia de servicios públicos en virtud de determinado acto administrativo dictado por la Administración Pública.

Canova (1998):

“El carácter subjetivo del proceso que allí se pregona, no es llevado hasta sus finales, al menos en el plano procedimental, ya que resulta imposible sostener que el procedimiento haya sido previsto como un enfrentamiento entre partes: el particular afectado y la Administración Pública que dicto el acto impugnado. Más que una contención de derechos e intereses encontrados, ese procedimiento está montado en forma que, una vez pasado el momento de la iniciación del proceso -donde se examina el interés calificado del actor-, adquiere una composición objetiva, que gira alrededor de la legalidad o no del acto administrativo” (p. 230).

El procedimiento tiene las particularidades de un recurso, donde lo importante más que el debate entre partes es el estudio abstracto de la legalidad de un acto previo.

Sobre este tema, De Grazia (2002) ha expresado:

“Y es que efecto, en ocasiones **los servicios o actividades públicas, se reducen al mero otorgamiento, a favor del interesado, de un acto administrativo formal**, previa constatación de que el interesado cumple los requisitos para obtener la decisión administrativa”.

En el caso en que la Administración Pública dicte el acto administrativo, pero lo haga en forma irregular, se deberá intentar el procedimiento de nulidad del acto administrativo por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad, previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual podrá ser interpuesto por toda persona que tenga interés legítimo, personal y directo en la impugnación del acto. En este caso, el mencionado procedimiento también procede en contra de los actos formales que dicten los concesionarios de verdaderos servicios públicos.

En el caso de que la falta de prestación del servicio consiste en la emisión de un acto ilegal, que ha lesionado el patrimonio del particular, éste puede ejercer contra dicho acto el respectivo recurso de nulidad y acumular una pretensión de condena contra la Administración o contra el concesionario autor del acto recurrido, por lo que si el Tribunal concluye que el acto dictado es nulo y que su ejecución ha causado perjuicios que deben ser indemnizados, deberá condenar en la misma sentencia a la entidad responsable, al pago de tales perjuicios.

#### **1.4.- Recurso por Abstención o Carencia.**

En caso de estar frente a un supuesto en que la Administración Pública o el ente responsable de la prestación de los servicios públicos no dicten un

acto administrativo que debían dictar, se deberá utilizar la vía del Recurso por Abstención o Carencia, y si la falta de dictamen del acto ocasiona perjuicios irreparables por la definitiva, se podrá solicitar el decreto de una medida cautelar, en la cual se ordene a la Administración un acto provisional, sujeto a las resultas del procedimiento por abstención o carencia.

## **2.- El Contencioso Administrativo Venezolano.**

La jurisdicción contencioso administrativa, según mandato constitucional, constituye un conjunto de órganos jurisdiccionales cuyo fin es proteger a los particulares de violaciones en sus derechos públicos subjetivos, que encara de forma plena tal misión y que, para ello controla efectivamente la legalidad en el actuar de todos los órganos y entes que de una u otra manera desempeñan el Poder Público.

Según Canova (1999) determina que:

“Porque protegen derechos e intereses concretamente aquellos de naturaleza pública, es que está la jurisdicción contencioso administrativa insertada en el poder judicial, como lo advierte expresamente la Constitución de 1961 en su artículo 206 y en la actual Constitución en su artículo 259” (p. 57).

El que se conciba la jurisdicción contencioso-administrativa como parte del poder judicial; que se reconozca que los entes públicos, todos están sometidos al derecho y por tanto ninguno está excluido de la revisión jurisdiccional; que se acepte que no es necesario un relajamiento del control judicial sobre ellos para que cumplan sus funciones eficaz e idóneamente; y que se entienda

finalmente que aquellos tutelan efectivamente, al igual que los tribunales ordinarios, verdaderos derechos materiales de los ciudadanos y que su labor es garantía suficiente de estos; evita muchas de las razones que en otros lugares han sido clave - según- para trazar los límites externos y fijar la materia de nuestro contencioso-administrativo (p. 51).

Las bases constitucionales del sistema contencioso administrativo venezolano tienen su antecedente más remoto en la Constitución de 1830 que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia, como órgano encargado de la administración de justicia, la competencia para conocer de las controversias derivadas de los contratos en los cuales interviniese el Ejecutivo Nacional, creándose así el contencioso de los contratos administrativos (art. 147, ordinal 5º de la Constitución de 1830)".

Posteriormente, en la Constitución de 1925, se consagró por primera vez el contencioso de nulidad de los actos administrativos, al establecerse la competencia de la Corte Federal y de Casación para "declarar la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictase el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren el espíritu, razón o propósito de ellas, y en general declarar, cuando sea procedente, la nulidad de todos los actos a que se refieren los artículos 42 (actos ejecutados en extralimitación de funciones) y 43 (actos dictados por requisición si directa o indirecta de la fuera o de reunión del pueblo en actitud subversiva), siempre que emanen de autoridad Nacional o del Distrito Federal, o de los altos funcionarios de los Estados" (artículo 120, ordinal 12).

Por otra parte, en esta Constitución de 1925 se mantuvo en términos similares la regulación ya establecida desde el texto fundamental de 1830,

relacionada con el conocimiento por la Corte Federal y de Casación de las controversias derivadas de los contratos suscritos por el Ejecutivo Federal (artículo 120, ordinal 13). También se reguló por vez primera la competencia del Máximo Tribunal para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios que se propusiesen contra la Nación (artículo 120, ordinal 15), estableciéndose así el contencioso de la responsabilidad del Estado.

Según Badell (2001) establece que:

“Es en la Constitución de 1945, cuando se estableció expresamente el carácter centralista de nuestro sistema de justicia al eliminarse la competencia de los Estados para administrar justicia y reservarse esta facultad en el Poder Federal exclusivamente (Artículo 15, ordinal 7º), en concreto, en la Corte Federal y de Casación quien conservó sus competencias contencioso administrativas en materia de actos, contratos y responsabilidad. Se nacionalizó así la justicia y se concedió al legislador la organización y funcionamiento de los tribunales que fueren necesarios para la administración de justicia de forma independiente de los demás Poderes Públicos (Artículo 122), esta ley, sin embargo, nunca fue dictada. Esta situación se mantuvo prácticamente incólume en las Constituciones de 1947 y 1953. De esta forma, hasta la Constitución de 1953, el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa estaba concentrado y centralizado en un sólo órgano, la Corte Federal, que se erigía como el único tribunal contencioso administrativo general de la nación, no obstante que sus competencias no se limitaban a esta materia, pues se extendían a otras ramas jurídicas como la constitucional, la civil y la penal”.

Debe saberse que es en la Constitución de 1961 cuando, por una parte, se otorga rango constitucional a la descentralización de competencias, al establecerse en el artículo 137 la facultad del Congreso de atribuir a los

Estados y Municipios materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización administrativa y, por la otra, se desconcentra la jurisdicción contencioso administrativa, al preverse la creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo.

Badell (2001) establece:

“De esta forma, la Constitución del 61 previó dos mecanismos que permitieron aproximar la justicia al ciudadano, a saber: (i) la desconcentración, a través de la cual el Poder Judicial atribuyó a otros órganos jurisdiccionales con competencia nacional ciertas funciones que le eran propias, tal como ocurrió con la creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos; y (ii) la descentralización, a través de la cual se atribuyeron a los estados y municipios competencias propias del Poder Judicial Nacional, como ocurrió por ejemplo con la Ley Orgánica de la Justicia de Paz” (Cfr. dictada en la Universidad Fermín Toro).

La Constitución de 1961 consagró la estructura actual del sistema contencioso administrativo al determinar que ésta corresponde a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales que determine la ley, quienes tendrán competencia para anular los actos administrativos generales o particulares contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración condenándola al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios, y

disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Así, se dejó en manos del legislador ordinario la determinación de los órganos jurisdiccionales que habrían de integrar esta especial jurisdicción junto con la Sala correspondiente del Máximo Tribunal. En este sentido, la disposición transitoria décima quinta de la Constitución de 1961 otorgó a la Sala Político-Administrativa el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa hasta tanto no se dictase la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, texto normativo que entró en vigencia el 1 de enero de 1977.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituyó así un avance moderado en la búsqueda de una justicia desconcentrada, cercana a los particulares y adecuada a las exigencias de un Estado moderno cada vez más intervencionista e involucrado en relaciones de diversa índole con los administrados.

En efecto, frente a la estructura organizativa imperante antes de la entrada en vigencia de la ley, caracterizada por la concentración y centralización del ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa en un solo órgano (Sala Político-Administrativa), la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia desconcentró las competencias atribuidas a la Sala

creando dos nuevas clases de tribunales contencioso administrativos generales, a saber: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo.

Estos últimos fueron creados mediante Decreto N° 2057 de fecha 8 de marzo de 1977 (G.O. N° 31.201 del 23 de marzo de 1977), en el cual se dividió el territorio nacional en ocho circunscripciones especiales a los fines de la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa a nivel regional. Estas circunscripciones son las siguientes:

a) La Región Capital, que comprende el Distrito Federal (hoy Distrito Capital), y los Estados Miranda, Aragua y Guarico;

b) La Región Centro-Norte, que abarca los Estados Carabobo, Cojedes, Yaracuy y el Distrito Silva del Estado Falcón;

c) La Región Centro-Occidental, que comprende los Estados Lara, Portuguesa y Trujillo;

d) La Región Occidental, integrada por los Estados Zulia y Falcón, con excepción del Distrito Silva de éste último;

e) La Región de los Andes, conformada por los Estados Mérida, Táchira y Barinas, con excepción del Distrito Arismendi de éste último y por el Distrito Páez del Estado Apure;

f) La Región Sur, integrada por el Estado Apure con excepción del Distrito Páez, y por el Territorio Federal Amazonas (hoy Estado Amazonas) y el Distrito Arismendi del Estado Barinas;

g) La Región Nor-Oriental, conformada por los Estados Nueva Esparta, Sucre y Anzoátegui, con excepción del Distrito Independencia del Estado Anzoátegui; y,

h) La Región Sur-Oriental, integrada por los Estados Bolívar y Monagas y Delta Amacuro y el Distrito Independencia del Estado Anzoátegui.

Luego, mediante Resolución N° 871 de fecha 9 de mayo de 1991, el extinto Consejo de la Judicatura creó en la Región Capital tres nuevos Juzgados Superiores con competencia en lo Civil y Contencioso Administrativo, a los cuales se les atribuyó competencia en materia de inquilinato.

Al respecto, Badell (2001) expresa:

“La creación de la Corte Primera y de los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos dentro de la estructura organizativa de la jurisdicción contencioso administrativa -si bien se hizo a manera de ensayo como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Corte- constituyó el primer intento serio de "desconcentrar" la administración de justicia a fin de facilitar a los particulares el ejercicio de las acciones o recursos contra aquellos actos, actuaciones, hechos u omisiones de las administraciones estatales o municipales que resultasen arbitrarios o ilegales, evitando que éstos quedasen impunes como ocurría anteriormente en vista de la dificultad de los administrados de trasladarse a la capital de la República para dilucidar sus controversias con la Administración. También se logró con ello descongestionar la actividad de la Sala Político-Administrativa y el volumen de causas sometidas a su conocimiento.

Esta tendencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se hace más evidente en su Artículo 187 que establece la posibilidad para la Sala Político-Administrativa de crear otras Cortes de lo Contencioso Administrativo y distribuir la competencia entre ellas cuando las necesidades de la administración de justicia así lo exijan.

Pero la Ley Orgánica de la Justicia de Paz no sólo resulta relevante por el hecho de descentralizar la justicia sino también por la circunstancia de involucrar a los particulares en su administración desde que toda persona habitante del municipio que cumpla con los requisitos previstos en la ley, podrá sin ser abogado, ejercer las funciones de jueces de paz (Artículo 21)”.

Debe saberse que estas orientaciones descentralizadoras del sistema de justicia y de la jurisdicción contencioso administrativa ya recogidas en la Constitución de 1961, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, son ahora ampliadas por la Constitución de 1999 que confiere rango constitucional a la organización de la justicia de paz en las comunidades (artículo 258) y la creación de

tribunales y cortes regionales con el fin de "promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial" (artículo 269).

Cabe destacar que ni la exposición de motivos de la Constitución ni los diarios de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, expresan las razones que justificaron la incorporación en el ordenamiento constitucional de estas disposiciones, no obstante, no hay duda que las mismas tienen por objeto descentralizar la justicia para acercarla a los administrados.

En efecto, el artículo 258 de la Constitución establece:

"La Ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa, secreta, conforme a la ley".

Por su parte, el artículo 269 ejusdem dispone:

"La Ley regulará la organización de los circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial".

Así, en contraste con el carácter centralista y nacional que anteriormente caracterizaba nuestro sistema de justicia, la Constitución de 1999 constitucionaliza la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial. De esta forma, la Constitución, por un lado, involucra a los ciudadanos en la labor de impartir justicia mediante el establecimiento de

juzgados de paz dirigidos a resolver asuntos que por su relevancia no ameritan ser conocidos por los órganos jurisdiccionales y, por el otro, facilita a éstos el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia mediante la creación de tribunales y cortes regionales que eviten la carga de tener que acudir a los tribunales nacionales para ejercer la defensa de sus derechos.

Pero además, la Constitución de 1999 amplía ahora el ámbito de acción de la jurisdicción contencioso administrativa al incluir expresamente su competencia para conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, creando así la necesidad de desarrollar un contencioso de los servicios públicos, que actualmente constituye una novedad dentro de la carta magna.

### **3.- El Contencioso de los Servicios Públicos en la Constitución de 1999.**

Establecidas ya las características de la actuación del Estado y la importancia que tiene para el logro de sus fines que esa actuación sea desarrollada de modo efectivo, obtenemos la idea de la responsabilidad del Estado. Por otra parte, nos encontramos con los derechos constitucionales, como poderes de los ciudadanos, que tienen como función la de lograr la efectividad de la labor del Estado. Esos derechos ya están concebidos y el Estado es el responsable del cumplimiento de los mismos.

Es evidente entonces la necesidad de que la protección de los derechos de los ciudadanos se haga efectiva a través de los órganos jurisdiccionales, por medio de la interposición de acciones que logren realmente servir de garantías, si no vamos a encontrarnos frente a situaciones muy bien demarcadas en la legislación, pero que por la falta de su protección van a verse convertidas en letra muerta sin ningún desarrollo efectivo en la realidad.

Sobre el tema de la descentralización de la justicia propugnada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Badell (2001) establece que:

“No hay duda que la Constitución, al fomentar la descentralización de la justicia para su mayor acercamiento al ciudadano y al exhortar al legislador al establecimiento de procedimientos expeditos, eficaces, no sujetos a formalidad para la realización de la justicia y la protección de los intereses del particular, brinda las herramientas necesarias para el establecimiento de un régimen del contencioso de los servicios públicos acorde con las exigencias de todo derecho moderno; corresponderá al legislador hacer buen uso de esas herramientas en beneficio del interés general”.

Rondón (2001), establece que el Contencioso de los Servicios Públicos plantea que los servicios públicos por su variedad, absoluta necesidad y generalmente imposibilidad de sustitución, no permiten al beneficiario de los mismos una defensa efectiva en contra de excesos que sus condiciones generan y es por ello que establece que un régimen análogo al Contencioso

Administrativo podría ser la clave para su tutela. En efecto, si el contencioso administrativo lo que persigue es controlar los abusos de la Administración Pública y de los entes de autoridad, justamente porque el ejercicio que realizan de la función administrativa está necesariamente dotado de poderes ejecutorios, en análoga situación se encuentran los servicios públicos.

En este sentido, Rondón (2001) propone un procedimiento, que por su naturaleza debe formar parte del sistema contencioso administrativo que se ventila ante un juez contencioso administrativo, por cuanto cualquiera que sea el prestador del servicio se le equipara con una Administración controlada por tal vía. Dicho sistema debe ir dirigido a la protección del usuario como receptor del servicio, lo que no impide que las acciones puedan ser ejercidas conjuntamente por varios usuarios cuando se trate de algún motivo de reclamación referencia a idéntico servicio prestado en el mismo período. (p. 212).

Por su parte, se ha considerado que el procedimiento por medio del cual se diriman los conflictos producidos por la prestación de los servicios públicos ha de ser breve, similar al amparo constitucional, sumario y sin incidencias. Debe otorgársele al juez la posibilidad de imponer las medidas correspondientes para ordenar las reparaciones necesarias y establecer las

sanciones que procedan, por medio de un poder inquisitivo que le permita averiguar los hechos denunciados.

El contencioso de los servicios públicos para ser eficiente y atender a la esencia de la protección que quiso otorgarse a los usuarios de los servicios públicos, exige un procedimiento que tenga las mismas dinámicas de tales prestaciones y que esté en manos de un juez completamente entregado a la modernización y simplificación de los procesos y de la interpretación jurídica.

Por su parte, Badell (2001), plantea que en contraste con el carácter centralista y nacional que anteriormente caracterizaba nuestro sistema de justicia, la Constitución de 1999 constitucionaliza la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial. Pero además, la Constitución de 1999 amplía ahora el ámbito de acción de la jurisdicción contencioso administrativa, al incluir expresamente su competencia para conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, creando así el contencioso de los servicios públicos, contemplando también un régimen especial sobre la creación, prestación, disfrute y protección de los mismos.

Pero la verdadera novedad de este fuero consagrado por el artículo 259 de la Constitución de 1999 es que puso fin a las razones que se esgrimían para sustraer a la jurisdicción contencioso administrativa del conocimiento de

las controversias en la materia de servicios públicos, bajo el argumento de que éstos en su mayoría eran prestados por entes y personas privadas reguladas por el derecho común.

De esta manera, el derecho administrativo establece un medio de control de la calidad de los servicios públicos, pues cuando éstos no son prestados o son deficientes, el particular tiene derecho de hacer uso de los mecanismos que el derecho administrativo le brinda para exigir su eficiente prestación. Así, el derecho administrativo cumple una doble función, pues además de proporcionar al particular las herramientas necesarias para lograr el resarcimiento del perjuicio causado por la deficiente prestación del servicio, se muestra también como un medio de control de la propia Administración, pues desde el momento en que el Estado es obligado a resarcir un daño producido por una deficiente prestación del servicio, se ve constreñido también a tratar de mejorar sus servicios con el fin de no producir ese daño en el futuro.

Villegas (1951), establece sobre la situación jurídica del usuario del servicio público, que el servicio se organiza para el usuario o el consumidor, y es por consiguiente, el primer interesado en que las prestaciones se realicen en la forma y modo instituidos por la ley o el reglamento, bien se trate de servicios a cargo directo o indirecto de la Administración Pública.

Como puede ocurrir que las prestaciones no se cumplan o cumplidas lo sean irregularmente, es por ello necesario que el usuario tenga los medios jurídicos tutelares de ese interés que por otra parte no es sino la observancia de la ley.

En el derecho argentino existen diferentes recursos con los cuales los usuarios defienden su derecho o su interés legítimo, que debe ser personal y directo, estos recursos son el de revocación, el jerárquico, el contencioso de plena jurisdicción, el de anulación. En este último se juzga el acto, no el interés del usuario. Tanto en el recurso de plena jurisdicción como en el de anulación, por su propia naturaleza contencioso administrativa, existe contienda entre el usuario y la Administración Pública. Con todos estos recursos se persigue no sólo la legalidad formal, sino particularmente los fines de la actividad administrativa: la satisfacción de las necesidades colectivas.

Benoit (1977), plantea que los servicios públicos tienen por objeto suministrar prestaciones a los particulares y constituyen, en efecto, una de las razones de ser fundamentalmente de la institución administrativa: la Administración existe para suministrar prestaciones a los particulares. Conocer las relaciones exactas que existen entre el servicio público y sus

usuarios es conocer de los elementos determinantes de la situación política del país.

Por lo tanto, se establece que si la Administración rehúsa ilegalmente suministrar una prestación, o la suministra en condiciones anormales, los particulares pueden utilizar los medios de defensa que les reconoce el derecho administrativo, es decir, el recurso por exceso de poder y la acción de responsabilidad. La obligación de suministrar las prestaciones que pesa sobre la Administración será sancionada.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, surge la imperiosa necesidad de crear un completo sistema jurídico que responda a las necesidades sociales, un conjunto de órganos y de instituciones con los que cuente la sociedad para lograr cabalmente los fines de justicia, seguridad y bien común.

El sistema jurídico debe contener los siguientes elementos para que pueda cumplir sus cometidos. Primero, debemos encontrarnos con el establecimiento de los derechos, poderes y facultades que deben ser tutelados por medio de la coacción aplicable por el Estado y que tienen como contrapartida los deberes que deben cumplir el Estado o los particulares. Segundo, el establecimiento de las acciones, que son las vías dirigidas a

hacer efectivos los primeros. Tercero, deben estar presentes las instituciones jurisdiccionales, que son las encargadas de aplicar el derecho al caso concreto y que actúan en el momento en que se contraponen los derechos y los deberes, canalizando las acciones para asegurar la efectividad del sistema.

Cabe agregar a los elementos del sistema jurídico anteriormente mencionados el constituido por los fines del sistema, que son los valores de seguridad, justicia y bien común, que deben estar muy presentes en todo sistema jurídico para alcanzar el fin para el cual fue creado, porque si no alcanza estos fines no se justificaría la existencia del sistema.

De este modo podemos afirmar, que siendo los derechos que contienen la materia de los servicios públicos derechos de carácter fundamental, estos deben ser efectivamente tutelados por un sistema jurídico creado específicamente con tal fin. La Constitución nos ha dado la vía para que este sistema sea desarrollado, al incluir como materia de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Sobre este aspecto el artículo 259 de la Constitución establece que "...Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para ... conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; ...".

No podemos cerrar los ojos frente a esta necesidad de crear una vía idónea para lograr la protección de los derechos de los servicios públicos y no podemos quedarnos inactivos en función de esa necesidad que ya la misma Constitución nos mencionó. Es ineludible la necesidad de desarrollar cuanto antes las materias y las acciones de la jurisdicción contencioso administrativa para lograr la protección de la materia de los servicios públicos.

Hasta ahora se han llevado a cabo reclamaciones en esta materia por medio de la vía del procedimiento de amparo constitucional, alegándose la violación de derechos constitucionales, pero existen situaciones donde esta vía no es efectiva, por ejemplo, en los casos de servicios desarrollados en leyes de la materia, imposibilitando encuadrar la falta dentro de la violación de derechos constitucionales, haciendo improcedente la vía del procedimiento de amparo constitucional.

Por lo tanto, es necesario el desarrollo de las acciones de protección jurisdiccional aplicables a la materia de los servicios públicos, pudiendo encuadrar en esas acciones cualquier reclamación en materia de servicios públicos, encontrándose regulada en la Constitución o en cualquier otra ley. Surge entonces, la necesidad de desarrollar el contencioso de los servicios públicos.

La Constitución de 1999 en su artículo 259 consagra como una novedad del sistema contencioso administrativo la competencia para conocer de los reclamos por la prestación de los servicios públicos, lo cual se puede establecer que constituye un adelanto en la legislación debido a que estableció la vía para la protección de los usuarios ante los abusos ocurridos en la prestación de los servicios públicos. Es así como las pretensiones derivadas de los conflictos surgidos en razón de las prestaciones que son, cuantitativamente y cualitativamente las más importantes que la Administración otorga a los ciudadanos, pasan al ámbito del contencioso administrativo.

Es en esta esfera donde operan los tribunales con competencia para anular actos administrativos generales o individuales cuando sean contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; para conocer de las demandas de pago de sumas de dinero y de reparación de daños y perjuicios.

Al respecto, Rondón, (2001) establece que:

“Los usuarios de los servicios están especialmente protegidos por uno de los regímenes jurisdiccionales de mayor poder garantístico. No puede dejar de señalarse que la norma precedentemente citada de la Constitución del 99 ha pasado inadvertida, al punto tal que el propio constituyente no hace especial mención de su inclusión. En efecto, el haber ampliado el contencioso administrativo a una esfera de control sobre los servicios públicos significa una profunda modificación del sistema al aportarle un elemento de absoluta novedad en el campo de la disciplina.

Al efecto hay que precisar que el contencioso administrativo se ha extendido hasta cubrir a los dos "actos de autoridad" con respecto a los cuales hemos de recordar que se trata de verdaderos actos administrativos, ya que por previsión de una norma expresa tienen la fuerza para operar sobre las situaciones jurídicas de los administrados, al punto tal que le es posible degradar a interés los derechos subjetivos, e igualmente, constituirlos o modificarlos en beneficio de un sujeto". (p.217)

Debe señalarse al efecto, que la ampliación del contencioso administrativo le ha permitido no sólo operar en las esferas donde se dictan actos administrativos, es decir, actos formales, sino también penetrar en la actividad de los entes públicos patrimoniales para controlar los negocios jurídicos que ellos mismos concertan y las responsabilidades que derivan de sus gestiones. En la nueva modalidad del contencioso, esta ampliación se hace más extensa, ya que el sujeto pasivo puede ser cualquier prestador de servicios al público cuando estos son esenciales para la normal satisfacción de las necesidades de los sujetos o de los grupos, tanto si son entes estatales como particulares.

Rondón (2001) establece que:

"La "esencialidad" del servicio en el sentido de que su carencia pueda desarticular la vida cotidiana, no es una exigencia que posea carácter absoluto, sino que tal calificación alude al criterio de necesidad general propio de todos los sujetos del ordenamiento como una exigencia para el fluido desenvolvimiento de actividades diarias de la colectividad.

Estas diferencias entre contencioso administrativo y contencioso de los servicios obliga a una regulación ad hoc de este último, en el cual el procedimiento sea más sucinto que el ordinario y el

tribunal más accesible a las partes del conflicto. Es la oportunidad de introducir los sistemas electrónicos para el desarrollo del Proceso en forma tal que no sea necesaria la moción de las partes hasta la sede del tribunal. En efecto, para que el principio de generalidad de la justicia se haga efectivo, es necesario que el estado suministre a quienes utilizan el contencioso administrativo centros informáticos a un costo mínimo” (p. 218).

Debe tenerse en cuenta que el artículo 259 es la clave para la adopción inmediata de un sistema contencioso administrativo de los servicios públicos y el mismo, para ser eficiente y atender a la esencia de la protección que quiso otorgarse a los usuarios de los servicios públicos, exige de un procedimiento que tenga la misma dinámica de tales prestaciones y que este en manos de un juez completamente entregado a la modernización y simplificación de los procesos y de la interpretación jurídica.

Según Badell (2001):

“En cuanto a las materias que pueden ser objeto de control por el contencioso administrativo de los servicios públicos podría afirmar, siguiendo a la Dra. Sansó, que ésta se extiende a los siguientes supuestos:

a) Falta de prestación del servicio o supresión del mismo. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 14 de abril de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Pier Paolo Pasceri (Caso: V.M. Peña Vs. IVSS), declaró con lugar la acción de amparo ejercida contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales por la supresión del servicio de emergencias y consultas médicas nocturnas de un ambulatorio”.

La Corte sostuvo que la actividad desplegada por el agraviado atenta contra los principios básicos que inspiran la prestación de todo servicio público, el de la continuidad; el cual contiene mayor relevancia en el servicio público de la salud, siendo éste de extrema necesidad en toda sociedad y más aun en la venezolana cuya prestación se hace requisito indispensable de vida, dado los múltiples factores que atentan contra ella en razón de la baja rigurosidad en la salubridad pública, la inseguridad personal, entre tanto, que por ser hechos notorios para esta Corte no requieren de pruebas.

Badell (2001) continúa estableciendo lo siguiente:

“b) Prestación deficiente en la que puede ubicarse la prestación tardía, o de mala calidad. Así lo estableció la Corte Primera de lo Contencioso al determinar la responsabilidad de la C.A. Hidrológica de la Región Capital, empresa del Estado, por la prestación deficiente del servicio de tratamiento y disposición de aguas residuales al cual estaba obligada la empresa para el mantenimiento del derecho del usuario a la salud y un ambiente sano (Sentencia de fecha 6 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente: Dra. Evelyn Marrero. Caso Proavanca vs. Hidrocapital).

c) Cobro indebido, exorbitante, retroactivo o extemporáneo.

d) Interrupción, suspensión definitiva o parcial del servicio y prestación casual o contingente. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que los usuarios puedan hacer uso de la acción de amparo frente a las lesiones a derechos y garantías constitucionales ocasionadas por la suspensión abusiva de un servicio público derivada de la ejecución de un contrato de servicios.

Así lo estableció la Sala Constitucional en decisión de fecha 8 de diciembre de 2000, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera, al señalar que si bien en materia de servicios públicos el sólo incumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas de la concesión no justifican una acción de amparo constitucional, es lo cierto que cuando el abuso de ese derecho por parte de la

Administración vacía de contenido un derecho humano fundamental o una garantía constitucional haciéndolo nugatorio, se está en presencia de una violación directa de la Constitución que da pie al amparo y que en virtud de la prestación masiva de los servicios públicos permitiría, incluso, el ejercicio de un amparo protector de derechos e intereses difusos o colectivos por parte de la Defensoría del Pueblo.

e) Daños emergentes derivados de la falta o deficiente prestación del servicio. En ese sentido se señala que el lucro cesante y el daño moral quedan excluidos del contencioso de los servicios públicos, sin perjuicio de que, en todo caso, la sentencia que declare la ineficacia o deficiencia del servicio pueda servir de título fundamental para la reclamación de estos daños por ante los tribunales competentes.

f) Actos administrativos que afecten la esfera jurídico subjetiva de los particulares. En este rubro se ubicaría el supuesto, antes señalado, del servicio de enseñanza. La Ley Orgánica de Educación confiere a las autoridades la facultad de dictar actos que afectan en forma negativa a los particulares (i.e. acto de expulsión de un alumno dictado por el Director de una escuela), y que constituyen verdaderos actos administrativos al punto que respecto de los mismos se prevé todo un régimen de recursos administrativos como fase previa a su impugnación en vía contencioso administrativa”.

Es necesario que a la hora de establecer la materia del contencioso administrativo de los servicios públicos de manera formal se tomen en cuenta todos los supuestos antes señalados y de esta manera lograr mayor efectividad y rapidez en la resolución de los problemas que genera la prestación de los servicios públicos.

Sobre este aspecto ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional en fecha 8 de diciembre de 2000, caso TRANSPORTE SICALPAR, S.R.L. contra PUERTOS DE LITORAL

CENTRAL P.L.C., S.A., con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera

Romero, al expresar:

“En materia de servicios públicos, como es el caso de autos, nacen derechos derivados de la concesión, de su contexto, los cuales se incumplen y no fundamentan una acción de amparo constitucional, pero cuando el abuso de esos derechos vacía el contenido de un derecho humano fundamental o un derecho o garantía constitucional, haciéndolo nugatorio, se está ante una violación directa de la Constitución, que da lugar al amparo, y que con relación a la prestación masiva de los servicios públicos, permite un amparo protector de derechos o intereses difusos o colectivos, que incluso puede ser interpuesto por la Defensoría del Pueblo. Ello sin perjuicio de otras acciones mediante las cuales la participación ciudadana, directa, o indirectamente mediante la Defensoría del Pueblo, controle la protección de los servicios públicos, procurando su correcto funcionamiento, la erradicación de la arbitrariedad, las desviaciones de poder, etc.

Lo ideal es que muchas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos; pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario.”.

Podemos notar la necesidad de crear unas vías propias para poder interponer aquellas reclamaciones, que siendo de la materia de los servicios públicos, escapan del ámbito de la protección de amparo constitucional y que actualmente están siendo ventilados por las vías ordinarias en vista de la falta del contencioso de los servicios públicos. Sobre este aspecto la sentencia anteriormente citada estableció:

“Hay servicios públicos, como el eléctrico, por ejemplo, que en la ley (Decreto con rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico), hace nacer derechos y obligaciones a los usuarios y a los prestadores del servicio, y lo relativo a esos derechos no estarían tutelados por el amparo constitucional, por lo que deberán ventilarse mediante los procesos ordinarios, mientras no se dicte una ley que rijan el contencioso de los servicios públicos.”.

Estableció la citada decisión, que en materia de servicios públicos, nacen derechos derivados de la concesión, de su contexto, los cuales se incumplen y no fundamentan una acción de amparo constitucional, pero cuando el abuso de esos derechos vacía el contenido de un derecho humano fundamental o un derecho o garantía constitucional, haciéndolo nugatorio se está ante la violación de la Constitución, lo cual da lugar al amparo y que con relación a la prestación masiva de servicios públicos, permite un amparo protector de derechos o intereses difusos o colectivos.

No se trata del usuario que no cumple con la obligación y recibe la sanción a tal conducta (suspensión del servicio), sino de la actividad arbitraria de quien suministra el servicio, que infringe derechos y garantías constitucionales básicas de las personas, actitud que a pesar de que pudiese estar contemplada en los contratos, equivale a vías de hecho.

En la decisión se llegó a la conclusión de que lo ideal es que algunas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos,

pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las agresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso y arbitrario.

En decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de Luisa Morales (2000) caso Luz Eléctrica de Venezuela C.A., La Electricidad de Caracas y la Administradora Serdeco, C.A. contra la Defensoría del Pueblo, por vía de recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de Amparo Constitucional contra actos administrativos de autoridad dictados por las mencionadas empresas, observa la Corte que por la naturaleza del servicio prestado y por el ámbito de los intereses en conflicto, incuestionablemente el objeto que envuelve la prestación acción, no es otro sino el referido al campo de los servicios públicos, cuya garantía de salvaguarda judicial se identifica con el contencioso de los servicios públicos.

Después de determinar la Corte de manera amplia que la prestación de la actividad cuestionada constituye un verdadero servicio público, siendo atraída la misma por el referido contencioso administrativo de los servicios públicos, se declaró competente la Corte Primera de lo Contencioso

Administrativo para conocer del caso, por fuerza de lo previsto en el Artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La necesidad de obtener medios jurisdiccionales que permitan interponer acciones en materia de servicios públicos ha traído como consecuencia que hayan sido utilizadas vías no propias para las peticiones que se realizan y que no logran los objetivos buscados. En esta falta de las acciones pertinentes, los usuarios han utilizado vías como el amparo constitucional en los casos de negativa por parte del ente obligado de prestar el servicio público, y también en los casos de actos que impiden el acceso al servicio a determinados usuarios ha sido usada la vía del amparo y también la vía del recurso contencioso administrativo de anulación basándose en la teoría de los actos de autoridad, cuando el servicio es prestado por un ente público o privado distinto al Estado.

En el caso de que se genere un daño al usuario por el mal funcionamiento de los servicios públicos, se ha utilizado la vía de la responsabilidad extra-contractual por funcionamiento anormal, teniendo que soportar el usuario las dificultades de probar el mal funcionamiento, que es clara la dificultad que implica probar tal hecho.

Nos encontramos pues frente a un sistema jurídico insuficiente, incapaz de garantizar los derechos de los administrados a verse satisfechos en los servicios públicos, por lo tanto se encuentran en un estado de total indefensión, pues el derecho de ejercer acciones contra la Administración por las irregularidades en los servicios públicos no protege sus derechos.

Existe la necesidad urgente de desarrollar un sistema jurídico que desarrolle el contencioso de los servicios públicos, que nos presente la posibilidad de poder hacer efectivas las acciones dirigidas a garantizar la prestación de los servicios públicos.

Sobre ese punto, el Tribunal Supremo de Justicia ha realizado un Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que ha incluido la materia de los servicios públicos como punto a tratarse de manera independiente, tanto así que le ha sido dedicado un Capítulo sobre el Procedimiento del Recurso de Reclamo por la Prestación de los Servicios Públicos, otorgándole de este modo la importancia que la materia se merece.

Sin llegar a establecer si ha sido la mejor forma de desarrollar el contencioso de los servicios públicos, no podemos pasar por alto este anteproyecto de ley que por lo menos nos dé una luz de que si se está

tomando en cuenta el mandato constitucional de incluir en la jurisdicción contencioso administrativa la materia de los servicios públicos.

Al respecto, Araujo (2003) ha establecido lo siguiente:

“Por otra parte, el recurso de reclamo por la prestación de servicios públicos plantea además del aspecto procesal, un problema de fondo en cuanto a la determinación del ámbito del contencioso de los servicios públicos y a la naturaleza del Derecho aplicable al fondo de las controversias, por lo que se requiere que tales aspectos sean abordados por la ley especial sobre la jurisdicción contencioso-administrativa que habrá de dictarse en su día.

En este orden de ideas, la autora JAIMES GUERRERO ha procedido a comentar el anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promovido por el Tribunal Supremo de Justicia, donde se hacen interesantes observaciones y cuya lectura recomendamos, no sin antes advertir la necesidad de tener presente los principios del Derecho procesal administrativo, que ha sido objeto de una obra nuestra y la cual deferentemente remitimos *in totum* al lector” (p. 283).

El artículo 2 del Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “Quedan igualmente sometidas a las regulaciones de la presente Ley: ...8.- Las reclamaciones por la prestación de los servicios públicos...”. Se incluye dentro de las materias de la jurisdicción contencioso administrativa las reclamaciones en materia de servicios públicos. En el artículo 21 establece que “Es de la competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo: ...7.- Conocer de los reclamos por la prestación de los servicios públicos...”.

El título V de la Ley antes citada expone Los Procedimientos en el Contencioso-Administrativo, y le dedica todo el Capítulo VII al procedimiento aplicable en la materia de reclamaciones por la prestación de los servicios públicos, en los términos siguientes:

“Artículo 122. Toda persona que resulte afectada como consecuencia de la carencia de un servicio público o de su deficiente prestación, podrá intentar recurso de reclamo ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo con competencia territorial según el domicilio del recurrente.

Artículo 123. El recurrente presentará escrito en el que, sin mayores formalidades, explanará pormenorizadamente las circunstancias de su reclamo.

El recurso de reclamo se tramitará por el procedimiento de la instancia de conciliación, previsto en el artículo 98 de esta ley.

Artículo 124. Agotada la instancia de conciliación sin que se hubiese resuelto la reclamación, el peticionario podrá intentar demanda que se tramitará por el procedimiento breve regulado en el Código de Procedimiento Civil, si su reclamo no tuviere contenido patrimonial o teniéndolo no exceda de ocho mil seiscientos unidades tributarias (8.600 U.T.). Si la demanda se interpone en contra de la República, no será necesario agotar el procedimiento administrativo previo establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Si el monto de la demanda excede el límite establecido en este artículo, el juicio se ventilará por el procedimiento previsto en el Capítulo IV de esta Ley.”

Por su parte, el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa consagra un procedimiento especial para la tramitación de las reclamaciones derivadas de la carencia de un servicio público o la deficiencia de su prestación. Entre los aspectos procesales más relevantes destacan: El proyecto confiere a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo con competencia territorial en el domicilio del reclamante, la

facultad de conocer de los recursos de reclamo que se intenten por la prestación deficiente del servicio. El recurso de reclamo ejercido por el particular podrá ser presentado sin mayores formalidades y estará sometido previamente a una instancia de conciliación.

De resultar infructuosa la conciliación, el reclamante podrá intentar una demanda por la falta o deficiente prestación del servicio, la cual se tramitará por el procedimiento breve regulado en el Código de Procedimiento Civil, siempre que dicho reclamo no tuviese contenido patrimonial o teniéndolo no exceda de ocho mil seiscientas unidades tributarias (8.600 UT). Si se excede esta cuantía, el procedimiento aplicable será el de las demandas ejercidas contra la República. Así mismo, se dispone que si la demanda se ejerce contra la República no será necesario agotar el procedimiento administrativo previo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En estos términos regula el Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el procedimiento aplicable a las reclamaciones por servicios públicos.

Cumple de este modo con la inclusión de la materia de los servicios públicos en la jurisdicción contencioso administrativa, mostrando por lo

menos una vía de lo que puede ser el inicio del desarrollo del derecho de los servicios públicos.

Algunos puntos de los planteados en el mencionado Proyecto ya han sido tomados en cuenta legislativamente, tal es el caso de la materia del tribunal competente para dirimir estos conflictos, sobre lo cual la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, promulgada en Gaceta Oficial N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, establece en su artículo 5, ordinal 37, al referirse a la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, lo siguiente:

“37. Conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones, y demás acciones o recursos contra las sentencias, dictadas por los Tribunales Contenciosos Administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, que decidan sobre las acciones de reclamos por la prestación de servicios públicos nacionales”.

Es nuestra labor no quedarnos apáticos frente a la necesidad de lograr la creación de un sistema jurídico con bases firmes que nos permita ejercer reclamaciones jurisdiccionales cuando no sean satisfactoriamente cumplidas las labores encomendadas al Estado para el cumplimiento de sus fines.

En virtud de lo anteriormente expuesto, existe en Venezuela la necesidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico el Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos, atendiendo a lo establecido en el

artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

#### **4.- Derecho Comparado en Resolución de Conflictos Generados por la Prestación de los Servicios Públicos.**

Debe establecerse que la verdadera novedad de este fuero consagrado por el artículo 259 de la Constitución de 1999, es que puso fin a las razones que se esgrimían para sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento las controversias en materia de servicios públicos, bajo el argumento de que éstos en su mayoría eran prestados por entes y personas privadas reguladas por el derecho común.

No queda duda que actualmente y siguiendo las tendencias del derecho comparado, que la totalidad de las controversias relacionadas con la prestación de los servicios públicos, independientemente de la naturaleza pública o privada del prestador del servicio, corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa.

Badell (2001) expresa:

“Así ocurre por ejemplo en España, que en su Constitución de 1978 (art. 106.2) consagra el sistema de responsabilidad del Estado por las lesiones causadas a los particulares en sus bienes

y derechos siempre que éstas «*sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*». En estos casos, al igual que en Venezuela, el conocimiento de los reclamos derivados de la falta o mala prestación del servicio compete exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa a tenor de lo dispuesto en la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 2, e), no pudiendo ser demandada la Administración por este motivo ante el orden jurisdiccional civil o social.

Dicho Artículo dispone expresamente lo siguiente:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". (Cfr. dictada en la Universidad Fermín Toro).

En Argentina el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires (Ley 12.008, B.O. del 3/11/97 modificado por ley 12.310, B.O. del 19/8/99) confiere a los tribunales contencioso administrativos competencia para conocer de las controversias que "se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo" (inciso 2 del Artículo 2).

A su vez, el artículo 5, inciso 2, aparte c del referido código determina que el tribunal contencioso competente para conocer de la controversia será el "correspondiente al lugar de ejecución de la prestación".

La competencia en éstos casos vendrá determinada por dos aspectos, a saber: (i) "que la cuestión que se ventile esté reglada por el derecho administrativo, lo cual constituye una exigencia esencial para que se configure la competencia contencioso administrativa", de allí que queden excluidos de esta especial jurisdicción, las controversias que se deriven entre el concesionario del servicio y sus agentes, empleados o terceros no usuarios; y (ii) «no se exige que el prestador del servicio sea una persona pública estatal, pues dichas normas genéricamente se refieren a los "prestadores de servicios públicos" cualquiera sea la modalidad de gestión de aquellos (directa o indirecta) (...).

De modo tal, (...) la condición pública o privada del sujeto que gestione el servicio no constituye un dato relevante para delimitar la competencia».

En Alemania, por su parte, la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad prestacional de la administración en la que se ubican los servicios públicos. Así, en el derecho alemán se contempla la posibilidad de ejercer una "acción prestacional" dirigida a lograr una determinada prestación o conducta de la administración, como sería aquella dirigida a mantener la vigencia y funcionamiento del servicio que fue arbitrariamente eliminado por un funcionario.

Rondón, (2001) establece:

“Que se someta a un régimen contencioso administrativo una actividad que por lo general es prestada por entes privados creados con base a las normas del derecho común, radica en el hecho de que si bien la normativa sustantiva de derecho privado tiene para el Estado promotor la ventaja de que excluye a las empresas (del estado) de los rígidos controles que el Derecho Administrativo ha forjado para tutelar mejor los intereses que están representados en esos entes económicos; sin embargo, desde el punto de vista procesal, el procedimiento contencioso administrativo, bajo las riendas de un juez especial que conoce a fondo los requerimientos de las Administraciones Públicas, resulta mucho más favorable a tales intereses”. (p. 201).

Por otra parte, se encuentra Francia que es considerado como el régimen precursor de la llamada "jurisdiccionalización de la acción administrativa", este derecho se ha concentrado en el estudio del procedimiento contencioso administrativo centrando su atención en el control jurisdiccional de su administración, es por ello que también el contencioso es el encargado de resolver los conflictos en materia de Servicios Públicos.

Comentó el jurista Blanco (2001):

“El 26 de mayo, entró en vigencia la Ley de lo Contencioso Administrativo en Nicaragua, la cual permite por primera vez en la historia de este país, que cualquier ciudadano entable una demanda judicial a cualquier empresa de servicios públicos o privados que haya violado sus derechos como usuario o consumidor.

Esta ley permite al reclamante acudir directamente a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) para que su caso sea conocido allí”.

En Colombia, con la promulgación de la Carta Política de 1991 se estableció la acción de tutela para dirimir los conflictos en materia de los servicios públicos. Establece el artículo 86 de la Carta Política colombiana, citada por Palacios (1996), lo siguiente:

“ARTICULO 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (p.867).

Sobre el tipo de acción que debe acogerse para la reclamación de las controversias en materia de servicios públicos, se ha establecido que debe tener unas características cónsonas con la actividad de los servicios públicos, en el sentido de que debe ser una acción rodeada de facilidades procesales, que hagan que los costos de los litigios disminuyan y, por ende, estimulen el uso de la referida acción.

En vista de las consideraciones anteriores, se puede observar el desarrollo del tema del contencioso de los servicios públicos en el derecho comparado, denotándose como se ha venido desarrollando a nivel de los ordenamientos jurídicos de diversos países la materia del establecimiento de una acción destinada a conocer de manera especial el importantísimo tema de las controversias de los servicios públicos.

#### **5.- Necesidad de la Creación de un Contencioso de los Servicios Públicos en Venezuela.**

Todo derecho debe hacerse exigible ante los tribunales y como consecuencia, coercitivamente poder compeler al obligado a la satisfacción del mismo por especie o por equivalente. Caso contrario ocurre con los conflictos que se generan en materia de Servicios Públicos, aún cuando en el derecho venezolano existen indirectamente consagrados legislativamente los medios de acción para la exigibilidad de esos derechos, estos no se hacen efectivos por los problemas de procedimentalización, de prueba y altos costos que presentan estos medios.

Según Soto, (1999):

“En cuanto a la relación inicial usuario-prestador particular de un servicio público:

Frente a la negativa de prestar el servicio: aparentemente no tiene ninguna acción, pues lo más fácil es dirigirse a otro ente que preste el servicio, pero si se presta en condiciones monopólicas, puede inquirir su derecho a través de una acción de amparo ejercitable por ante el tribunal competente por lesión a su derecho constitucional respectivo.

En la relación usuario-empresa prestataria de los servicios públicos:

Frente al no servicio: acción de amparo, en los términos antes expuestos.

Frente al acto que le impide el acceso al servicio: ídem. Eventualmente podría interponer un recurso de amparo, contencioso administrativo de anulación y de derechos, basándose en la teoría de los actos de autoridad.

Frente al daño que genere en su esfera de derechos la deficiente prestación del servicio: responsabilidad civil frente a la empresa.

Relación usuario-Estado:

Frente al daño que genere el servicio debidamente autorizado: procedimiento de demandas contra la República (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), Sala Político Administrativa, Jurisdicción Contenciosa.

Frente al acto que limite el funcionamiento del servicio (restricción de las condiciones para prestar el servicio). Recurso Contencioso Administrativo de Anulación. Sala Político Administrativa o Tribunal Supremo en Pleno según sea el acto de efectos particulares o generales.

Frente a la orden estatal de cierre o de prohibición del servicio: amparo, en los términos anteriores expuestos, ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia” (p. 434).

El mencionado autor esboza la manera como podrían requerirse judicialmente los derechos de los usuarios, que de conformidad con la normativa vigente se enmarcan en un sistema jurídico insuficiente que pueda garantizar su efectividad. En comparación a tribunales de la jurisdicción ordinaria e incluso, frente a algunos destinados a ámbitos especiales, los tribunales contenciosos administrativos ofrecen a los ciudadanos mayores

ventajas, de allí surge la génesis de un Contencioso de los Servicios Públicos.

Rondón, (2001) determina:

“El Contencioso Administrativo ha demostrado ser más ágil, más transparente en su actuación y sometido en gran medida al respeto de los derechos fundamentales de los administrados en el proceso que se integran en la propia esfera de los derechos humanos. Así, el derecho al debido proceso, a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Paradójicamente el juez Contencioso Administrativo que en sus orígenes no era otra cosa que un juez de la Administración, formado en la Administración para tutelar al mismo tiempo los privilegios de la Administración y sus intereses, ha resultado en todos los sistemas, un juez con alto sentido garantístico, ya que trata justamente de mantener en el mismo nivel a las partes, cuando una de ellas -la Administración- disfruta de las tradicionales prerrogativas constitutivas de una supremacía procesal.

La cercanía con el sistema como tal, y con ello, el poder apreciar las posibilidades que ofrece, fue lo que nos impulsó a vincularlo con los servicios públicos, cuya deficiente prestación en Venezuela, como en todos los países en vías de desarrollo, constituye uno de sus grandes males. Los servicios públicos son ineficientes, irresponsables, y generalmente muy onerosos. Son ineficientes por múltiples razones: por insuficientes; por irregulares; por parciales; por no estar adecuados a la moderna tecnología disponible. Son irresponsables por cuanto no atienden a los riesgos que producen, a pesar de que poseen poderes exorbitantes en la relación contractual que mantienen con los usuarios. En efecto, le es dado imponer coactivamente graves sanciones a tales usuarios tales como la suspensión del servicio, sin permitir la demostración del cumplimiento por parte de éstos, de la contrapartida que le corresponde cancelar como pago del mismo.

Finalmente, violan el principio de carencia de finalidad lucrativa que constituye el punto de partida de la prestación -que como sabemos, corresponde en principio al Estado, esto es, está a su cargo, lo cual puede cubrir en forma directa, esto es, por si mismo

mediante las estructuras de las Administraciones tradicionales, o por cualquier otra modalidad, siempre que ejerza el prestatario su control sobre el prestatario” (p. 204).

Los servicios públicos por su variedad, absoluta necesidad y generalmente imposibilidad de sustitución, no permiten al beneficiario de los mismos una defensa efectiva en contra de excesos que sus condiciones generan y es por ello que pensamos que un régimen análogo al Contencioso Administrativo podía ser la clave para su tutela. Nace así la idea del Contencioso de los Servicios Públicos.

En efecto, si el contencioso administrativo lo que persigue es controlar los abusos de las administraciones públicas y de los entes de autoridad, justamente porque el ejercicio que realizan de la función administrativa esta necesariamente dotado de poderes ejecutorias, en análoga situación se encuentran los servicios públicos.

En realidad el Contencioso de los Servicios Públicos intenta ofrecerle al usuario un medio rápido, poco oneroso y efectivo para lograr que los prestatarios de los mismos lo compensen por sus deficiencias, el mismo irá dirigido a la protección del usuario individualmente considerado, a su persona sea física o jurídica, perfectamente individualizable receptora del servicio.

## **CONCLUSIONES**

De acuerdo con todos los planteamientos anteriormente realizados, es clara la importancia que tienen para el buen funcionamiento de un Estado los servicios públicos, hasta tal punto que los encontramos establecidos dentro del orden de los derechos fundamentales. La Constitución nos da los parámetros de como deben ser ejercidos y garantizados los servicios públicos.

La obligación del Estado de prestar los servicios públicos la encontramos definida como una de las fundamentales funciones en el cumplimiento de sus fines. Esa obligación trae consigo el derecho por parte de los administrados de gozar de esa efectiva y eficaz prestación de servicios públicos, pues de no ser así se encuentra como contrapartida la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Al Estado le corresponde asegurar la disponibilidad y accesibilidad a los servicios públicos, debe velar porque los servicios públicos están allí, pero además porque sean accesibles, sin exclusión de los sectores de menos ingresos.

Por esas razones no cabe duda de la necesidad de constituir un sistema jurídico que regule la materia del derecho de los servicios públicos, bien sean prestados por el Estado de manera directa o indirecta.

La defensa en manos de la Administración siempre deja un vacío en cuanto a la responsabilidad pecuniaria del ente prestador, por lo que se hace necesaria la creación de un ente de funciones jurisdiccionales que faculte la exigibilidad de esa responsabilidad y no de una mera sanción a través de multas impuestas por la Administración, como si lo únicamente vulnerado fuesen las directrices de la Administración y no los derechos de los usuarios.

La Constitución nos establece que esta materia debe estar incluida en la jurisdicción contencioso administrativa, para que de una manera organizada los administrados vean cumplidos sus derechos de gozar de los servicios que el Estado está en la obligación de cumplir.

Este sistema jurídico debe presentarse como el equilibrio entre los derechos y las garantías, pues de nada nos sirve un derecho por muy perfectamente desarrollado que se encuentre en la legislación, si no contamos con los medios que se presenten de garantía a esos derechos.

Es una necesidad urgente el establecimiento de un contencioso de los servicios públicos, por medio del cual se ejerza la garantía jurisdiccional de los derechos de los administrados frente a la prestación de los servicios públicos. No nos podemos permitir quedarnos de brazos cruzados ante esta imperiosa necesidad.

Se generan en materia de servicios públicos una serie de conflictos que no pueden ser resueltos por las vías que actualmente ofrece el ordenamiento jurídico, ya que la normativa vigente se enmarca en un sistema jurídico insuficiente que pueda garantizar su efectividad. Se establecieron las diferentes vías que pueden utilizarse en la actualidad por los usuarios de los servicios públicos y se evidenció que las mismas no son suficientes para la resolución de conflictos y la patentización del derecho a la defensa del usuario en materia de servicio públicos.

En base a diferentes jurisprudencias, a la doctrina y a la realidad que se vive actualmente en Venezuela se estableció la necesidad de que se cree un procedimiento que brinde al usuario del servicio público un verdadero sistema de efectiva tutela, que sea rápido, accesible, directo, breve, efectivo y poco oneroso en el marco de un contencioso administrativo de los servicios públicos, con la finalidad de que no se genere la indefensión de los

administrados y los prestatarios de los servicios vean compensada la deficiencia de los servicios públicos.

Señalado lo anterior la presente investigación viene dada en referencia a la protección y ejercicio de los derechos de los usuarios en materia de servicios públicos en virtud del artículo 259 de la vigente Constitución y la alarmante realidad que se vive en relación a dicha materia.

Para la elaboración de este trabajo de investigación se tomó como marco el contencioso de los servicios públicos establecido en el artículo 259 de la Constitución, sistema que en la actualidad aún no ha sido creado.

El Estado debe tratar de satisfacer de manera adecuada las necesidades de los usuarios, así como emplear mecanismos de fácil acceso para la resolución de los conflictos que les generen a los administrados la inexistente, mala o insuficiente prestación de los servicios públicos, y de esta manera se evitaría el influjo psicológico que causa en la sociedad la inexistente, mala o insuficiente prestación de los servicios públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Araujo, A. (1998). **Descentralización Política y Servicios Públicos**. Caracas: Editorial Torino.
- Araujo, J. (Comp.). (1999). **SERVICIO PÚBLICO. Balance & Perspectiva**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- \_\_\_\_\_. Un Nuevo Derecho de la Electricidad (2001). **Leyes sobre los Servicios Públicos Domiciliarios: Agua, Electricidad y Gas**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- \_\_\_\_\_. (2003). **Manual de Derecho de los Servicios Públicos**. Caracas: Editorial MELVIN.
- Ayala, C. (1996). Reflexiones sobre la Jurisdicción Constitucional en Venezuela. **Memoria de las Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público**. (pp. 571-645). Bogotá: Grupo Editorial 87 Ltda.
- Badell, R. (2001, Noviembre). **Descentralización y Desconcentración del Contencioso Administrativo y el Contencioso de los Servicios Públicos**. Ponencia presentada en las Jornadas sobre "El Proceso Contencioso Administrativo y Constitucional". Universidad Fermín Toro, Barquisimeto.
- \_\_\_\_\_. (2002). La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela. **Memoria de las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 113-145). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo-FUNEDA.
- Benoit, F. (1977). **Instituto de Estudios Administrativos** (1ª. ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- Blanco, B. (2001). **Leyes Protegen a los Usuarios**. Nicaragua. Disponible: <http://www.laprensanicaragua.com> [Consulta: 2004, Septiembre, 29].
- Brewer, A. (1995). Comentarios sobre el Régimen Legal de la Industria y el Comercio del Gas como Actividades Reservadas al Estado. **Revista de Derecho Público**, 63-64, 105-127.

- \_\_\_\_\_ (2002). El Régimen Constitucional de los Servicios Públicos. **Memoria de las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"**. (pp. 21-49). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo-FUNEDA.
- Canova, A. (1998). **Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano**. Caracas: Editorial SHERWOOD.
- Constitución de la República de Venezuela (1961). **Gaceta Oficial de la República Venezuela No. 662** (Extraordinario). Marzo, 16, 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.860** (Extraordinario). Diciembre, 30, 1.999.
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2000). **Sentencia en Línea del 03 de abril de 2000**. Consultado el 09 de julio de 2004 en: <http://www.tsj.gov.ve>
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2000). **Sentencia en Línea del 24 de mayo de 2000**. Consultado el 09 de julio de 2004 en: <http://www.tsj.gov.ve>
- De Grazia, C. (2002, Mayo). **El Contencioso de los Servicios Públicos**. Ponencia presentada en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías".
- Dromi, R. (1996). **Derecho Administrativo** (5ª. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453** (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Fernández, J. (1996). La Distribución Territorial del Poder en Venezuela. **Memoria de las Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público**. (pp. 317-383). Bogotá: Grupo Editorial 87 Ltda.
- Grau, M. (2002). **Comentarios a la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el Caso Transporte SICALPAR, S.R.L., contra Puertos del Litoral Central P.L.C., S.A. Dictada en Fecha 8 de Diciembre de 2000, Referida al Tema de las**

**Concesiones** [Opiniones de Interés]. Badell, Grau & De Grazia Despacho de Abogados. Disponible: <http://www.badellgrau.com/COMENTARIOSENTENCIASICALPAR.htm> [Consulta: 2004, Diciembre, 10].

Guerrero, G. (2002). **Nuevas Orientaciones en el Contencioso Administrativo Venezolano**. Caracas: Talleres de Impresos Fitolitos A.B & C, C.A..

Hernández-Mendible, V. Concesión de los Servicios Públicos y Concesión de Obras Públicas (1999). **SERVICIO PÚBLICO. Balance & Perspectiva**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

\_\_\_\_\_ (2002). El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento. **Memoria de las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”**. (pp. 217-276). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo-FUNEDA.

Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 33. 891** (Extraordinario). Diciembre, 18, 1987.

Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (1989). Caracas: Eduven.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 20.567** (Extraordinario). Abril 12, 1979.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.942** (Extraordinario). Mayo 20, 2004.

Linares, G. (1996). Los Servicios Públicos como Limitación a la Libertad Privada y Prestación no Constitucionalmente Garantizada. **Memoria de las Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público**. (pp. 897-920). Bogotá: Grupo Editorial 87 Ltda.

Mónaco, M. (2002). El Concepto de Servicio Público en la Actualidad en el Derecho Venezolano. **Memoria de las VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”**. (pp. 95-112). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo-FUNEDA.

- Moreno, D. (1995). **Curso de Derecho Administrativo Alemán**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Narváez, L. (s.f.). **Los Servicios Públicos y Especialmente los de Carácter Municipal**. Caracas.
- Ortiz, L. (1996). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Venezuela. **Memoria de las Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público**. (pp. 805-864). Bogotá: Grupo Editorial 87 Ltda.
- Rodríguez, N. Servicio Público y Potestad Administrativa. Fines y Medios del Derecho Administrativo (1999). **SERVICIO PÚBLICO. Balance & Perspectiva**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Rondón, H. (2001). **Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo**. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo-FUNEDA.
- Silva, E. (1969). **Derecho Administrativo Chileno y Comparado** (2ª. ed.) (Tomo II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Soto, E. Derechos de los Administrados ante los Servicios Públicos (1999). **SERVICIO PÚBLICO. Balance & Perspectiva**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Tinoco, C. (s.f.). **Nociones de Derecho Administrativo y Administración Pública**. Caracas: Editorial Arte.
- Tribunal Supremo de Justicia (2002). **Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. Consultado el 3 de octubre de 2002 en: <http://www.tsj.gov.ve>
- Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional (2000). **Sentencia en Línea del 14 de abril de 2000**. Consultado el 09 de julio de 2004 en: <http://www.tsj.gov.ve>
- Varas, G. (1940). **Derecho Administrativo. Nociones Generales**. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento.
- Villegas, B. (1951). **Derecho Administrativo: Servicios Públicos** (Tomo III). Buenos Aires: Editorial Argentina.
- Viloria, E. (1986). El Financiamiento de las Empresas Públicas. **Revista de Derecho Público**, 26, 77-84.