



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

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES AFECTADOS AL SERVICIO
PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN VENEZUELA**

Presentado por

Brian Alfredo Matute Díaz

Para Optar al Título de

Especialista de Derecho Administrativo

Tutor

Emilio J. Urbina Mendoza

Caracas, Octubre de 2014



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

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Brian Alfredo Matute Díaz, titular de la Cédula de Identidad número 16.584.820, para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título definitivo es “Régimen Jurídico de los Bienes Afectados al Servicio de Agua Potable y Saneamiento en Venezuela”; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas a los seis (06) días del mes de octubre de 2014.

Emilio J. Urbina Mendoza

CI 12.856.989

DEDICATORIA

Quiero dedicar la presente investigación a mi familia.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, mi familia, amigos y colegas que apoyaron esta investigación.



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

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN VENEZUELA

Autor: Brian Alfredo Matute Díaz
Asesor: Emilio J. Urbina Mendoza
Fecha: Octubre 2014

Resumen

El propósito de la presente investigación es analizar el régimen jurídico de los bienes afectados al servicio de potable y saneamiento en Venezuela, en vista de las innovaciones conceptuales y reformas legales recientes que nos plantean un problema científico sobre sus límites y alcances. Se establecieron los siguientes objetivos específicos: 1) Analizar el contexto normativo de los bienes en Venezuela; 2) Precisar las consecuencias jurídicas de la afectación de bienes al servicio público de agua potable y saneamiento; 3) Precisar las consecuencias jurídicas que derivan de la Ley Orgánica de Bienes Públicos respecto de los bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento; 4) Establecer los alcances del nuevo concepto mundial de servicio público en el régimen jurídico de bienes afectados para el uso público indirecto de Venezuela. Las interrogantes que plantean la investigación son las siguientes: 1) ¿Cómo están regulados los bienes en Venezuela?; 2) ¿Cuáles consecuencias jurídicas derivan de la afectación de bienes al servicio público de agua potable y saneamiento?; 3) ¿Cuáles consecuencias jurídicas derivan de la Ley Orgánica de Bienes Públicos respecto de los bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento?; 4) ¿Cuáles son los alcances el nuevo concepto mundial de servicio público en la afectación de bienes para tal fin?. La metodología enmarca una investigación de carácter documental que emplea la consulta de textos y legislaciones nacionales e internacionales. La seguridad jurídica y la escasa doctrina al respecto le otorga relevancia a esta investigación.

Descriptor: Derecho, administrativo, servicio, público, bienes, afectación, utilidad.

Índice

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I..... | 6 |
| CONTEXTO NORMATIVO DE LOS BIENES EN VENEZUELA..... | 6 |
| LOS BIENES DE LOS PARTICULARES | 6 |
| LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO..... | 7 |
| CAPÍTULO II | 12 |
| LA AFECTACIÓN DE BIENES AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO..... | 12 |
| LA AFECTACIÓN DE BIENES AL DOMINIO PÚBLICO | 12 |
| LA TUTELA JURÍDICA DE BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO..... | 13 |
| <i>La inalienabilidad</i> | <i>15</i> |
| <i>La prohibición de enajenación</i> | <i>16</i> |
| <i>La inejecutabilidad y excepción de la potestad cautelar sobre bienes públicos.....</i> | <i>18</i> |
| <i>Prohibición de gravámenes</i> | <i>25</i> |
| <i>Inexpropiabilidad</i> | <i>27</i> |
| <i>La Imprescriptibilidad</i> | <i>29</i> |
| INCIDENCIA DE LA PUBLICATIO EN LA INTENSIDAD DE LA TUTELA JURÍDICA DE BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO..... | 31 |
| <i>Las potestades públicas derivadas de la publicatio sobre bienes afectados a la prestación del servicio de agua potable y saneamiento.....</i> | <i>34</i> |
| <i>Potestades de fomento</i> | <i>37</i> |
| <i>Potestades de ordenación y limitación.....</i> | <i>44</i> |
| <i>Potestades expropiatorias</i> | <i>51</i> |
| <i>Potestades normativas.....</i> | <i>55</i> |
| <i>Potestades planificadoras.....</i> | <i>56</i> |
| <i>Potestades regulatorias</i> | <i>61</i> |
| <i>Potestades de inspección</i> | <i>68</i> |
| <i>Potestades sancionadoras</i> | <i>74</i> |
| <i>Derecho a la Presunción de Inocencia y la Carga Probatoria de la Administración.....</i> | <i>75</i> |
| <i>Derecho a una Sanción Proporcional.....</i> | <i>76</i> |
| <i>Imparcialidad, Juez natural: la autoridad competente</i> | <i>79</i> |
| CAPÍTULO III..... | 81 |
| LA LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS Y LOS BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO..... | 81 |
| ESTRUCTURAS SUBJETIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS..... | 81 |
| PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS..... | 83 |
| RÉGIMEN JURÍDICO DE BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO..... | 90 |
| <i>El procedimiento de desincorporación y enajenación de bienes en la Ley Orgánica de Bienes Públicos en contraste de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional derogada.....</i> | <i>91</i> |
| <i>Procesos traslativos de competencia entre sujetos de derecho público, en los que se establezca una transferencia de los bienes dominicales adscritos al servicio público de agua potable y saneamiento.....</i> | <i>101</i> |
| <i>Situación de la autonomía municipal y estatal en el control de los bienes en la Ley</i> | |

| | |
|--|------------|
| <i>Orgánica de Bienes Públicos</i> | 103 |
| CAPÍTULO IV | 109 |
| EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES AFECTADOS AL USO PÚBLICO INDIRECTO | 109 |
| LAS NUEVAS TENDENCIAS LEGALES SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA NOCIÓN DE BIENES DOMINIALES DE USO INDIRECTO | 109 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 117 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 126 |

Introducción

El ser humano tiene una inherente condición social y necesidad de comunicación con los miembros de su especie; la cual desarrollo ampliamente cuando el instinto natural de la supervivencia frente a la hostilidad y dificultades del mundo antiguo, determinó el agrupamiento y la sistematización de la vida del hombre para asegurar condiciones básicas para su existencia.

Luego, el desarrollo socio-histórico de los grupos derivó en sociedades estructuradas complejamente a través de relaciones y situaciones reguladas por el derecho, con el fin de garantizar la paz, la armonía y el bienestar general; surgiendo a través de un pacto social, una organización político social denominada Estado, dotado ente otras funciones, de la administración de una justicia que alcance a materializar la vigencia y efectividad del orden jurídico creado.

Así la soberanía reside en el pueblo (órgano primario) que la ejerce por órgano del Poder Público (órganos representativos). El Poder Público se distribuye verticalmente entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional y horizontalmente ente el Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral; surgiendo así una estructura donde desde luego, son el ápice en su conformación, los denominados órganos constitucionales.

La Constitución erige la filosofía del Estado al momento de estatuir los axiles que le fundamentan, donde perfila los aspectos socio-políticos que junto a los principios y valores develan el histórico del desarrollo cultural de una civilización. A nuestra carta magna, claramente podríamos en una vaga clasificación distribuirla en

dos bloques normativos, uno relativo los aspectos dogmáticos de derechos y garantías fundamentales que ostentan los ciudadanos; así como otro que desarrolla lo atinente a los fines, la composición, la organización y el ejercicio del poder del Estado, ambos descansados en la positivización de la supremacía constitucional, en cuyo umbral encuentra raigambre el resto del ordenamiento jurídico.

Un puntual tratamiento comparativo en la doctrina mas autorizada se ha efectuado en líneas previas sobre las traslaciones competenciales. Seremos pues, más concretos con la legislación patria. Primeramente destaco que nuestra Constitución en su artículo 158, anuncia ya a la figura de la descentralización como una política nacional necesaria para la profundización de la democracia y la prestación eficiente y eficaz de los cometidos del Estado, en ratificación de los axiles que perfilan la filosofía estatal en el bagaje normativo que se desprende del artículo 4, también constitucional.

Concordancia de lo anterior, evidencia nuestra Ley Orgánica de la Administración Pública (2008), cual prevé en su artículo 29 que los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado o con forma de derecho público; es decir implica pues, que un ente político primario dotado de la potestad organizatoria, crea otro ente con personalidad jurídica propia y con autonomía funcional que podrá crearse bajo forma de derecho público o de derecho privado.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2008), prevé pues la descentralización territorial como traslado de la titularidad de competencias entre niveles político territorial, esto desde la nación a los estados y municipios y desde los estados a los municipios. Como apunta Santamaría (1999), la descentralización territorial alude a la "entrega de poderes, régimen de autonomía, a las colectividades inferiores al Estado", mientras la descentralización funcional

apunta a la "creación de entes instrumentales de cada una de las Administraciones públicas dotados de personalidad jurídica propia".

Lo que verdaderamente desentraña descentralización –aun con sus matices- es su instrumentalidad en la cultura social y burocrática destinada al perfeccionamiento del Estado Federal, como ideal de eficiencia y eficacia alcanzada a través de un manejo autónomo pero armónico de las competencias, entendida como completas potestades públicas respecto de servicios y fines; de allí quienes aseveran que la descentralización es el modelo de la democracia participativa, algo que no siempre es cierto como demuestra Gallego (2001): puede haber un estado democrático centralizado como una auténtica dictadura descentralizada; una cosa, nada puede decir de las libertades, donde descansa verdaderamente la distinción entre un sistemas de gobierno democrático y uno dictatorial.

El autor Gallego (2001), encuentra en la simplicidad del concepto de autonomía, la verdadera distinción en modos para el ejercicio competencias que proyecta los procesos traslativos de esta. Así, adquiere un protagonismo la tutela como baremo de la autonomía: la descentralización, pues, implica un mayor grado de autonomía en el ejercicio de una competencia que en la mayoría de los casos subsume una traslación competencial entre entes personificados pero en otros casos, a lo sumo implica una asignación de competencias con independencia, en el seno de una misma organización personificada.

La Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012) regula la protección de los bienes mediante un sistema uniforme de inventario y registro, con previsión de mecanismos para enajenación al mismo tiempo que centraliza ciertas decisiones, incorporando entonces, modificaciones interesantes en los principios de organización de la administración y en los mecanismos en el control de tutela, haciendo necesaria una revisión del régimen jurídico de los bienes públicos desde la perspectiva de la

autonomía de los entes prestatarios de los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Precios Justos (2014), amplió la noción legal de utilidad pública, elemento sobre el cual se justifica de afectación de bienes al dominio público mediante el uso directo y muy especialmente, en el uso indirecto a través de servicios público de agua potable y saneamiento. Adicionalmente, las innovaciones conceptuales más recientes en la doctrina internacional sugieren una modificación de los límites y alcances del régimen jurídico de los bienes afectados a la prestación de servicios públicos respecto de las libertades individuales.

Tomando en consideración tanto el principio de descentralización en función de la modificación de la autonomía de los entes prestatarios del servicio de agua potable y saneamiento que derivan de las recientes transformaciones del ordenamiento jurídico venezolano, así como de noción de utilidad pública que sustenta jurídicamente la aplicación del derecho administrativo bajo tutela especial los bienes afectados a las actividades de prestación servicial; resulta no solo de utilidad sino de imperiosa necesidad responder ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a los bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento?

Partiendo de lo anterior, esta investigación busca analizar el régimen jurídico de los bienes afectados al servicio de potable y saneamiento en Venezuela, en vista de las innovaciones conceptuales y reformas legales recientes que nos plantean un problema científico sobre sus límites y alcances. En su desarrollo, esta investigación consta de cuatro capítulos, a saber:

El capítulo I, aborda los aspectos conceptuales y semánticos del contexto normativo de los bienes en Venezuela, desarrollado mediante la indagación respecto

de los bienes de los particulares así como de los bienes del dominio público y privado del Estado.

El capítulo II; se enfoca en la afectación de bienes al servicio público de agua potable y saneamiento, para lo cual, se aborda doctrinalmente la afectación de bienes al dominio público, seguidamente se analizan los alcances legales de la tutela jurídica de bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento, así como la incidencia de la publicatio en la intensidad de la tutela jurídica de bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento.

El capítulo III; analiza el régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento desde la perspectiva de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, para lo cual, son precisadas las estructuras subjetivas conformada, los principios de organización de la administración que aplican, así como el régimen jurídico de bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento.

El capítulo IV, se enfoca en el alcance del nuevo concepto de servicio público en el régimen jurídico de los bienes afectados al uso público indirecto, mediante la precisión de las nuevas tendencias sobre los servicios públicos y su influencia en la noción de bienes dominiales de uso indirecto.

Seguidamente se presentan las conclusiones y recomendaciones que arrojó la presente investigación. Como información complementaria se incluyen las referencias bibliográficas y electrónicas correspondientes.

Espero estar a la altura de las expectativas y haber cumplido las exigencias establecidas.

Capítulo I

Contexto Normativo de los Bienes en Venezuela

Los Bienes de los Particulares

La presente investigación pretende analizar el régimen jurídico de los bienes afectados a los servicios públicos, siendo entonces preciso, establecer previamente una definición de bienes, respecto de los cuales el autor venezolano Calvo (2001), de manera hermenéutica distingue del concepto de cosa así:

Comparando los conceptos de cosa y bien, tiene más amplitud y extensión el concepto de bien; pues, mientras por cosas se entiende solo las corporales (un predio, un animal, un vestido, una nave, una mercancía), por bien se entiende, además de las cosas corporales, los derechos de estas, es decir, “bien” es todo aquello que procura al hombre una utilidad, siendo objeto de apropiación; por ej: aparte de los mencionados: el dinero, acciones o cuotas en una sociedad, una autorización para explotar servicios públicos, etc. Los numerosos bienes que utiliza el hombre para satisfacer sus necesidades pueden ser clasificados con diferentes criterios. Nuestro Código adopta un criterio enumerativo de ambos. (p. 325).

En este orden de ideas, nuestro Código Civil (1982) en su artículo 525 dispone que “las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles” en tanto claramente de su artículo 538 se desprende, que los “bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares”.

Interpretando las disposiciones previamente citadas, Calvo (2001), nos enseña:

Se distinguen los bienes en “bienes de los particulares” y “bienes de la Nación”. Son bienes de los particulares. Los que son propiedad privada de las personas naturales o jurídicas de derecho privado y que tienen título reconocido por la ley, entendiéndose por título la causa originaria del derecho, la misma que debe estar autorizada por la ley. Bienes de la Nación. Son del dominio público o del dominio privado. (p.339).

Los Bienes del Dominio Público y Privado del Estado

El código civil (1982) establece en el artículo que los bienes pertenecen a “la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares”. De esta manera prevé en el artículo 539 que los “bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado”.

Ahora bien, los aspectos característicos de los bienes demaniales, se encuentran estipulados en el mismo código civil (1982), el cual en su artículo 543 establece que los bienes del dominio público “son inalienables; los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen”; lo cual se interpreta junto al artículo 1959 que establece que la “la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio”, distinto a lo que sucede con los bienes del dominio privado, pues el artículo 1960 dispone que “el Estado por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas, están sujetos a la prescripción, como los particulares”.

Respecto a los bienes del dominio público, el profesor Araujo (2008) los define como:

Un conjunto o suma de bienes sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público, distinto del que rige los bienes del dominio privado y de la propiedad privada. Es pues, siguiendo a Marienhoff, el conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico pertenecen al Estado, latu sensu, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los particulares o habitantes. (p. 732).

Sobre ese destino de uso público directo o indirecto, Turuhpial (2008), concluye:

En otras palabras, la invocación de la noción de *utilidad pública* como destino propio de los bienes demaniales supone una fórmula polivalente que comprende los *diferentes destinos públicos* y sus grados de intensidad, sean tales destinos de uso público o de prestación servicial y por tanto de uso indirecto del público, a cuyo servicio se encuentran los bienes públicos. (p. 298).

La Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), establece en su artículo 7 que “las instalaciones y los equipos destinados a los procesos de producción, distribución, recolección o disposición de agua, son bienes del dominio público afectos a la prestación del servicio del sistema correspondiente”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico (2010) no obstante de declarar la utilidad pública de dicha actividad prestacional en su artículo 6 y pese a que sobre este servicio se establece una declaratoria general de utilidad pública de los bienes vinculados a la prestación del servicio conforme al artículo 7; en el artículo 69 y 76 de la ley comentada, se prevé respectivamente, la posibilidad de expropiación o de constitución de servidumbres con lo cual, sobre el contexto legal de los bienes vinculados al servicio, se puede afirmar que hay la posibilidad de coexistencia del derecho de propiedad y la potestad pública sin una ablación absoluta, siendo que de

no ser posible tal situación y ante la necesidad de ofrecer un servicio óptimo, puede procederse a la traslación forzosa de la propiedad mediante el pago de una justa indemnización.

En contraste de lo anterior, la derogada Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000) disponía:

Artículo 25. Las personas interesadas en prestar uno o más servicios de telecomunicaciones al público o en establecer o explotar una red de telecomunicaciones, deberán solicitar ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la habilitación administrativa correspondiente o la ampliación de los atributos de que sea titular. Ambos casos se regirán por el procedimiento establecido en este Título.

De este instrumento normativo en cuestión, básicamente se observa una gran libertad de participación del particular, en la que se abandona el empleo de la concesión que supone titularidad exclusiva del Estado como prestatario por excelencia y en cambio, se establece la habilitación administrativa que supone amplio margen de participación a los ciudadanos en su prestación.

Los criterios jurisprudenciales por su parte, han sido uniformes en cuanto a la definición de los bienes dominiales y patrimoniales de los municipios, los estados y la nación. Luego de que entró en vigencia la nueva Constitución en el año 2000, se demanializaron los suelos y aguas, derogando las disposiciones establecidas en el Código Civil (1982) al respecto.

La Sala Política Administrativa en sentencia número 1414 del 01 de junio del 2006, dispuso:

Al respecto se advierte que efectivamente la Sala Constitucional, en la sentencia referida por la recurrente (No. 2573 de fecha 24 de septiembre de 2003), declaró que la norma contenida en el artículo 9 del indicado Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras, tomando en cuenta los artículos 115 y 116 constitucionales, “debió estar acompañada de la salvedad respecto a los derechos de propiedad de los particulares sobre bienes inmuebles aledaños a dichas zonas costeras o coexistentes en las mismas”. Por lo tanto, la referida Sala consideró “que la norma originalmente impugnada al no contener la salvedad expresa que si se menciona en el artículo 9 de la Ley vigente, está viciada de inconstitucionalidad por desconocimiento arbitrario del derecho constitucional a la propiedad y sus atributos (,,,) y, en consecuencia, resultan nulos de nulidad absoluta los actos que en ejecución de la misma hayan sido dictados afectando la esfera jurídica de quienes detentaba (sic) algún derecho real sobre la zona afectada con la declaración efectuada.

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional estableció sobre las aguas y zonas costeras en sentencia número 2573 de fecha 24 de septiembre del 2003, señaló:

Teniendo en cuenta el contenido de los artículos 115 y 116 constitucionales, la Sala estima que -efectivamente- la calificación legal del espacio acuático adyacente a las zonas costeras y la franja terrestre indicada en la norma, como bienes del dominio público debió estar acompañada de la salvedad respecto a los derechos de propiedad de los particulares sobre bienes inmuebles aledaños a dichas zonas costeras o coexistentes en las mismas, ello en atención al régimen jurídico de dichos bienes que difiere del que rige a los del dominio privado, especialmente lo relativo a la inalienabilidad que caracteriza a los bienes del dominio público de acuerdo a lo establecido en el Código Civil (artículo 543) y por ende al eventual derecho del propietario a ser indemnizado.

En conclusión, los bienes pueden ser tanto de sujetos privados como públicos. Los sujetos públicos por su parte, pueden ser titulares de bienes del dominio privado, los cuales son alienables y cuyo tratamiento jurídico es, a grandes rasgos, de derecho

privado aunque si embargo, deja cabida al rigor del derecho administrativo, cuyo vinculo desciende en la forma lógica que la presencia de la administración pública puede concebir; así por ejemplo, coexisten normas de control fiscal, normas de inventario o catálogo público, además de la exigencia ex lege de pautas previas, cuyo cumplimiento condiciona la validez de una pretendida enajenación.

En contraste, los sujetos públicos pueden ser además titulares de bienes del dominio público; conocidos también como bienes demaniales, dominiales o dominicales de acuerdo a la diversidad doctrinal que les ha estudiado. Los bienes del dominio público son aquellos sometidos a un régimen de derecho administrativo de tutela jurídica, en razón de la afectación que sobre ellos descansa, con origen en el interés público que presupone su permanente disposición y protección en el uso directo (plazas, parques, caminos entre otros) o indirecto (infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos) en el que les emplea la ciudadanía.

Capítulo II

La Afectación de Bienes al Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento

La Afectación de Bienes al Dominio Público

De lo anterior se interpreta entonces que los bienes del dominio público básicamente se encuentran inmersos en un régimen jurídico especial derivado de su afectación a una utilidad pública, esto es, una relevancia colectiva con ocasión de la aptitud natural o acondicionada del bien para el uso público directo o al uso público indirecto, comprendido este último, por aquellos bienes afectados a la prestación de un servicio público.

En abono a esta explicación, Araujo (2008) explica lo siguiente:

La nueva concepción no solo considera como bienes de dominio público, los afectados al uso directo del público, como los caminos, los ríos, las riberas del mar y las calles, sino también a aquellos bienes afectados al funcionamiento de un servicio público y, por ende, de uso indirecto del público. (p. 728).

En este punto, es necesario entonces analizar la noción y alcances del servicio público, en el entendido de que la presente investigación tiene como objetivo general analizar el régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público de agua potable y saneamiento. Sin embargo, lo cierto es que no existe un concepto cabal o definitivo del servicio público, pues realmente su evolución ha ido de la mano del desarrollo del derecho administrativo y constitucional, en tanto la percepción jurídica y política de la organización social que el Estado representa en un momento histórico, ha determinado matices variantes sobre el concepto bajo estudio.

Para Linares (1986), servicio público es:

La prestación obligatoria individualizada y concreta de cosas y servicios, destinada a satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya sea directamente por la administración pública o por medio de los particulares, en ambos casos bajo un régimen de derecho público. Esta definición vale también, entonces, para las actividades que las leyes no catalogan como servicio público, pero que tienen las notas de esa noción. (p. 509).

Es decir, el servicio público y todo lo que se derive de su función de prestación, engloba una serie de elementos que los colocan en una situación especial, puesto que al ser el Estado en sus distintos entes públicos territoriales (Nación, Estado, Municipio), el único investido con la titularidad por mandato Constitucional eferido en el artículo 113, queda este impregnado de una serie de potestades de creación, suspensión, dirección, elección, control y sanción, que buscan el aseguramiento por tratarse de actividades no necesarias del propio Estado, sino de actividades dirigidas a satisfacer en su forma más íntima y profunda el interés de esa colectividad de administrados unidos al Estado por ese contrato social que los limita en el libre ejercicio de sus derechos pero que a su vez coloca en cabeza del mismo una contraprestación de realización de los fines fundamentales de toda sociedad (satisfacción general), haciéndolo de esta forma exorbitante o desbordante de las condiciones que la Constitución permite para el resto de la economía, colocándolos en una posición de supremacía frente al derecho común que rige las relaciones entre los Administrados.

La Tutela Jurídica de Bienes Afectados al Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento

El profesor Turuhpial (2008), precisa sobre régimen de tutela jurídica de los bienes demaniales, lo siguiente:

El dominio público se encuentra sometido a un régimen jurídico de protección cuyos objetivos fundamentales se dirigen a garantizar integralmente y a conservar la afectación a la que se encuentran destinados los bienes que lo constituyen, de la degradación o desmejora de dicha afectación, sea por la negligencia misma de la Administración titular, sea de los riesgos provenientes de la actividad de los particulares, consistentes fundamentalmente en las desmembraciones o sustracciones patrimoniales, de las ocupaciones o disposiciones sin título legítimo y de los daños o degradaciones de su estructura o composición material y funcional; riesgos que se buscan prevenir y evitar precisamente con la consagratoria de las reglas de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como mediante el ejercicio de la potestad de policía administrativa de las cosas públicas. (p. 329).

Por su parte, sobre el régimen jurídico que proyecta la noción de servicio público, señala Gordillo (2006), lo siguiente:

La necesidad de asegurar el funcionamiento y la continuidad del servicio determina además: a) que la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, b) que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión (también lo puede pedir el concesionario o propietario minero), c) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—, d) que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio sean contratos administrativos, e) que se organice el poder de percibir tarifas, precios o tasas en contraprestación por el servicio, f) que el monto de las tarifas, precios o tasas esté sujeto a la autorización del poder público, previa audiencia pública bajo pena de nulidad; g) que en ciertos casos la prestación sea obligatoria de hecho para los particulares. (p. 239).

Ahora bien, consecuencia de la afectación de bienes a la concreción prestacional del servicio público de agua potable, es que ciertas características especiales, propias de la exorbitancia del derecho administrativo aplicable, prevalecen sobre estos, a saber: inalienabilidad, imprescriptibilidad y el ejercicio de potestades públicas cuya intensidad varía en tono al grado de publicatio implícita en la norma consagratória de una actividad económica como servicio público.

La inalienabilidad

Analizando primeramente la inalienabilidad en el contexto normativo nacional, Turuhpial (2008), explica que el poder traslativo sobre la titularidad respecto al bien público, se encuentra condicionado en una limitación circunstancial y potencialmente variable, por mandamiento de una norma que jerarquiza el interés general que derrocha la funcionalidad del bien en la prestación de un servicio público o la utilidad pública que deviene de uso directo, en tanto esa imposibilidad de tráfico comercial, puede cesar definitivamente por la desafectación mediante acto formal por la autoridad competente, o bien, levantarse la prohibición temporalmente, cuando existe una mutación del titular del bien sin trastocar la afectación a la utilidad pública (mutación demanial).

Asimismo, para Turuhpial (2008), tal prohibición de tráfico comercial se encuentra regulada en la legislación nacional y apunta:

Mientras el bien se encuentre calificado positiva o normativamente como un bien del dominio público, con independencia del grado de afectación instrumental o funcional a una actividad de utilidad pública – uso público o servicio público- o, inclusive, no estando destinado a dicha actividad, sino de uso privativo o privado de la República pero calificado como demanial, no puede ser enajenado por la autoridad pública a terceros, ni

de manera voluntaria ni de manera forzosa, ni estos pueden ejecutar ningún acto válido de gravamen o de disposición sobre dichos bienes, ello en virtud de la consagradoria con carácter general de la regla de la inalienabilidad para los bienes del dominio público de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 543 del Código Civil; e igualmente para los Municipios a tenor de lo dispuesto por el artículo 136 de la LOPPM, complementada por otras normas contenidas en leyes especiales. (p. 353).

En torno a los alcances de la inalienabilidad, señala Araujo (2008):

La naturaleza de este técnica de la inalienabilidad, es que consiste específicamente en un medio jurídico de protección de los bienes del dominio público, y como tal de aplicación por parte del titular de forma estricta y rigurosa, a los efectos de su conservación y mantenimiento, y sobre todo de que el bien logre el fin de la afectación al cual está destinado. Así las cosas, la protección del dominio público procede frente a los hechos y actos, no sólo de los particulares sino también de la actividad de la propia Administración Pública, y de manera mucho más concreta, frente a la actuación de los funcionarios públicos, no sólo con sanciones y responsabilidades, incluso protecciones de carácter penal, específicamente las previstos en la Ley contra la Corrupción. (p. 763).

La inalienabilidad por su parte, genera consecuencias jurídicas respecto de los bienes públicos en los cuales se proclama como característica especial inherente a la afectación dominical; entre estas, destaca la prohibición de enajenación, inejecutabilidad, la imposibilidad de constitución de gravámenes y la inexpropiabilidad.

La prohibición de enajenación

El profesor Araujo (2008), respecto de la prohibición de enajenación, señala:

En primer lugar, se refiere a la prohibición de la transferencia propiamente dicha, ya sea por compra-venta o por cualquier otro negocio jurídico cuyo objeto sea la transferencia voluntaria de la propiedad. Constituye, pues, una prohibición absoluta total para enajenar un bien del dominio público, abarcando cualquier tipo de acto que pretenda ese resultado, así como el resultado mismo, determinando su nulidad radical, y también la de sus efectos. Cualquier acto en contrario será nulo por inidoneidad del objeto. Es también la conclusión de los artículos 1.344 y 1.959, CC, que establece la nulidad de los actos jurídicos cuyo objeto lo constituyan cosas que están fuera del comercio. (p. 763).

Por su parte, Turuhpial (2008), concluye:

Como lo señalamos con anterioridad, los bienes del dominio público, en tanto tales por estar afectados a la utilidad pública, no pueden constituir objeto de actos negociales o unilaterales traslativos del dominio, salvo que medie un previo acto legalmente calificado por la Ley para desafectar y habilitar la competencia del ente público enajenante. Ello, en virtud de que mientras exista la afectación funcional a la utilidad pública, la facultad o capacidad de disposición del ente se encuentra sometida a una condición suspensiva que afecta de ineficacia cualquier acto traslativo de la propiedad, por una parte, mientras que el destino de utilidad pública del bien o, precisamente su afectación fáctica y jurídica, generan una condición de inidoneidad objetiva que les impide constituir objeto válido de cualquier relación jurídica de transmisión del dominio; en otras palabras, constituyen un presupuesto de imposibilidad jurídica – in rem – de constituir objeto de obligaciones. (p. 365).

De esta manera, de la inalienabilidad surge una primordial consecuencia que es la imposibilidad de enajenar el bien demanial, en tanto la condición de afectación supone una condición suspensiva tanto de un eventual tráfico comercial como

respecto de la posibilidad de constitución de derechos reales sobre el bien en cuestión, con ocasión de su inidoneidad para ser objeto lícito y válido de tales negocios jurídicos.

La inejecutabilidad y excepción de la potestad cautelar sobre bienes públicos

La inejecutabilidad consiste en la limitación que ostentan los bienes públicos afectados al demanio, respecto de noción de poder cautelar, es decir, la potestad de la jurisdicción de asegurar el patrimonio del demandado y derechos disponibles a fin de materializar la sentencia definitivamente firme, siendo una expresión de la tutela judicial efectiva en la que necesariamente la decisión provisoria no debe tener un efecto similar al buscado en la sentencia; pero si debe facilitar su estricta ejecución.

Para Chiovenda (1922), la potestad cautelar responde a una acción aseguradora no accesoria al derecho en cuestión, en virtud que no ha sido definido a través de una sentencia; es decir tiene efectividad propia mientras dure la etapa cognoscitiva del proceso o estén vigentes las causales invocadas para originarlas, por lo que a su juicio, asegura un derecho todavía no definido.

Por su parte, el profesor Pascieri (s.f.), analizando la potestad cautelar del anterior proceso contencioso bajo el régimen jurídico de la derogada LOCSJ, apunta:

En los procesos contenciosos administrativos se pueden aplicar dos tipos de medidas cautelares, la medida típica en este tipo de proceso cual es la suspensión de los efectos del acto administrativo y todas aquellas medidas innominadas necesarias para lograr la ejecución de la sentencia y que están establecidas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (1990), siendo que para la procedencia de tal suspensión debía verificarse que esta (i) se produce mediante el requerimiento de la parte

afectada; (ii) sólo se puede ejercer contra los actos administrativos de efectos particulares; (iii) únicamente puede acordarse la suspensión de los efectos del acto que se encuentra siendo atacado -en tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en fecha 24 de octubre de 1990 en el caso Jesús Alberto Bracho Acuña y más recientemente la Sala Electoral en fecha 1° de diciembre de 2000 en el caso Bingos de Chacao-, (iv) que el juez estime necesaria la suspensión ya que el acto es capaz de producir daños irreparables o de difícil reparación al actor, lo que es conocido como el *periculum in mora*; (v) la presunción del buen derecho o *fumus bonis iuris*. (párr. 61).

Los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (1990) regulan los requisitos de la potestad cautelar en el procedimiento civil ordinario, en tanto, en el procedimiento contencioso administrativo se encuentran jurídicamente enmarcados en los artículos 4, 104, 105, 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010); siendo que es en estas normas donde se prevén los principios que enmarcan la potestad cautelar, ya que en general, todo juez conforme a los principios del debido proceso y de tutela judicial efectiva, está dotado de esas potestades.

Esto es así pues si la arquitectónica del constituyente ha derivado en la consagración de derechos fundamentales, también existe una implicación colateral que eventualmente implicaría la exigencia de aquellos frente a una actitud de desconocimiento; es pues, que los derechos subjetivos comportan a la par, derechos adjetivos para exigir su observancia y que garantizan su eficacia, es el fundamento de acudir a la vía jurisdiccional, de ir a un proceso para que, no redundando, mediante un procedimiento *ex vi legis* cimentado, se obtenga una decisión jurisdiccional, que en nombre de la República y por autoridad de la ley, haga justicia.

La conformación de ese principio de tutela judicial efectiva, contempla la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales y la obtención de respuesta

oportuna por parte de estos, en función de la tutela de derechos exigida. Por otra parte, dicha dualidad de derechos viene a complementarse, con una garantía de materialización cierta de la tutela judicial reclamada, en concreción de una posibilidad de solicitar y obtener tutela cautelar, cuando exista el temor de que se haga fútil la declaración jurisdiccional sobre el derecho subjetivo cuya efectividad exige con el ejercicio de la acción, a los fines de concebir el plano fáctico, plena vigencia de los derechos.

De esta manera observamos que en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), expresamente consagra al Juez como rector del proceso, estableciendo que ostenta las más amplias potestades cautelares, pudiendo dictar a petición de parte o de oficio, cualquier medida preventiva consistente ya en ordenes de hacer o no hacer a los particulares y la administración pública, con lo cual, concatenando con el artículo 104 y siguientes de dicha ley, perfectamente se puede prescindir del artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (1990), como fundamento legal para la suspensión de efectos de actos administrativos bajo la fórmula de medidas cautelares innominadas, pues se amplía la gama de opciones para otorgar una tutela anticipada propia de la materia contencioso administrativo.

El capítulo de las medidas cautelares comentado, no es aplicable a los procedimientos breves, esto es por servicios públicos, vías de hecho y abstención; toda vez que se rigen de acuerdo a los previsto en el artículo 69 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

De esta manera, el objeto especial de este procedimiento, requerirá que se encuentre admitida la demanda, pudiendo ser acordadas de oficio, precisando también aquellas actuaciones que constaten la situación denunciada, es decir, para determinar la existencia de omisiones, vías de hecho, abstenciones y con las notificaciones

libradas a los sujetos que menciona el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

Establecido lo anterior, no podemos pasar por alto lo dispuesto en el artículo 75 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008), el cual establece que “los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva” con cual, queda pues dispuesta la prerrogativa procesal sobre inejecutabilidad sobre bienes y rentas en general, sin distinción a la condición patrimonial o dominial eventuales de algunos bienes, ratificando lo que preveía el artículo 16 de la parcialmente derogada Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

Al respecto de la inejecutabilidad de bienes públicos afectados al demanio, Turuhpial (2008), señala:

Puede sin dudas afirmarse que la regla de la inejecutabilidad encuentra fundamento, no solamente como complemento silogístico de la regla de la inalienabilidad que predica la imposibilidad para un bien demanial de servir de garantía o de objeto jurídico sometido a la posibilidad de transferencia; sino también en la circunstancia práctica y normativa cierta de que los bienes de la República –así como los de los Estados y Municipios- no pueden constituir objeto de garantía en las emisiones o asunciones de deuda pública; la garantías en tales operaciones es el crédito de la Nación, o el de los respectivos entes político territoriales. Sin embargo, y ante la aparente extensión innominada y dogmática de la regla de la inejecutabilidad de los bienes, rentas, derechos y acciones de la República, encontramos perfectamente plausible que siendo la inembargabilidad y la inejecutabilidad presupuestos de aplicación y eficacia de la regla de la inalienabilidad y estando esta expresamente predicada sólo respecto de los bienes del dominio público por el artículo 543 del Código Civil, se interprete restrictivamente, dejando al descubierto a los bienes del dominio privado que no tengan atribuido

expresamente tal privilegio, por la vigencia operativa de las garantías constitucionales que sea dable aplicar al caso concreto, fundamentalmente: la garantía constitucional a la igualdad real y efectiva ante la ley establecida en el artículo 21, numeral 2; a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26, comprendiendo el derecho a que se adopten con prontitud las decisiones correspondientes; al debido proceso y en particular a la adopción por el Estado, por cualquiera de sus órganos, de las acciones destinadas a la reparación de la situación jurídica lesionada, inclusive por retardo u omisión, de conformidad con lo previsto por el artículo 49, numeral 8; a la responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de la Administración Pública, a tenor de lo dispuesto por el artículo 140 y; a la ejecución efectiva de las sentencias condenatorias contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 259 de la Constitución de 24 de marzo de 2000. (p. 371).

Respecto de los bienes dominiales es lógico tal impedimento de inejecutabilidad, pues su afectación al uso directo o indirecto concibe su inalienabilidad, de la cual deriva una suspensión del poder de disposición en el tráfico comercial que hacen dichos bienes inembargables y en consecuencia, inejecutables. Sin embargo, insistimos en que esta prerrogativa versa sobre bienes en general, tanto del dominio público como del dominio privado, así como rentas, derechos y acciones de la República.

Como bien señala el maestro Turuhpial (2008), la ley en estos casos no suspende las medidas cautelares, en efecto, no pone en duda jamás la inexistencia o imposibilidad fáctica de la tutela anticipada o provisional, sino en cambio, excluye sus efectos sobre bienes nacionales.

Durante algún tiempo, se dudó sobre si esto era aplicable a los entes descentralizados funcionalmente, hoy en día el artículo 98 de la Ley Orgánica de Administración Pública (2008), establece que las prerrogativas de la hacienda nacional se le extienden a los institutos autónomos por esta norma especial y a los

Estados conforme a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (2009) en su artículo 36.

Sin embargo y respecto de los bienes afectados al uso público o servicio público, los artículos 99 y 100 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008), prevén una suspensión inicial de la ejecución de “medidas preventivas o definitivas” mientras se notifica al Procurador General de la República y transcurre un plazo prudencial de 45 días continuos, pasado el cual, continuara la consumación de la medida.

En el caso de los Municipios, la inalienabilidad predicada sobre bienes dominiales, los excluye de ser susceptibles de las medidas preventivas, salvo su desafectación por el voto favorable de las 3/4 partes del Concejo Municipal de acuerdo a la interpretación del artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010). Caso diferente sucede con los bienes municipales del dominio privado, que carentes de la regla de inalienabilidad e Inembargabilidad, con especial excepción en las modalidades contractuales previstas en el artículo 139 de Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010).

El profesor Turuhpial (2008), concluye que la exclusión de los bienes afectos a los servicios públicos de la lista taxativa de bienes dominiales del artículo 135 Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010), hace posible la tutela cautelar sobre estos bienes cuando son artificiales y por esta naturaleza de afectación servicial, salvo para la ejecución de la sentencia definitiva, por cuanto en este caso debería observarse lo previsto en el artículo 160 y 161 ordinal 2 ejusdem, esto es, la ejecución voluntaria y la sustitución del bien por su precio fijado por peritos. En contraste, el artículo 158 de Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010), deja claro que los bienes y rentas del municipio no están sometidos a medidas preventivas ni ejecutivas, salvo lo dispuesto en contrario por la ley .

Pese a esto, la jurisprudencia ha venido racionalizando la tesis de la prerrogativas en lo atinente a la tutela efectiva desde la perspectiva cautelar y ejecutiva, destacando las Sentencias del TSJ-SPA del 18/05/2000 (Caso Hidro Suply Yacambú CA Vs. Hidrológica Occidental), en las que se han ponderando los intereses generales y el interés particular reclamado, algo que sin duda influyo en la redacción del artículo 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), en tanto insistimos que si por la doctrina y jurisprudencia patria, el artículo 28 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (1974) y 1960 del Código Civil (en lo sucesivo CC), han sido interpretados en la manera de que la expresión “bienes” refiere a los bienes del dominio privado, porque el artículo 73 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008), en el contexto de interpretación restrictiva de las prerrogativas procesales, no pudiera entenderse como relativa a los bienes del patrimoniales y no como una formula omnicompreensiva del dominio público y privado; pues incluso, tendría sentido que bienes afectos a un uso público directo o indirecto, queden excluidos de medidas preventivas y ejecutivas, mas no así con otros bienes que no están comprometidos a una satisfacción de intereses generales.

En conclusión, debe admitirse que en lo que respecta a los entes políticos territoriales República, Estados y Municipios, existe una limitación permanente para acordar medidas preventivas como embargos, secuestros o hipotecas. En cambio, respecto de los entes descentralizados funcionalmente, conforme al artículo 99 y 100 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008), existe una suspensión temporal de medidas preventivas como embargos, secuestros o hipotecas hasta tanto se notifique al Procurador General de la República, para que luego, se suspenda el proceso por 45 días continuos, transcurridos los cuales sin que haya un

informe de las previsiones tomadas, pueda el Juez continuar la ejecución de la medida.

Por su parte, la suspensión de efectos de los actos puede solicitarse sin necesidad de recurrir al Código de Procedimiento Civil (1990). No obstante, observamos como un claro obstáculo que entre los requisitos se señale que no prejuzgue sobre el fondo, algo que también abre sitio a las interpretaciones discrecionales que arriesgan el sentido de la tutela cautelar; por lo que consideramos, que un criterio adecuado al respecto requiere la interpretación casuística del juez, donde apreciando un cumulo de indicios o pruebas claras, que patenten un vicio de nulidad absoluta, debe acordar la suspensión de efectos del acto administrativo en cuestión, pues de esta manera se garantiza una tutela judicial efectiva en el contexto de las garantías constitucionales en contraste del principio de ejecutoriedad y ejecutividad de dichos actos.

Mas allá de la jurisprudencia conservadora y de una experiencia judicial cerrada en el tema cautelar contra sujetos públicos, el concepto de las típicas medidas contencioso administrativo han evolucionado al punto que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), perfectamente admite emplear el concepto de la potestad cautelar en función de la actividad administrativa del Estado en general, acordando racionalmente medidas sin alterar la prestación optima o efectiva de servicios públicos e incluso, en caso de omisiones, acordar por ejemplo el funcionamiento de una actividad económica cuya autorización de continuidad no ha sido resuelta en sede administrativa, hasta tanto se logre una decisión final al respecto.

Prohibición de gravámenes

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008), establece además una prohibición de constitución hipoteca sobre tales bienes, además de la consagración de la inejecutabilidad de los bienes públicos. En efecto dispone:

Artículo 75. Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva.

Sobre esta limitación, el profesor Turuhpial (2008), explica la razón del veto, señalando:

Obviamente tal prohibición atiende al argumento lógico de la posibilidad cierta de que tales gravámenes que el ordenamiento jurídico prevé, implican la posibilidad tanto de limitaciones a la funcionalidad de los bienes sobre los cuales pesan, como a la traslación del dominio sobre ellos en caso de trabarse su ejecución en sede judicial, dada su condición de garantías y la posición de deudor de quien acepta constituirlos sobre sus bienes. Adicionalmente, la doctrina ha señalado que tales gravámenes, como por ejemplo, la prenda y la hipoteca, constituyen instituciones propias del Derecho Civil, y los bienes demaniales se encuentran excluidos de los negocios jurídicos sometidos al Derecho Civil, y reservados al comercio del Derecho Público cuando ello sea necesario para la satisfacción de una utilidad general. (p. 380).

Concluye Araujo (2008), lo siguiente:

Otra de las consecuencias hace referencia a la prohibición de establecer gravámenes sobre los bienes del dominio público, porque eventualmente cualquier medida de estas podrá culminar en remate judicial, lo que comportaría la transferencia de la propiedad, indirectamente, a través de

este tipo de medidas, incompatible con el régimen del dominio público, que sólo admite una comercialidad de Derecho público.

Otra consecuencia hace referencia a las acciones judiciales y aquí hay que distinguir dos supuestos en tanto y en cuanto el particular sea o no titular de derechos reales administrativos sobre los bienes públicos, que son los únicos que se admiten: (i) en el primer caso, si no es titular de un derecho real administrativo, es evidente que no proceden las acciones o defensas en relación con los bienes del dominio público, ya sean acciones posesorias o de carácter reivindicatorias; (ii) por el contrario, si el particular es titular de un derecho real administrativo, cabe la posibilidad de la procedencia, ya sea de interdictos y acciones posesorias, limitadas a los solos derechos reales administrativos y nunca serán sobre la propiedad pública. Sin embargo, los bienes del dominio privado del Estado, aunque enajenables, no están sujetos a medidas de ejecución preventiva o definitiva (secuestres, prohibición de enajenar y gravar), embargos, ni susceptibles de ser dados en prenda, salvo cargas o gravámenes. (p. 765).

La imposibilidad legal de tráfico comercial del bien, así como de la constitución de derechos reales que comporten potencialmente su enajenación; se reflejan en el impedimento de desarrollar medidas preventivas o ejecutivas que afecten la titularidad y destino del bien, razón por la que en aras de preservar la coherencia, el legislador prohíbe en principio el establecimiento de gravámenes que puedan devenir en las anteriores situaciones prohibidas, lo cual se patentiza en las disposiciones del artículo 9 y 10 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012).

Inexpropiabilidad

Otra consecuencia de la regla de inalienabilidad es la inexpropiabilidad, respecto de lo cual, Araujo (2008) apunta:

Ahora bien, en relación con la procedibilidad de la expropiación forzosa sobre bienes del dominio público existen dos tesis: Una tesis positiva defendida por MARIENHOFF donde diferenciando correctamente el comercio de Derecho público, y comercio de Derecho privado, él sostiene la posibilidad de expropiar bienes del dominio público de otro ente o de otro titular distinto, por supuesto, al ente expropiante. Por el contrario, la tesis negativa es sostenida por VILLEGAS BASAVILBASO y ÁGUILAR y VISO. La razón es de índole técnico-jurídica, en el sentido que sólo existe un cambio de titularidad pero no un cambio de la afectación sobre el mismo y es una consecuencia del principio de inalienabilidad. La expropiación pública en Venezuela solamente procede en relación con los bienes de propiedad privada. Sobre los bienes del dominio público es evidente que no cabe la posibilidad de expropiación y es una disposición expresa en el artículo 5° parágrafo 1, LEUPS. En el mismo sentido se pronuncia LARES MARTÍNEZ, de que no cabe la posibilidad de expropiación sobre bienes del dominio públicos, ya sea que el ente expropiante sea la República sobre los bienes, ya sea de los Estados o de los Municipios. (p. 766).

Los bienes demaniales al encontrarse tutelados por la regla de la inalienabilidad, están fuera del alcance comercial, en cuyo caso, si la expropiación constituye una traslación forzosa, previa conversión del derecho en una indemnización económica; la misma no puede desplegarse respecto de lo que se encuentre abstraído del poder traslativo de propiedad.

Es decir, resulta improcedente apropiarse de algo que no puede ser objeto de apropiación, no pudiendo adquirirse -ni siquiera por la fuerza- algo que no es potencialmente adquirible. En contraste y como advierte la doctrina citada, los bienes comerciables - incluso los denominados bienes del dominio privado que pertenezcan a sujetos públicos - pueden ser perfectamente objeto de una expropiación.

Por otra parte, la expropiación puede comportar un fin de utilidad pública o interés general, lo cual no es exacto ni idéntico. Así, cuando ocurre una traslación forzosa de la propiedad con ocasión del ejercicio de potestades expropiatorias, bien

puede estar motivado por una ulterior afectación a la utilidad pública mediante la disposición de dicho bien -ahora demanial- al uso público directo o indirecto; o bien, el mismo puede decantarse en una nueva traslación de propiedad hacia terceros particulares siguiendo por ejemplo, un plan de construcción y entrega financiada de viviendas.

De esta manera entonces, si el bien dominial encuentra la justificación de su afectación, en la utilidad pública que emana de su disposición a la colectividad, quien efectivamente la emplea a satisfacción; la hermenéutica del poder expropiatorio entraría en contradicción si pretendiera alterar el elemento heterotélico que pervive en la afectación del demanio; pues en todo caso, si el Estado concibe mas apropiado sustituir el destino público del bien ya afectado, lo aplicable sería una mutación demanial.

La Imprescriptibilidad

Al respecto de la imprescriptibilidad, como consecuencia de la afectación demanial de los bienes públicos, sostiene Turuhpial (2008):

La imprescriptibilidad se presenta históricamente como derivada de dos viejos principios del derecho romano que se utilizaron para proteger a las cosas públicas. BIELSA cita a ambos, resumiéndolos en las afirmaciones que enuncian que la prescripción no es admisible como causa sobrevenida de dominio o propiedad sobre bienes que integran el dominio público en virtud precisamente de la utilidad pública que prestan tales bienes – proscriptio temporis iuris público non debet obsistere-, por una parte y; por la otra, en la afirmación de que las cosas públicas no son susceptibles de propiedad privada y por tanto no puede ser invocada sobre ellas la

posesión de buena fe o, en las precisas palabras del adagio romano, *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possedenti nihil prodest.* (p. 385).

El profesor Araujo (2008), hace las siguientes consideraciones doctrinales sobre la inusucapibilidad:

En relación con las clases de inusucapibilidad, LAGRANGE, AGUILAR y VISO y KUMMEROW, con fundamento en el artículo 1.959, CC y referido a los bienes del dominio público, hablan de la inusucapibilidad plena y la inusucapibilidad limitada. En razón de la inusucapibilidad plena, no cabe la posibilidad de adquisición ni derechos de propiedad ni de cualquiera otro derecho real sobre los bienes del dominio público; por lo que respecta a la inusucapibilidad limitada, con ello se hace referencia, no a la adquisición de los derechos de propiedad, pero sí en relación con la posibilidad de usucapión u otro tipo de derechos reales distintos al derecho de propiedad. La razón de esta consecuencia o efecto jurídico, de acuerdo con LAGRANGE, es que tiene una fuente en una norma legal. Directamente la interpretación concatenada de los artículos 778 y 1.959, CC. El artículo 778 dice lo siguiente: “No produce efecto jurídico la posesión de las cosas cuya propiedad no pueda adquirirse”; mientras que el artículo 1.959 es del tenor siguiente: “La prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio”. Por consiguiente, la norma alude a la usucapión y a los bienes que quedan fuera del ámbito de este modo de adquirir. (p. 767).

La inusucapibilidad con arreglo al artículo 9 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), constituye una expresa tutela a favor de los bienes demaniales, que buscar preservar el destino de utilidad pública, dejando sin efecto específico, la posibilidad de adquirir el bien mediante la posesión con ánimos de dueño durante un tiempo determinado; sin que nadie puede adquirir, de forma originaria o derivada, la propiedad sobre los bienes del demanio público.

Incidencia de la Publicatio en la Intensidad de la Tutela Jurídica de Bienes Afectados al Servicio Público

El régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público, considerando la ausencia de uniformidad del concepto de servicio público y todos los poderes funcionalizados que con ello se derivan, nos conduce a la necesidad de determinar la intensidad de la afectación de bienes a una actividad prestacional de interés general para conocer pues, los alcances del régimen legal de tutela.

Por su parte, el autor venezolano Peña (2003), distingue primeramente los grados de publicatio de un servicio público:

Cabe destacar que VILLAR EZCURRA (1999) teniendo en cuenta las modulaciones que en los distintos ordenamientos admite la "publicatio", propone la siguiente escala:

Publicatio intensa: En los casos en que se reserva a la Administración pública tanto la titularidad como el ejercicio de una determinada actividad. Se trataría de un escalón en el que podría intervenir por la vía de la empresa pública como por vía de servicio público.

Publicatio media: En los supuestos en que sólo se reserva a la Administración titularidad de una determinada actividad pero no así su ejercicio que puede ser llevado a cabo por los particulares (básicamente mediante concesiones administrativas u otras formas de gestión similares).

Publicatio mínima: En los casos en que sólo se reserva a la Administración la titularidad de una parcela de actividad lo cual se conoce tradicionalmente, como servicios compartidos. En este escalón podrían encuadrarse los servicios sociales.”. (p. 336).

Una vez con precisión de los grados de publicatio, para Peña (2003), su incidencia en la afectación de bienes tiene los siguientes alcances:

Para que se comprenda mejor el asunto, baste solamente enunciar, pues más adelante haremos el examen correspondiente, que el artículo 102 de la Constitución establece que la educación es un servicio público; por consiguiente, si se considera que dicho precepto constitucional consagra una "publicatio" máxima, entonces los particulares estarían totalmente excluidos de la realización de esa actividad, siendo ejercida en régimen de monopolio por el Estado. Desde otra perspectiva, si se considera que se trata de una "publicatio" media, entonces el Estado tendría la titularidad del servicio, y lo ejercería indirectamente mediante una concesión otorgada a los particulares.

Pero igualmente podría formularse una tesis que abogue por la "publicatio" mínima, sobre la base de que el dispositivo constitucional alude al concepto amplio de servicio público, razón por la cual la reserva sería sólo de una parcela de la actividad, pudiendo el resto ser ejercida por los particulares mediante un régimen atenuado de intervención administrativa (autorizaciones, supervisión y vigilancia). También podría sostenerse que el dispositivo constitucional alude a los denominados servicios impropios o virtuales que estudiaremos más adelante.

De modo, pues, que el elemento bajo examen en el marco del concepto clásico o tradicional de servicio público, impone que la gestión debe ser realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, pero la determinación de esos tipos de gestión depende de la visión normativa regulatoria de la "publicatio". (p. 388).

Al respecto, Turuhpial (2008) se pregunta sobre la intensidad que debe tener la afectación de un determinado bien afectado a la prestación de un servicio público en concreto, lo que justificaría en consecuencia, el uso de las potestades públicas previamente analizadas y en definitiva concluye:

A nuestro modesto entender y sin rememorar las interminables y complejas disquisiciones libradas por los más destacados autores, el bien deberá desempeñar un rol esencial en el servicio público de que se trate, sea por aptitud originaria o natural, sea por una adaptación o acondicionamiento especialmente impuesto a él, es decir, deberá ser un compuesto tal de la actividad misma prestacional en la que consiste el

servicio, que su desincorporación, separación o segregación signifiquen la interrupción o degradación temporal o definitiva, pero dañosa, del servicio.

En aquellos casos de obras públicas, la afectación demanial deberá estar caracterizada por la adherencia permanente del bien incorporado directamente a la actividad que constituye la utilidad pública, sin que quepa su separación sin menoscabo o deterioro del bien objeto de la concesión. En esta afirmación pudieran resultar útiles para delimitar el grado de incorporación que implicaría demanialización, los presupuestos técnicos de destinación y adhesión que subyacen en los artículos 528 y 529 del Código Civil para referirse a los inmuebles por destinación (p. 301).

En resumen, la incidencia regulatoria que sobre los bienes afectados recae, constituye una consecuencia proporcional al grado de publicatio concebida en la Ley respecto de una determinada actividad de servicio público; sin embargo, en el análisis del servicio de agua potable y saneamiento, resulta necesario además precisar las potestades públicas que ejercita el titular sobre los bienes afectados a la prestación servicial en cuestión.

Huelga advertir que aún con las herramientas jurídicas que brinda la comprensión del grado de publicatio en un servicio público determinado, así como la precisión del catalogo de potestades que ostenta el titular del servicio público sobre aquellos; no obstante, respecto de cada bien en específico, el derecho administrativo será aplicable en función del rol e implicación que el mismo despliegue en la dinámica prestacional de interés general bajo estudio, por lo que siempre será un rigor imprescindible, racionalizar el poder público funcionalizado en virtud del fin mismo que se pretende amparar.

Las potestades públicas derivadas de la publicatio sobre bienes afectados a la prestación del servicio de agua potable y saneamiento

El artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), establece una noción restringida y tradicional del concepto de servicio público, en el cual, el Estado es su titular y prestatario, pudiendo excepcionalmente vía concesión, admitirse una gestión por parte de particulares; en tanto la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), a su vez dispone en su artículo 6 y 7, la naturaleza demanial de los bienes afectos a la prestación del servicio en cuestión, sin ningún distingo o escala de demanialidad con ocasión de la naturaleza de ciertos bienes, ni siquiera considerando su grado de integración o prescindencia dentro de lo que constituye la actividad servicial per se.

El servicio público y todo lo que se derive de su función de prestación, engloba una serie elementos especiales para su concreción, toda vez que el Estado a través de sus distintos entes públicos territoriales (Nación, Estado, Municipio), es el único investido con la titularidad sobre estos, conforme al citado artículo 113 constitucional; razón por la cual se encuentra dotado de una serie de potestades de creación, suspensión, dirección, elección, control y sanción que buscan el aseguramiento y realización por tratarse de actividades no necesarias del propio Estado, sino de actividades dirigidas a satisfacer en su forma más íntima y profunda el interés de esa colectividad de administrados unidos al Estado por ese contrato social que los limita en el libre ejercicio de sus derechos pero que a su vez coloca en cabeza del mismo una contraprestación de realización de los fines fundamentales de toda sociedad (satisfacción general), haciéndolo de esta forma exorbitante o desbordante de las condiciones que la Constitución permite para el resto de la

economía, colocándolos en una posición de supremacía frente al derecho común que rige las relaciones entre los Administrados.

De esta manera, la función administrativa, aquella que ni siendo legislativa ni judicial, consiste en la acción o actividad administrativa orientada a la satisfacción de intereses generales; teleologización esta, de la cual deriva su evidente vinculación a la ley y en cuya instrumentalización, el legislador determina para su concreción fáctica, el ejercicio de potestades, claro está, en el marco propio de la legalidad que pauta la estela a seguir por los diversos componentes que conforman al Estado para el logro de sus cometidos.

Pero tras esta aparente simpleza, un primer obstáculo en la comprensión de la función administrativa, es precisar, el sentido y alcance de esos “fines de interés general” y por otra parte, la caracterización de las potestades empleadas para la consecución de esos fines de interés general dentro lo que constituyen las actividades administrativas que conforman esa prodigiosa función administrativa.

De un lado entonces, los fines de interés general, omnipresente elemento teleológico de la función administrativa y derivado causal de la justificación normativa que presupone la dación potestativa ex lege, responderá a la filosofía de Estado incorporada en la Constitución.

En efecto, esta cimentación axiológica del Estado en la norma fundamental, responde a un proceso sociopolítico, en donde tiene curso el acogimiento formal de los valores sociales y la herencia histórica que en lo político-económico, una sociedad alcanza a consagrar en el resultante pacto social, sellando ulteriormente, la legitimidad y juridificación del poder que encarna el Estado a través de sus instituciones.

De lo anterior, es concluyente afirmar que cada definición de la función administrativa o más propiamente, la concepción que se le intente atribuir a las diversas actividades administrativas que le desarrollan, obedecerá a la particular y muy característica realidad sociopolítica de cada Estado, sin que exista una fórmula absoluta e inequívoca que pueda aplicarse de modo universal.

Seguidamente, se distinguen las actividades administrativas, según los fines perseguidos o las formas de intervención administrativa en su distinta evolución jurídica; así pues, existen formas de intervención donde la administración asume actividades de prestación servicial por considerarles de interés público o bien asume un rol de prestatario natural sin perjuicio de gestión indirecta (actividad administrativa de servicio público); aquellas donde verdaderamente limita la libertad de los particulares en distintas gradaciones (actividad administrativa de policía) y aquella, donde promueve el ejercicio de las libertades con miras a satisfacer el interés general (actividad administrativa de fomento); junto a estas clásicas, otras adiciones “modernas”, clasifican la actividad administrativa según sea su función de regulación, fomento, gestión económica, arbitral y la función de garantía de prestación o de servicio público.

Una de esas maneras en que la limitación se manifiesta es precisamente en la modulación bien sea para prohibir o limitar la participación de los particulares en la prestación de estas actividades económicas. Al respecto la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), establece lo siguiente:

- Artículo 46. Los servicios a los que se refiere esta Ley, podrán ser prestados de acuerdo con las siguientes modalidades de gestión:
- a) Por los Distritos Metropolitanos o Municipios, en forma directa;

- b) Por mancomunidades de municipios o institutos autónomos municipales mediante delegación;
- c) Por empresas, asociaciones civiles y otros organismos descentralizados del Municipio, mediante un contrato interadministrativo;
- d) Por empresas públicas de carácter nacional o estatal mediante contrato interadministrativo o de concesión;
- e) Por empresas privadas mediante alguna de las siguientes modalidades:
 - e.1 Concesión por tiempo definido, de todas o parte de las actividades de la prestación de acuerdo con lo previsto en esta Ley;
 - e.2 Concesión para la construcción de obras y posterior explotación de todos o parte de los procesos o actividades relacionados con la prestación de los servicios, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

En este sentido, se distinguen además, un conjunto de potestades que se analizan a continuación, a saber: potestad de fomento, ordenación y limitación, expropiadora, normativa, sancionadora y fiscalizadora.

Potestades de fomento

En principio, Jordana de Pozas (1949) define la actividad de fomento como “la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, aquellas actividades, establecimiento o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos”

Según Peña (2003) es posible identificar las siguientes características: “a) Es una actividad de la administración que constituye un título que la habilita para intervenir en la actividad de los particulares; b) (...) excluye la coacción sobre las actividades de los particulares (...); c) citando a De la Cuétara, “revela una actuación

de favorecimiento”, con carácter ampliador de la esfera de derecho del particular sobre quien recae la medida de fomento (...); d) la actividad de fomento estimula la de los particulares cuando coincide con la el interés general (...) y e) (...) la actividad de fomento debe ser aceptada voluntariamente por los particulares (...)”.

Jordana de Pozas (1949) les clasifica en primero, técnicas honoríficas tales como condecoraciones, premios literarios y científicos; segundo, técnicas jurídicas tales como la concesión del privilegio de la expropiación forzosa o dispensa del límite máximo de construcción prevista la ordenanza de una ciudad y; tercero, las técnicas económicas que comprende desde subvenciones, exenciones fiscales, créditos hasta avales.

Garrido Falla (1989) propone una clasificación en atención a la forma de actuación sobre la voluntad de los sujetos comentados - sea positiva o sea negativa - y adicionalmente por el tipo de ventajas que otorgan: honoríficas, económicas y jurídicas; destacando respecto de las económicas, la diferenciación cuando la ventaja es de carácter real y de carácter financiero, así como también, para este autor, las subvenciones pueden ser económicas (coyunturales), públicas y administrativas (destinadas a la administración pública).

En efecto, Garrido Falla (1989) señala que la actividad administrativa de fomento se encuentra destinada a satisfacer necesidades públicas mediante la promoción de actividades de los particulares o de otros entes públicos. De esta manera, a los efectos del autor, a diferencia de Jordana de Pozas (1949), considera que el fomento ampara la promoción de actividades no solo de particulares, sino de la propia administración pública.

Cabe indicar, que conforme a las enseñanzas de Jordana de Pozas (1949), que las técnicas económicas de fomento pueden contemplar reales (que impliquen el uso

de bienes públicos) o financieras, las cuales a su vez se clasifican en indirectas, que implican no una erogación sino un ingreso ya no percibido (exenciones, exoneraciones, desgravámenes fiscales) o en directas, según impliquen una erogación o gasto público como los créditos, avales o subvenciones, que constituyen extensión de dineraria a título gratuito, desde luego, de la administración a particulares, o a sujetos públicos según Garrido Falla (1989).

Por su partes, las subvenciones contemplan mecanismos como primas (aportación dineraria atribuida por la favorable evaluación post facto de una actividad de interés general según parámetros de la administración; premios (presea acompañada de aportación dineraria, luego de una evaluación discrecional de la administración), becas (aportación dineraria destinada a estimular la investigación) y los subsidios (o subvención en estricto sentido), la cual, Peña (2003) define como “aportes dinerarios que hace la administración a una entidad financiera para que esta lo utilice en amortizar las cuotas que en concepto de cancelación de un préstamo debe pagar el particular cuya actividad original subsidio”.

En este sentido, observamos que pueden eventualmente desarrollarse conforme a estas disposiciones legales, la intercambiabilidad de las potestades en la formula de garantizar la prestación del servicio mediante técnicas de fomentos como el subsidio en un contexto de planificación y “acción concertada”.

Sin embargo, respecto de los artículos extraídos, donde se establece “financiación” y promoción de la “investigación a fin de desarrollar tecnologías apropiadas y acordes con las características y modalidades de gestión de los servicios”; consideramos que solo podrán ser consideradas como potestades de fomento, siempre y cuando este dirigida, sin coacción, a fortalecer la actividad de los particulares, con miras a fortalecer, desarrollar y perfeccionar una actividad en beneplácito del interés general, dado que constituye un servicio público o ya como

medida de gestión económica o protección y promoción de la competencia, de forma que exista ineludiblemente una relación de causalidad entre el mecanismo de favorecimiento y el interés general mediante el estímulo percibido por el particular, insistimos que solo así, podemos referirnos a una técnica o potestad inherente a esa actividad administrativa de fomento.

En sentido contrario, si el financiamiento y desarrollo tecnológico, busca el perfeccionamiento de una actividad de servicio público prestado por el propio Estado, en la medida que en nada constituye un estímulo al particular, sino antes en cambio, mejorar la prestación misma de servicio o incluso, en aquellos casos en que exista una verdadera erogación de dinero, pero destinada a compensar o asumir las variaciones de onerosidad en un contrato de concesión en aras de preservar la ecuación económica, lo que verdaderamente se efectúa, es una actividad administrativa de prestación de servicio público, o de garantía de la prestación o prestación mínima pero nunca un fomento propiamente; por lo que en definitiva, no todo lo que dice “incentivar”, “fomentar” o “promover” resulta así sin mas, inmediatamente, una actividad administrativa de fomento; donde necesariamente deben concurrir los elementos de voluntariedad, no coactividad, promoción del ejercicio de las libertades, relación causal de las técnicas y el interés general en los términos previamente expuestos.

En este sentido, si bien la actividad administrativa constituye una forma de intervención, la misma siempre se orienta a fomentar el ejercicio de las libertades particulares, mediante patrones de emulación (técnicas honoríficas), constitución de situaciones de beneficiosas por instrumentos legales (técnicas jurídicas) o beneficios materiales y/o financieros, a fondo perdido o no (técnicas económicas); de lo contrario, “fomenta” mejoras o ampliar actividades que son de “interés general”, no es otra cosa que la actividad misma del servicio público, en tanto la actividad

administrativa de fomento, ciertamente busca promover actividades en beneficio del interés general, pero mediante el estímulo de su ejercicio por los particulares; lo que bien concuerda con Jordana de Pozas (1949), cuando asevera que la administración debe intervenir con una gradación racionalizada sobre las libertades, en la medida que la poca o ninguna capacidad de los particulares, satisfaga ese interés general.

Seguidamente, los siguientes artículos son de interés para analizar la potestad de fomento conforme a los criterios previamente expuestos:

Artículo 95

La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento sustentada en estudios técnicos y económicos, elaborará la normativa general de subsidios a ser aplicada, conforme a la política que establezca la Oficina Nacional para el Desarrollo de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento de acuerdo con esta Ley y su Reglamento, la cual deberá responder a los siguientes postulados:

- a) Coadyuvar a alcanzar el equilibrio económico-financiero de los prestadores de los servicios;
- b) Estar orientado al financiamiento de los consumos mínimos necesarios para una familia promedio, de acuerdo con lo establecido en el respectivo Reglamento;
- c) Ser explícito y estar focalizado a las familias de escasos recursos;
- d) Eliminar los subsidios entre usuarios situados en distintas Unidades de Gestión

Artículo 96

Podrán otorgarse subsidios a la prestación de los servicios, los cuales podrán ser financiados mediante:

- a) Subsidios a la demanda o subsidio directo: aportes presupuestarios focalizados a los suscriptores;
- b) Subsidios a la oferta: aportes presupuestarios para el financiamiento total o parcial de las inversiones;

- c) Subsidios cruzados: sobre-pago de los suscriptores con mayor capacidad de pago destinados a cubrir parcialmente el costo del servicio de los suscriptores con menor capacidad de pago;
- d) las partidas presupuestarias para el financiamiento de los subsidios podrán ser aportadas por el Gobierno Nacional, Estatal o Municipal, garantizando su oportuna disponibilidad.

Subsidios a la Demanda o Subsidios Directos

Artículo 97

El Poder Ejecutivo Nacional, los Estados, Municipios, y los Distritos Metropolitanos podrán aplicar subsidios directos al pago de las Tarifas en favor de los suscriptores de baja capacidad de pago.

Parágrafo Único: La factura de los servicios de cada suscriptor deberá indicar explícitamente el monto recibido como subsidio.

Nuevamente, se observa una disposición legal orientada al eventual desarrollo de la acción concertada, en función de planificación y reglamentación de las técnicas de fomento, dentro del ámbito del servicio público de agua y saneamiento.

Asimismo, los artículos citados señalan la posibilidad de “subsidiar” con miras de alcanzar el equilibrio económico-financiero de los particulares prestatarios del servicio y unas modalidades de subsidios directos consistentes en aportes presupuestarios a los suscriptores; subsidios a la oferta y subsidios cruzados: una mixtura de los anteriores. Contrario a lo que pareciera, cuando el Estado favorece el acceso a los servicios públicos mediante aportes al usuario o suscriptor, o garantiza la continuidad de la prestación mediante el mantenimiento de la ecuación financiera de un contrato administrativo, en el contexto de la responsabilidad patrimonial propia de un estado de derecho, no está más que garantizando la prestación misma del servicio público, NO fomentando libertades particulares para el desarrollo de una actividad de interés general, por lo que en definitiva, el sentido literal de “subsidiar” no es exactamente el característico de las potestades de fomento en estudio.

Por ultimo, citamos la disposición transitoria octava de ley en examen, la cual dispone:

Octava

Los actos de constitución de empresas públicas nacionales, estatales o municipales, de cooperativas y otras formas asociativas comunitarias, con el objeto de prestar los servicios de esta Ley, estarán exentos del pago de impuestos, tasas, aranceles y otros tributos, nacionales, estatales o municipales, establecidos por la legislación vigente. Asimismo quedan exentos del pago de impuesto, tasas o contribuciones, los actos de transferencias o venta de bienes y activos necesarios para la prestación de los servicios entre empresas públicas.

Bajo el entendido de Garrido Falla (1989), el fomento puede presentarse bajo la formula de algún modo de promoción o favorecimiento para el desarrollo de actividades por parte de la misma administración, lo que incluiría bajo su apreciación, la cláusula previamente citada, dentro de lo que constituiría una técnica económica que no genera gasto público. Lo mismo pudiera pensarse de tal favor fiscal respecto de cooperativas y asociaciones comunitarias.

Insistimos sin embargo, que no estamos de acuerdo con tal afirmación. La actividad administrativa de fomento procura incentivar las libertades de los particulares, para que tales libertades sean ejercidas en la forma de actividades provechosas para el interés general, por constituir un valor agregado a la cultura, la ciencia; o bien porque su prestación en un contexto de competencia perfecta, supone un mayor beneficio de la colectividad.

Todo lo que implique una restricción o imposición de las libertades supondría un técnica de limitación u ordenación; si en cambio, implica la continuidad, mejoramiento o acceso al o del servicio público, constituye por su parte, una actividad administrativa de servicio público.

Es menester señalar que el interés general que reviste la actividad de prestación servicial bajo estudio, no basta por si sola para legitimar beneficios que en todo caso, constituyen una modulación del principio de igualdad constitucional. Es necesario, como en toda la función administrativa, el ejercicio de razonabilidad y racionalidad, mediante la motivación y fundamentación con base al principio de legalidad, que permita ponderar los medios empleados y los fines perseguidos por la intervención.

De esta manera, tal como asevera Ariño (2003), la actividad administrativa de fomento, debe operar sobre la base del principio de legalidad, igualdad y protección a la libre competencia, no al contrario. En efecto, se observa que el contenido de esta disposición, transitoria para mayor desgracia de la técnica legislativa, procure una injustificada e intolerante desigualdad frente a otros particulares, legítimamente agrupados como permite la Constitución en su artículo 112, bajo formas empresariales quienes, deberán competir en circunstancias de desventaja ante la propia administración, irritante “titular” del monopolio natural del servicio, además de otras asociaciones no menos válidas, pero beneficiados ambos de una exención y beneficios fiscales que se encuentran en franco perjuicio de la libre competencia, con lo cual, claramente se vulnera el principio constitucional de igualdad y se lesiona el derecho constitucional de libertad económica.

Potestades de ordenación y limitación

Inicialmente conocida por la doctrina clásica de la categorización de las actividades administrativas según el grado de intervención, como policía administrativa; ciertamente, constituye aquella donde ejercitan un conjunto de

potestades destinadas a ordenar, limitar e incluso hasta suprimir las libertades de los particulares, en procura del orden público.

De acuerdo a Santamaría (1999), la denominada por los clásicos como actividad administrativa de policía, puede categorizarse en general y especial, correspondiendo la primera al ejercicio de potestades enmarcadas en la salvaguarda del orden público en estricto sentido, equiparable tal término según Peña (2003), con la definición constitucional de seguridad ciudadana, por lo que entonces, conlleva a contextualizarle con el mantenimiento del orden material frente al ejercicio ilícito de libertades por los particulares bajo esta premisa conceptual, pudiendo desplegar conforme al autor citado, actos de intervención, materiales y de ejecución forzosa.

Por su parte, la policía administrativa especial presente en el ejercicio de múltiples potestades en variados ámbitos, es aquella que pretende ordenar el ejercicio de las libertades positivas; según señala Villar Ezcurra (1999), como consecuencia de la expansión conceptual del orden público, aquel originalmente tratado por Haoriou, en la que el intervencionismo acogido por la configuración estatal, abarca amplios sectores en el que, el ejercicio de las libertades, deben ser reguladas en tutela del orden público, desde luego, en un sentido amplio.

De esta manera, según Santamaría (1999), en el ejercicio de la actividad administrativa de policía especial –preferentemente y sin exclusión de la general- se emplean diversas técnicas conforme a la gradación del intervencionismo en las libertades, que de menos a mas, el autor precisa a aquellas de información, de condicionamiento y ablatorias.

En este sentido, las técnicas de información, siendo las menos agresivas respecto de las libertades individuales, consistente en una sujeción del administrado

al aporte de datos e información, como dice Santamaría (1999), deberes de identificación, deberes formales y documentales y deberes de comunicación.

Las técnicas de información digamos, pueden encontrarse como imposición de deberes informativos, mecanismos a tal efecto, canales de comunicación, registro o inscripción por ante sistemas de datos de la administración, deber de retroalimentación de dichas fuentes, así como imposición de deberes para la emisión de información a la administración y a terceros, desde luego, partiendo del principio de legalidad. En efecto, en la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), encontramos dichas potestades presentes en los siguientes artículos 17, 26 ordinal f, h, l, p; artículo 28, 29, 38, 39, 44, 69, 70, 89 y 92.

Destacamos, en ese sentido, el artículo 65 de Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), el cual dispone:

Los prestadores de servicios de Agua Potable y de Saneamiento a los que se refiere esta Ley tendrán las siguientes obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en normas de carácter contractual:

- b) Preparar los programas de inversiones y someterlos a consideración de las autoridades que correspondan;
- g) Informar a los suscriptores acerca de sus derechos y obligaciones;
- j) Conocer y dar respuesta oportuna a las consultas y reclamos de los suscriptores en los plazos que fije el reglamento respectivo;
- k) Informar a los suscriptores con suficiente antelación sobre interrupciones y racionamientos programados de los servicios, previendo un servicio de emergencia si la interrupción debiera ser prolongada. Si las interrupciones no fueran programadas deberá proceder a la restitución de los servicios en el menor tiempo posible y prever un servicio de emergencia;
- l) Informar a los suscriptores y a los Municipios, Distritos Metropolitanos o Mancomunidades de Municipios y, en su caso, al Superintendente

Nacional, cualquier anomalía o irregularidad en la prestación de los servicios, en el plazo perentorio que se establezca dentro de las condiciones de la prestación;

n) Inscribirse en el registro de prestadores de los servicios llevado por la Superintendencia

Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento;

o) Permitir el acceso a los miembros de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento a las obras e instalaciones ya construidas o en proceso de

construcción, a sus libros de contabilidad y a toda otra documentación relacionada con la

prestación de los servicios;

t) Proporcionar la información que razonablemente sea requerida por la Superintendencia

Nacional para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento y por la Oficina Nacional para el Desarrollo de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento a las actividades que realizan, de acuerdo con esta Ley, su Reglamento y demás normas que se dicten a tales efectos.

u) Suministrar información oportuna a los usuarios y autoridades locales de acuerdo con la normativa respectiva;

v) Atender oportunamente los reclamos de los suscriptores

Por otra parte, Santamaría (1999) respecto de las técnicas de condicionamiento, señala que suponen un grado adicional de intervención, en el que los particulares deben demostrar que las actividades que pretenden realizar son compatibles con el interés general, antes de poder desarrollarles.

El mecanismo por excelencia en este sentido, es la autorización, que sin ánimos de aflorar la polémica entre la corriente de Ranelletti y Mayer tal y como resume Peña (2003); constituyen aquellas que implican el levantamiento de una prohibición existente, comprobada la compatibilidad con el interés general, para el ejercicio de un derecho subjetivo o de una mera expectativa.

Al respecto, el autor venezolano Peña (2003), precisa sobre la autorización lo siguiente:

Otros autores, entre otros GALLI (1994), en la doctrina italiana, tratan de explicar esa diferencia en el ejercicio de la potestad autorizatoria por parte de la Administración, recurriendo al elemento relativo a la gradación de la situación subjetiva presente en la esfera subjetiva del solicitante, de tal suerte que la autorización seguirá respondiendo a la necesidad de remover un obstáculo al ejercicio de un derecho, previa constatación de la compatibilidad de la actividad a que da lugar, con el interés público, siempre y cuando el solicitante ostente un derecho subjetivo (situación subjetiva máxima), caso en el cual la autorización tendrá un carácter declarativo (autorización declarativa).

Cuando el solicitante invoque una mera expectativa de derecho o un interés legítimo (situaciones jurídicas de menor grado), entonces se manifestará en toda su amplitud la potestad autorizatoria de la administración, desde luego, si se determina la compatibilidad de las actividades involucradas en la autorización con el interés público, caso en el cual la autorización tendrá carácter constitutivo. (p. 161).

En este sentido, destacamos de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento (2007), la siguiente disposición:

Artículo 53. Los contratos de concesión para la prestación de los servicios de distribución y recolección, sólo podrán ser transferidos previa autorización de la autoridad concedente. Se considerará como transferencia del contrato, la transferencia del control efectivo sobre su titular a través de la venta de acciones u otra transacción equivalente. Las cesiones y transferencias de acciones que no afecten el control efectivo del titular de la concesión, se realizarán libremente y sólo requieren de notificación al órgano concedente y a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

Asimismo, respecto a los usuarios, vale indicar que la ley en examen en sus artículos 118 y 119, considera como infracciones de los suscriptores la conexión no autorizada a las redes de distribución y el consumo de agua no autorizado; lo cual evidentemente, suponen la necesidad de previa autorización.

Finalmente, sobre las denominadas técnicas ablatorias, Santamaría (1999), señala que estas son la máxima expresión de intervención sobre las libertades pudiendo eventualmente limitarlas al punto de suprimirla.

El referido autor, las clasifica por una parte, en las técnicas de disminución o privación de situaciones activas, a través de la 1) La limitación o ablación parcial de derechos (mediante (i) la prohibición de un modo concreto de ejercicio del derecho; (ii) privación de alguna de las facultades integrantes del contenido del derecho; (ii) la imposición de deberes especiales o requisitos positivos para el ejercicio de un derecho; 2) La privación o ablación total de derechos (bien por (i) expropiaciones, (ii) transferencia coactiva de bienes de carácter no expropiatoria; (iii) comiso.

Siguiendo en este orden de ideas, Santamaría (1999), por otra parte destaca a las técnicas de creación o ampliación de situaciones pasivas, mediante (i) creación de obligaciones, bien reales o personales; (ii) creación e imposición de deberes.

Al respecto, citamos los siguientes artículos:

Artículo 110

Se declara de utilidad pública e interés social la ejecución de obras para la prestación de los servicios públicos de Agua Potable y de Saneamiento y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas.

Artículo 111

Las limitaciones a los derechos inmobiliarios derivados de la imposición de servidumbres administrativas se consideran limitaciones legales a la

propiedad y no originan por sí solas derecho a indemnización. Ésta sólo será procedente en los casos de limitaciones que causen daño o graves incomodidades en el ejercicio de aquellos derechos siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, en el Capítulo referido al Avenimiento y Justiprecio.

Artículo 112

En aquellos casos en que la constitución de la servidumbre inutilice el inmueble o lo haga impropio para el uso al cual está destinado, el propietario podrá optar por la expropiación parcial o total sea el caso, para los cual se aplicará el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

En efecto, en las disposiciones citadas se contempla el posible ejercicio de las potestades expropiatorias, a fin de garantizar la adquisición o tráfico de bienes particulares a dominio de la administración, concretamente, para en un según grado de dicho trafico, queden demanializados.

En definitiva, observamos amplias potestades de regimiento, fiscalización, control y seguimiento de la administración, materializable en formas de intervención que pueden ir desde la menos a mas en los artículos 1, 4, 5, literal b y g; 9 literal c, 11 literal e ,i; 19, 26, literal f, h, i, n, p, 28, 63 literal m; 106.

Es menester que tales potestades se dispersan en forma recurrente e inquisitiva a lo largo del texto legal, evidenciando la intercambiabilidad de las potestades en el marco de la actividad administrativa de regulación económica en su subgénero de regulación económica mas férrea, donde el Estado determina y condiciona las características de la actividad, de forma contraria a como aconseja la doctrina y evolución histórica de los servicios públicos y donde, tal y como se señala a lo largo de este análisis, se observa una improvisada actividad de planificación en la que no

concorre el poder legislativo y en tanto, diversas regulaciones crean o determinan desventajas injustas en el acceso al mercado y donde, la suposición de monopolio natural de entrada, genera una violación al principio de libertad económica y libre competencia en condiciones de igualdad.

Potestades expropiatorias

Dentro de la actividad administrativa de policía (ordenación y limitación) especial, señala Santamaría (1999), las técnicas ablatorias contemplan el ejercicio de la potestad expropiatoria, la cual, conlleva la supresión total del derecho de propiedad de los particulares sobre un bien, cuando por razones de utilidad pública e interés social, se justifique tal traslación forzosa desde luego, mediando pago indemnizatorio o compensación económica (justiprecio).

De acuerdo a Santamaría (1999), la expropiación tiene como sujeto a cualquier persona titular de derechos e intereses respecto a bien, pudiendo incluso los sujetos públicos ser sujeto pasivo de estas. Como objeto de expropiación, se encuentra cualquier bien, susceptible y técnicamente idóneo para la satisfacción de un fin de utilidad pública e interés social, siempre que sean bienes no demaniales y con referencia indemnizatoria a cualquier interés legítimo, directo e indirecto, afectado por el acto expropiatorio.

En este sentido, el citado autor, señala que como primer efecto de la expropiación, encontramos la “sustracción de una determinada titularidad o situación jurídica del patrimonio de dicho sujeto (...) o correlativamente, en la imposición de una situación pasiva que acarrea una pérdida neta del balance patrimonial del sujeto.”.

Resulta interesante de destacar, la singularización que observa el autor respecto de la privación, diferenciándole además de la mera limitación, por cuanto aquella es siempre una imposición a razón de una utilidad pública mientras las últimas, obedecen a la función y dinámica social de la propiedad. Para Santamaría (1999), la limitación que supone la expropiación se orienta a beneficio de terceras personas bajo derivación causal del propio empobrecimiento que para el expropiado implica, conforme pues, a la calificación de licitud de lo que es sustraído en la expropiación.

En Venezuela, la expropiación constitucionalmente se funda inescindiblemente bajo una dialéctica teleológica, causal y objetiva coincidente en la utilidad pública, de la cual son beneficiario las entidades públicas bajo la heterotélica vinculación con los servicios públicos u obras públicas, así como el interés social, donde el beneficiario puede ser cualquier persona mediante mecanismos orientados al bienestar social.

A todo evento, los principios que medularmente inspiran y rigen la actividad administrativa de ordenación y limitación como la legalidad, igualdad, proporcionalidad, favor libertatis, procedimentalidad, racionalidad, para muchos autores, la cláusula sin perjuicio a terceros; vienen a robustecerse con un deber exhaustivo de razonabilidad: la motivación respectiva y justificación lógica entre medios y fin, entre ley y medios; todo esto, en la formulación administrativa de la expropiación, que en nuestro ordenamiento jurídico, debe venir precedidas, por la declaratoria de utilidad pública por el correspondiente Poder Legislativo, salvo las excepciones previstas en la ley.

No por casualidad en esta trascendental actividad administrativa, se manifiesta la actuación de los tres poderes públicos superiores, en donde, los órganos jurisdicciones tienen la misión de conocer los procedimientos en primera y segunda instancia, donde se discute la cuantificación indemnizatoria o bien, la ampliación del objeto expropiatorio con una igual incidencia en la cuantificación; sin que esto

implique desde luego, la posibilidad de ejercer el control de legalidad de los actos expropiatorios, conforme entre otros aspectos, a los principios que previamente hemos hecho mención.

Ahora bien, respecto de la ley comentada, citamos para analizar los siguientes artículos:

Artículo 6. A los efectos de esta Ley se entiende por servicio público de agua potable, la entrega de agua a los suscriptores o usuarios mediante la utilización de tuberías, de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización; y se entiende por servicio público de saneamiento, la recolección por tuberías de las aguas servidas de los domicilios incluyendo su conexión así como los procesos asociados de conducción, tratamiento y disposición final de dichas aguas servidas.

Parágrafo Único: Se declaran de utilidad pública e interés social el servicio de Agua Potable, el servicio de Saneamiento y las obras afectas para su prestación.

Artículo 7. Las instalaciones y los equipos destinados a los procesos de producción, distribución, recolección o disposición de agua, son bienes del dominio público afectos a la prestación del servicio del sistema correspondiente.

Artículo 110. Se declara de utilidad pública e interés social la ejecución de obras para la prestación de los servicios públicos de Agua Potable y de Saneamiento y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas.

Artículo 111. Las limitaciones a los derechos inmobiliarios derivados de la imposición de servidumbres administrativas se consideran limitaciones legales a la propiedad y no originan por sí solas derecho a indemnización. Ésta sólo será procedente en los casos de limitaciones que causen daño o graves incomodidades en el ejercicio de aquellos derechos siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, en el Capítulo referido al Avenimiento y Justiprecio.

Artículo 112. En aquellos casos en que la constitución de la servidumbre inutilice el inmueble o lo haga impropio para el uso al cual está destinado, el propietario podrá optar por la expropiación parcial o total sea el caso,

para los cual se aplicará el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Del contenido de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento (2007), se desprende la declaratoria de utilidad pública e interés social del servicio de agua potable y saneamiento y las obras afectas para su prestación; así como la infraestructura necesaria para la prestación de estos, en sus distintos procesos; sin alusión alguna a la expropiación, como mecanismo de adquisición y posterior afectación legítima de dichos bienes.

En cualquier caso, suponiendo la inexistencia de estos artículos de la ley bajo análisis, debe entenderse que al declararse la prestación del servicio de agua potable y saneamiento como un servicio público, implícitamente, quedaban demanializados los bienes necesarios para su prestación y concreción material, a decir de Turuhpial (2008), aquellos que constituyen fundamentalmente un elemento imprescindible e inseparable de la prestación misma y cuya separación, perjuicio o destrucción impliquen una merma, desmejora o imposibilidad de continuar la actividad e prestación servicial. Desde luego, un caprichoso o desviado ejercicio de interpretación de la utilidad pública y/o de bien afecto a la prestación, puede equívoca e ilegalmente constituirse en una supresión injustificada de la propiedad.

Lo que si debe significarse, es que las nuevas obras y los bienes que resulten esenciales para la continuidad del servicio de cara al futuro, aun de propiedad privada, quedan potencialmente comprendidos en el radio de la dominicalidad en la medida de su naturaleza esencial para la prestación, siendo allí precisamente donde estas disposiciones comentadas se transforman en un título habilitante para el eventual ejercicio de las potestades expropiatorias, la cual, NO siendo nunca un mecanismo sancionatorio o político como acostumbra los estados socialistas,

constituye en cambio, en un estado de derecho, un mecanismo para la satisfacción de la utilidad pública y el interés social por una parte y por a otra, la garantía cierta de protección al derecho de propiedad, en la forma que solo por esas razones constitucionales y legales, podrá suprimirse el derecho siempre a través de la conversión del derecho en una compensación justa y oportuna.

Los artículos 110 al 112, congruente con las referencias al profesor Santamaría (1999) previamente expuestas, en la que limitación total o parcial que implique la desnaturalización o merma del derecho de propiedad como un sacrificio particular intolerable, deben ser debidamente indemnizadas, en el contexto de responsabilidad patrimonial del Estado.

Potestades normativas

Para Brewer-Carías (2006), la actividad desplegada por los Poderes Públicos, si bien derivan en la producción y emisión actos propios a su función, pueden no obstante, concebir otras funciones de las que el producto adquiere otra denominación que no es exacta a la que correspondería si emana del poder que por excelencia las desarrolla.

En este sentido, nuestra Constitución prevé en su artículo 203 y 236, ordinal 8; que el Presidente de la República podrá dictar Decretos con Rango Valor y Fuerza de Ley, al haber sido otorgada por leyes habilitantes emanadas de la Asamblea Nacional, en que se establezcan las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República con tales efectos.

Por su parte, Pérez (1980), nos clasifica la potestad normativa, según sea la normación secundaria o propiamente reglamentaria y según sea primaria, de la cual,

el autor distingue a la normación sobre la organización de los servicios públicos – al tiempo que advierte su escaso tratamiento - y finalmente, a la emisión de Decretos-Leyes, a los que el profesor equipara con las denominadas ordenanzas y las leyes delegadas de la legislación francesa e italiana respectivamente.

Respecto de la normación secundaria, esto es, la emisión de actos reglamentarios del poder ejecutivo, encontramos en la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento (2007), varios casos donde remite al ejercicio de la potestad reglamentaria o bien, en ciertas disposiciones normativas, deja la posibilidad abierta para la reglamentación.

En resumen, las potestades normativas se encuentran contenidas en los artículos 2, 9, 11, 17, 19, 20, 26 literales a, g, p y r, artículos 30, 33, 34, 76, de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento (2007).

Potestades planificadoras

Las potestades de planificación del prestatario del servicio público de agua potable y saneamiento, se encuentran en los artículos 1, 9 literal A, 10 literal A, B, C, G, L, 11 literal A, (13, 14, 15 y 16; artículo 17 literal A, I, L; artículo 26 literal C, O, S, T, 27, 32, 33 literal A, D; artículos 62, 65 literal N, 67, 75, 76, 84, 87, 90, 103, 108 y disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento (2007),

De acuerdo a los valores y fines del Estado, previstos respectivamente en los artículos 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), su definición como estado social de derecho propugna las libertades económicas en el

marco de un sistema de economía mixta, con en efecto queda plasmado en el artículo 299 constitucional.

Pero la planificación, desde luego, viene a ser la estrategia de operacionalización material de la función política, en el entendido de que a través de esta actividad administrativa, los órganos representativos que integran el gobierno y en sí, los que representan a la voluntad colectiva, diseñan y aprueban, la ejecución de los programas que ofertaron durante las respectivas campañas electorales; mediante una ponderación de fines, intereses y medios empleados, ajustándose a un proyecto presupuestario y en congruencia con el conjunto de políticas que coherentemente adecuan la filosofía política hacia los fines trazados por el constituyente.

El autor Martín (1988), señala que la planificación es otra de tantas formas de actuación del Estado en el ámbito económico, siendo que la coordinación y dirección de la actividad económica por parte del Estado, ocurre desde distintas vías, abarcando tanto el sector público como privado.

No obstante, la planificación en un estado social, contempla un diseño amparado sobre la idea de ejercer potestades en un sector o en general, donde potencialmente –casi siempre- se realizan limitaciones y ordenaciones generales sobre las libertades de los particulares; mediante la definición de estrategias que limitan, condicionan o a todo evento regulan, las libertades en un sector en concreto o en general.

Ciertamente y como señalaba Jordana de Pozas, la intervención del estado debe realizarse en la medida que las necesidades generales no puedan verse satisfechas por la sola iniciativa privada y aunque la planificación, no necesariamente debería implicar per se, limitaciones a las libertades, en la practica de tal reprochado modelo

de estado social, en su seno es amalgamado el arquetipo de intervenciones a ejercitar sobre la vida de los particulares.

Bajo esta percepción, conviene citar a Martín (1988), en lo que sigue:

La obligatoriedad jurídica para el Estado y, en general, para todo el sector público de las previsiones que el plan pueda contener, es por demás factible; también, razonable en extremo. Tales previsiones, a la postre, no son sino una predeterminación del comportamiento a seguir después por los distintos Poderes públicos. Igualmente, el Plan puede contener también prescripciones singulares sobre aspectos concretos que sean asimismo obligatorias para el sector privado. Nada se opone a ello. Recuérdese además que, como se señaló, el artículo 38 CE sancionaba precisamente la fórmula de la planificación como técnica para modular el ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

Es unánimemente reconocido (J. J. FONT; O. DE JUAN; L. CAZORLA) que, sin embargo, no sería constitucionalmente posible una planificación vinculante y total de la actividad económica del sector privado. La conclusión resulta obvia a la vista de los principios que con carácter general inspiran el sistema de nuestra Constitución económica.(...) la ordenación coactiva del derecho a la libertad de empresa, y también de los que de él se derivan —libertad de industria y de mercado, libertad de trabajo, libertad de consumo, propiedad privada (O. DE JUAN)—, sin cancelarlos totalmente, pero de forma tal que suponga su reducción y condicionamiento, más allá de los que pueden considerarse como límites razonables. Razonabilidad en la incidencia o en la limitación de estos derechos: en primer lugar, determinada, como es lógico, por el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE); también, a los principios que rigen el sistema de nuestra Constitución económica, tanto desde el punto de vista procedimental (arts. 33, 128 CE, etc.) como desde los de carácter sustantivo: principio de unidad de mercado, de solidaridad regional, de estabilidad económica, etc. En estos supuestos, la ley que instrumentase la planificación económica sin considerar debidamente los derechos y principios citados, resultaría contraria a la Constitución; el TC podría, en su caso, constatar el cumplimiento de tales situaciones.

De esta manera, como señalábamos, la planificación puede abarcar en su diseño, el ejercicio de potestades de ordenación a las libertades de los particulares. Pese que para algunos autores, la planificación no es esencial en un Estado, esto me resulta relativo. Así, una cosa es la planificación como mecanismo de la arquitectura de definición y consecución de las políticas y lineamientos de gobierno, como operatividad incluso de la voluntad colectiva en el marco de legalidad, organización, coherencia, transparencia y tutela presupuestaria, en la que no necesariamente se adopte la limitación de las libertades particulares en tanto que pueda o no estar justificado para lograr los fines perseguidos y como proyección de los prolegómenos de razonabilidad, racionalidad, favor libertatis, subsidiariedad que envuelven la actividad administrativa para su ulterior validez por la aprobación del poder legislativo conforme al artículo 187, ordinal 3,4, 6, 7 y 8 y artículo 236 ordinal 18 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000).

Otra cosa bien distinta es la recurrente definición de limitaciones a las libertades individuales como parte de una política que busque la subrogación progresiva de la iniciativa privada por la gestión económica con rasgos de estatalización o bien, la progresiva obstaculización de su ejercicio.

En el texto constitucional se encuentran disposiciones sobre la planificación estatal (artículo 161 y 166 CRBV), municipal (artículo 182 CRBV) y a través de figuras para la profundización de la descentralización como el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185 CRBV). Una planificación ideal debe acoplar a estados y municipios, así como a las sociedad de acuerdo con las enseñanzas del Martín (1988) cuando señala que “las estructuras administrativas, en su sentido más propio, resultan desde luego insustituibles en la elaboración de los planes económicos. No obstante, son del todo insuficientes para llevar a cabo tal cometido.”.

Observamos que en general los estados coadyuvan y participan en tanto los municipios son prestatarios naturales en lo que respecta al servicio de agua potable y saneamiento. No obstante aun cuando si bien la ley dispone la participación de estas para la formulación de políticas, realmente no se dispone un mecanismo eficiente de incorporación real de esas propuestas en la toma de decisiones; lo mismo ocurre con las public hearing previstas en los artículos 11 literal C y L, o 26, literal O.

Por el contrario, se observa que el Artículo 9, dispone que “Los órganos del Poder Ejecutivo Nacional” podrán “a) Aprobar las políticas, estrategias generales y planes sectoriales atendiendo a los objetivos de desarrollo económico y social del país” en tanto, en el artículo 17, le otorga competencias a la Oficina Nacional para el Desarrollo de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, la de “a) Diseñar y aprobar las Políticas y Planes estratégicos de desarrollo del Sector y definir las respectivas fuentes de financiamiento; b) Diseñar y aprobar las normas que regulen los subsidios de los servicios objeto de esta Ley, los cuales deberán estar ajustados a los principios establecidos en ella; i) Diseñar y promover modalidades para la prestación eficiente de los servicios en áreas de desarrollo no controlado y rurales”.

Es decir, básicamente los mecanismos de participación se articulan a la nada, como fútiles desiderátum se postran ante la competencia del poder ejecutivo de dictar las políticas, estrategias generales y planes sectoriales en función de objetivos, pero que objetivos si no les define la propia ley, en efecto, ni siquiera el Poder Legislativo participa a la aprobación por ley de tales planes conforme a los principios estudiados.

La acción concertada, la cual integra la planificación con otras potestades como las de fomento, le hace con la regulación económica y ordenación y limitación también, por que si bien nos resultaría imposible aceptar como ajustado a derecho, que por vía de normación secundaria se incorporen técnicas de ordenación y limitación que afecten de forma directa las libertades; seria igualmente inconcebible

la concertación de una actividad de planificación que no cuenta con la ley aprobatoria del poder legislativo; menos aun debe aceptarse, que se disponga de técnicas ablatorias que crean y aumentan la situación pasiva del administrado o bien que disminuyan o priven su situación activa de acuerdo a Santamaría (1999), sin los principios formales de legalidad y especificidad.

Potestades regulatorias

En sentido amplio, la regulación es la actividad misma de un estado de derecho, las cuales reafirman en el principio de legalidad en la forma de ordenar las libertades de los particulares. De acuerdo con el profesor Araujo (2008), en el ámbito económico, “la regulación se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para mejorar la asignación de recursos. Por ende el elemento central del concepto de regulación es la “interferencia” pública intencional en las opciones abiertas al administrado en el desarrollo de una actividad”.

Conforme a los artículos 2, 3 y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), nuestra configuración societaria descansa sobre el anacrónico modelo de estado social, ratificando aun así el constituyente, de que el mismo es derecho y democrático, con fines enraizados especialmente con la dignidad humana en la que en definitiva, se decanta el modelo de economía mixta, donde coexiste el Estado y la iniciativa privada en aras de generar “ fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país”.

En este sentido, si bien nuestro sistema jurídico ampara y permite el comercio y el libre ejercicio económico (Art. 115 constitucional), paralelamente subsisten ciertas limitantes que van en salvaguarda del interés general y el bienestar colectivo. Así pues, el constituyente considero apropiado repudiar el monopolio (Art. 113 constitucional), el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos (Art. 114 constitucional) en la forma de garantizar que el colectivo goce del derecho disponer de bienes y servicios de calidad, siendo una voluntad constitucional la necesidad de legalizar los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos conforme al artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000).

De manera que el libre ejercicio económico, constituye un derecho tutelado a nivel fundamental desde comienzos de la era republicana y constitucional de nuestra nación, toda vez que dialéctica material histórica apuntala a la asunción del esquema socio económico en cuya esfera pululan derechos como el bien común y la propiedad privada.

En efecto, bajo la perspectiva productiva del Estado se asume la prestación de bienes y servicios dentro del ejercicio de las libertades propias de una organización político territorial inspirada en principios democráticos y cuyo ejercicio encuentran atribuidos en forma conjunta entre el Estado y los particulares.

Sin embargo, la existencia de limitantes dentro del despliegue de tales derechos mencionados corresponde a las razones de interés general que condicionan las libertades con miras de abrazar el carácter social del derecho como filosofía de Estado. Esto resulta apropiado para estipular un mecanismo de control constitucional, ergo legal, sobre aquellas conductas que desvirtúen las propias libertades económicas (vg. Monopolio) o que vayan en detrimento de ciertas garantías constitucionales (vg.

Acaparamiento sobre productos de primera necesidad que vulnera el derecho a la salud y a la vida).

Es evidente el enfoque social del constituyente; siendo que en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), se establece:

Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

En contraste, esas limitantes implican la modulación del derecho de propiedad y de libre empresa, que a su vez subsumen principios característicos propios. Así, debemos referirnos necesariamente a legislaciones especiales que prevén derechos y garantías desarrollados en forma progresiva y propias, mecanismos concretos de control, así como sanciones de diversa índole.

Sobre esas premisas, históricamente surgió del cuerpo legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (2004) como un instrumento legal concreto en la procura efectiva de esos derechos a través de una sistematización normativa de los deberes y derechos de consumidores, usuarios, proveedores, despachadores y quienes al final de cuentas prestan un servicio, así como la tipificación de ilícitos en la materia y la previsión de sus respectivos procedimientos en sede administrativa y judicial.

Por otra parte, el ejecutivo nacional en uso de las atribuciones previstas en el artículo 236.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y con motivo a las facultades legislativa en la materia delegada por la Asamblea Nacional mediante Ley Habilitante, promulgó el Decreto Presidencial 5197 (2007) contentivo de la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos sometidos a Control de Precios, la cual reguló de una manera más específica la protección popular y el ejercicio de los derechos del soberano frente a ilícitos concretos sobre productos de primera necesidad a precio regulado.

Este instrumento derogado con la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (2010) y que derivó mas tarde en la Ley Orgánica de Precios Justos (2014), implicó pues, una declaratoria controvertida de todo bien y servicio como utilidad pública, más allá de su carácter o no de primera necesidad.

La organización de las actividades con relevancia en lo que respecta al interés general, puede activar el desarrollo de una actividad administrativa de planificación donde se articule el ejercicio de la denominada actividad administrativa de gestión económica en la que el Estado, por ejemplo a través de los entes descentralizados funcionalmente; conforme al artículo 60 y 61 de la Ley De Reforma Parcial de la Ley Orgánica Para La Prestación De Los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), asume la prestación mientras se fomenta además la participación privada en esas áreas económicas estratégicas o bien, desplegar la actividad administrativa de regulación en determinados servicios públicos, en lo que puede concesionarse por ley su prestación los particulares.

A través de la actividad administrativa de regulación, el Estado establece limites a las libertades para ordenar y controlar así, las actividades económicas desarrolladas por particulares. Desde luego, será la determinación jurídica del alcance

del interés general en la configuración axiológica de una sociedad bajo su pacto social, la cimentación de los fines que la administración pública debe procurar, a cuyo umbral surge pues, el título correspondiente para el ejercicio de potestades regulatorias.

Al final de cuentas, recordando a De la Cuétara (1983), la función política que funge como catalizador de la voluntad colectiva, determinara esos fines en el ejercicio de las potestad/poderes a los cuales se subordina las potestades administrativas, funcionalizadas a dichos fines previstos en la ley.

Ahora bien, ciertamente nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), ha previsto un sistema de economía mixta, coexistiendo la actividad económica privada y pública. Es decir, coexiste la actividad administrativa de gestión económica, así como de prestación directa de servicios públicos, y la iniciativa privada, en los ámbitos que la libertad económica permita, aunado a la posibilidad de ejercicio como prestatario de servicios en materia de servicios públicos.

De esta forma, tanto en las actividades económicas en general, como aquellas de interés general y aquellas acuñadas por la publicatio como servicios públicos, pueden ser objeto de la actividad administrativa de regulación, corolario de potestades de ordenación económica que atenderá –insisto- a la filosofía de Estado y dinámica política del gobierno de turno.

Estas potestades reguladoras o por otra parte, pueden orientarse por ejemplo, a la protección de la libre competencia en condiciones de igualdad de oportunidad, libertad de entrada, eliminación de externalidades que en definitiva se traducen en la accesibilidad y bienestar “colectivo”, al cual prefiero denominar, bienestar generalizado.

En este sentido, respecto de la actividad regulatoria en la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), destacan los artículos 1, 5, 11, 26, 38, 41, 43, 50, 52, 63, 65, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 referidos al ejercicio de potestades de ordenación en el ámbito económico y mas propiamente, de la actividad administrativa de regulación.

Lo anterior, se compagina con amplias potestades de regimiento, fiscalización, control y seguimiento de la administración, materializable en formas de intervención en los artículos 1, 4, 5, literal b y g; 9 literal c, 11 literal e ,i; 19, 26, literal f, h, i, n, p, 28, 63 literal m; 106; es decir, el empleo y ejercicio de potestades para la imposición reglamentaria de deberes, potestad intimidatoria, de requerimiento y en general, formulas que Santamaría (1999) clasifica como técnicas que suponen la “creación a ampliación de situaciones pasivas”, bajo la formula ablatoria de la actividad administrativa de ordenación y limitación previamente expuesta.

En definitiva, si conforme a los principios de intercambiabilidad de las potestades administrativas, conjugando los artículos analizados sobre la potestad planificadora, de regulación y de ordenación y limitación de acuerdo a los principios señalados que en efecto se encuentran en ley, podremos concluir que la misma, es una expresión indeleznable de la actividad administrativa de regulación económica, donde el Estado interviene en todas las condiciones de la actividad económica, verdaderamente la configura como señala Ariño (2003), en los aspectos técnicos, financieros, contables y comerciales; mediante el ejercicio de técnicas como la regulación de la estructura empresarial, condicionamiento y formación de empresas públicas.

En efecto, de la lectura de los artículos 42 y 46 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), no es sorpresivo concluir que la titularidad como reserva o monopolio natural de la prestación del

servicio corresponde a la administración pública, concretamente en los Municipios, bajo la predeterminación y configuración de la ley efectuada por la República, en tanto el ejercicio reglamentario en los distintos niveles político territoriales se circunscribe desde luego a la ley; siendo por tanto, los particulares, eventuales prestatarios de los distintos procesos mediante los contratos administrativos (artículo 52 y 53 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007)) o bien, la administración pública descentralizada funcionalmente mediante contratos interadministrativos y en su caso, delegación a las mancomunidades de municipios o institutos autónomos municipales.

Desde luego pues que esta configuración de publicatio media, desdibuja la tendencia mundial al favorecimiento de las libertades en un contexto de libre competencia y subsidiariedad de la actividad administrativa, con lo cual, se subroga esta sobre aquella, reduciendo no solo su ejercicio, sino extremando la planificación estatal de la economía, en desmedro de las verdaderas necesidades y deseos de la sociedad.

Por su parte, respecto de las competencias del poder ejecutivo nacional para aprobar planes, políticas y lineamientos en el sector, desde luego no podría abarcar la incorporación ex novo y sin ley previa, de técnicas ablatorias para incrementar la situación pasiva del administrado o bien que disminuyan o priven su situación activa de acuerdo a Santamaría (1999) en el contexto de regulación económica, pues conforme a los principios formales de legalidad y especificidad de rigor, solo a través de la ley se puede regular

Asimismo, desconcierta la incorporación de órganos centrales para el diseño tarifario y de elaboración de normas de calidad, cuando los principios que informan la actividad reguladora de las actividades económicas de interés general, en el contexto de favorecimiento a la libre competencia en el marco constitucional de economía

mixta y promoción de la iniciativa privada con base al artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), recomiendan el agenciamiento o conformación en figuras independientes, con autonomía y donde destaque el conocimiento técnico, científico y objetivo; con lo cual, delatamos el desplante a los principios constitucionales que nuevamente realice la ley bajo estudio.

Desde luego que la ley, al crear un monopolio natural en el Estado, donde los municipios son titulares de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento, conforme al propio artículo 113 constitucional, desaviene los principios que informan la moderna percepción bajo la idea de principios de libre competencia y libre mercado, libertad de acceso. La violación a estos principios se verifica además en las disposiciones transitorias (octava) referidas a la ventaja fiscal que reciben tanto la administración pública prestataria como las asociaciones comunitarias.

Potestades de inspección

En este otro orden de ideas, conviene también recordar al profesor Hernández Mendible (s.f.), quien respecto de la administración pública reguladora en materia del servicio público de agua potable, señala:

Según lo anterior, la Ley señala que el ente regulador puede ejercer su competencia sobre determinadas materias, tales como:

a) En materia de calidad del servicio: Evaluar y controlar la calidad del agua potable distribuida; b) En materia de tarifas: Supervisar la aplicación del régimen tarifario previsto en la Ley y el reglamento, así como de las tarifas aplicadas a los prestadores de los servicios (artículo 26, literal n) de la Ley); c) En materia de documentos e infraestructuras: Fiscalizar cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones, a los operadores y controlarlos con base en las verificaciones que realice sobre la

documentación y las instalaciones, así como la información que éstos le suministren (artículo 28 de la Ley); Supervisar las obras e instalaciones ya construidas o en proceso de construcción, los libros de contabilidad y toda la documentación relacionada con la prestación del servicio que lleven los operadores (artículo 65, literal o) de la Ley); Supervisar la cesión y la transferencia de acciones que no afecten el control efectivo del titular de la concesión, que le deberá ser notificada por el operador (artículo 53 de la Ley); d) Sobre el operador público nacional: Regular, supervisar, fiscalizar y controlar a la Empresa de Gestión Nacional (artículo 61 de la Ley). (p. 18).

De lo anterior se desprende entonces la necesidad del prestador del servicio en ejercer potestades inspección que permitan velar por el cumplimiento cabal de la función encomendada, como deber impuesto, a fin de evitar las sanciones y procedimientos por el ente regulador y supervisor.

Más aun, la relación jurídica entre el prestador del servicio y el usuario corresponde a la típica relación de sujeción especial según Santamaría (1999), en la que un contexto especial dado por la prestación de la actividad servicial publicada por el interés general que le antecede como premisa funcional de intervención, en donde especiales procedimientos y la flexibilización de la rigurosidad de la tipificación y otras formalidades a manos de una reglamentada y amplia actividad inspectora y supervisora por el vínculo especial (prestador - usuario), son características que obligan no solo a reconocer tales potestades del prestador, sino recogerlas en función de los fines encomendados como concepción de sus propios límites inspectores y sancionadores.

Al respecto Rebollo Puig (s.f.), señala:

En general sobre las potestades a ejercitar durante la inspección, podríamos señalarles en este orden: a) Potestad de acceso. No sólo a los abiertos al público, que no plantean problemas, sino a locales cerrados, a

dependencias de uso privado. b) Potestad de examen de la documentación, y de obtener copias. c) Potestad de recabar información y exigir respuestas a las preguntas que se formulen, tanto del inspeccionado como, en su caso, si está previsto, de su personal y hasta de terceros (suministradores y prestadores de servicios al inspeccionado, clientes y usuarios del inspeccionado, etc.). En algunos casos, la potestad está configurada con gran amplitud y en otros muy circunscrita a algún aspecto sin que se pueda exigir más. d) Potestad de tomar muestras de diferentes bienes para análisis, incluso de bienes de propiedad de persona distinta del inspeccionado. e) Potestad de recabar de otros órganos administrativos información o documentación. (p. 7).

La inspección debe realizarse en cumplimiento de las formalidades constitucionales y legales. Desde luego que muchas inspecciones se realizan con ánimos de vigilancia y no necesariamente punitivo, por lo que no necesariamente se vinculan principios de contradicción. De hecho aun ni siquiera estaríamos hablando del derecho a la defensa, siendo posible que de la inspección se arroje un incumplimiento del cual se de apertura al respectivo procedimiento sancionatorio con las notas de contradicción, debate y probanzas de rigor.

Desde luego, el resultado de la inspección debe constar en actas de inspección sin que tenga que haber una audiencia al interesado, pero si con las indicaciones de fecha, funcionario efectuante, sitio geográfico específico, motivos -puede ser la mera visita de rutina- y resultados obtenidos de la misma, en tanto verificación visual o toma de muestras según sea procedente.

El carácter propio de las inspecciones de este talante, a lo largo de la actividad administrativa de ordenación y limitación contemplada en la ley, justifica y explicita su naturaleza espontánea y sin previo aviso; siendo desde luego, procedente la notificación en caso de darse la apertura a un procedimiento sancionatorio con ocasión de las faltas o presuntos hechos ilícitos encontrados en la inspección inicial.

Las inspecciones con este índole preventivo, si lógicamente no requieren notificación, pueden consecuentemente desplegarse sin presencia de la persona a quien los resultados de la inspección pueden afectar; salvo, la necesidad inherente de exigir o requerir información específica o acceso a bienes privados donde desde luego, tiene el prestador del servicio posibilidad de requerirlas en tanto potestades derivadas de los aspectos mismos que de la ley se desprende su competencia específica para cuidar, preservar o garantizar en condiciones óptimas el servicio, al punto que del incumplimiento de los mandatos legales para preservar la calidad de actividad prestacional protegida, puede justificar que el regulador inicie procedimientos y que eventuales sanciones sean aplicadas al prestatario del servicio público negligente.

Resulta importante acotar que la inspección pudiera devenir en la exigencia de declaraciones o datos a un tercero o a sujetos públicos no aferentes al servicio prestado a fin de detectar posibles incumplimientos, en el marco de los principios de cooperación, interacción y solidaridad administrativa contemplados en la propia Ley Orgánica de la Administración Pública.

De lo anteriormente razonado, es concluyente afirmar que la inspección cuando no surge como prueba en un procedimiento sancionatorio, no constituye per se, una litigiosidad o controversia con contradictorio, con lo cual, puede practicarse de rutina y así debería ser - como parte de las responsabilidades y deberes previstos en la norma para el prestatario del servicio - en el contexto de las potestades de ordenación y limitación, todo esto en aras de garantizar el empleo adecuado y eficiente del servicio público, así como de la existencia de los requisitos formales, de infraestructura que justificaron la expedición inicial de garantías de servicio público, así como la correcta conexión al servicio y mas allá de esto, la inexistencia de hechos ilícitos que se encuentran previstos en la propia ley.

Ahora bien, el legislador nacional es quien puede establecer los ilícitos, pudiendo reglamentarse aspectos que aclaren el supuesto de hecho sin modificarse jamás la sanción o el tipo en sí. Puede reglamentarse asimismo aquellos pasos de la inspección necesarios, retomando la idea que no estamos frente a un procedimiento administrativo punitivo en sí - puede dar origen a uno desde luego - por lo que entonces, no estaríamos frente a un contexto reservado estrictamente al Poder Legislativo Nacional.

A la sazón conviene citar a Rebollo (s.f.), quien efectúa la siguiente comparación:

En definitiva, es cierto que el legislador ha sometido parcialmente algunas inspecciones a formalidades especiales y severas, y hasta puede decirse que las ha procedimentalizado en algunos sectores. Pero, además de la relatividad de esta procedimentalización, se trata de excepciones legales que no niegan que con carácter general la inspección no tiene por qué estar ni está sometida a los principios y reglas de un procedimiento administrativo en sentido estricto.” (p. 18).

Es menester acotar que los resultados de la inspección en cuando sean desfavorables pueden perfectamente contradecirse en análisis y contenido en el correspondiente procedimiento sancionatorio que sí debe cumplirse con todas las formalidades de ley.

Por otra parte, el derecho de propiedad también limita las potestades de inspección, al impedir o restringir su ejercicio, como además eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivados del uso inadecuado o lesivo de tal potestad.

De los derechos que potencialmente pueda advertirse - en prima facie- cierta afrenta implícita o choque respecto de las potestades de inspección, otorgamos

relevancia a aquellos previstos en los artículo 46 en su ordinal 3 y artículo 47 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) en lo atinente a los derechos de intimidad, dignidad de la esfera personal y protección de datos personales respectivamente.

En este paradigma si se quiere, debe considerarse adecuado que la Administración o el prestatario del servicio, en el ejercicio de la potestad de inspección, solicite todos los datos personales e información hasta el límite de relevancia que para la instrumentalización material del contenido de materia asignado (potestad para el fin público *ex lege* otorgado) le corresponda, desde luego, en franca consonancia con los principios fundamentales y la razonabilidad (motivación mas fundamentación) de la actividad administrativa.

La inspección no obstante no puede llegar a entrometerse o intervenir la privacidad de las comunicaciones; dado que ello es solo factible en el ámbito judicial penal y mediante una orden o mandato por parte del Tribunal competente y con las limitaciones propias que ha dispuesto de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Del ejercicio de la inspección señala Rebollo (s.f.), subsiste la garantía que tiene el administrado usuario del servicio, de que la información recabada no será publicada o usada mas allá de lo necesario a los fines del bien tutelado. Esto conlleva per se, las siguientes consecuencias: a) Excepciones al acceso de los expedientes y archivos administrativos, si bien puede accederse por el particular inspeccionado puede comportar un límite de acceso al público; b) el deber de secreto de los inspectores; c) límites al uso de la información conseguida por cada inspección.

Respecto a la garantía constitucional de no declarar contra si mismo o auto inculparse; va en función de prohibir las declaraciones confesorias mas no impide el

deber de colaboración del usuario como señala Rebollo (s.f.), bien informando o consignando documentos, formalidades y comprobante de pagos como el derecho a conexión, el documento de garantía del servicio de agua potable y saneamiento entre otros, así como debe permitir análisis, muestreo o revisión de conexiones incluso por razones de optimización del servicio a la comunidad y a dicho particular en singular.

En definitiva, la inspección constituye un deber del prestatario del servicio quien tiene que realizarla en forma ordenada y generalizada, quien, incluso puede hacerle a ciertos particulares con la frecuencia e intensidad que demande proporcionalmente los motivos debidamente racionalizados conforme al principio de la interdicción de la actividad administrativa.

Potestades sancionadoras

Los artículos 11, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007) regulan la potestad sancionadora.

De acuerdo a Santamaría (1999), la potestad sancionadora se fundamenta en unos principios de configuración (legalidad, tipicidad y prescripción) y de aplicación de sanciones (imputación, non bis in ídem, proporcionalidad). Respecto de las sanciones, el autor señala que se decantan en privaciones de libertad (no aplicables en nuestro derecho), multas, privaciones de derechos y como medidas accesorias, la inhabilitación, el comiso y el deber de restitución.

En este sentido, la potestad sancionadora debe observar toda una serie de principios fundamentales, a saber:

Derecho a la Presunción de Inocencia y la Carga Probatoria de la Administración

Conforme a lo previsto en el numeral segundo del artículo 49 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), se consagra la presunción de inocencia al señalar:

Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1° ...

2° Toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario

Como lo ha consagrado el enunciado de este artículo dicho principio es de obligatoria aplicación en los Procedimientos Administrativo, y por lo tanto, esta presunción Constitucional de Inocencia supone que sólo sobre la base de las pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa podrá alguien ser sancionado.

Ello implica básicamente dos consecuencias bien concretas, la primera, que la carga procedimental de aportar elementos probatorios corresponde a quien acusa (por lo general la Administración); la segunda que en ausencia de plena prueba, es obligación de la Administración dar por terminado dicho procedimiento declarar mi inocencia.

En este orden de ideas con respecto a los procedimientos sancionatorios señala el autor Brewer-Carías (2009), lo siguiente:

Sin embargo, en materia de procedimientos sancionatorios, la carga de la prueba íntegramente corre a cargo de la Administración Pública. Sea que se inicien de oficio o por denuncia de parte, la Administración está obligada a probar los hechos que van a dar origen al acto que se va a dictar, es decir a la imposición de la sanción. En estos procedimientos, que se inician normalmente de oficio, para el caso de que sean sumarios, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es aun más precisa en imponerle la carga de la prueba a la Administración, en su artículo 69, al prescribir que “deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto”. Estos procedimientos sancionatorios, por otra parte, normalmente se inician con un acto que realiza la Administración, mediante el levantamiento, por el funcionario competente, de un Acta en la cual se deja constancia de determinados hechos, normalmente en presencia de los interesados. En estos casos, sin duda, es obligación de la Administración probar los hechos que van a fundamentar su decisión. (p. 314).

Los autores Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez (1995), al respecto consideran:

Los principios penales sustantivos deben aplicarse a las sanciones administrativas. Siendo una de las características del Derecho su eficacia, la infracción de las normas administrativas requiere una reacción, pero aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico, que es único; en este caso, los del Derecho Penal, puesto que la adecuación al Derecho de un acto es la de la teoría general del Derecho Penal. El hecho ilícito pertenece a una rama del Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo Sancionador, que supone un traspaso de conceptos del Derecho Penal al Administrativo. De ahí se deduce la existencia de principios comunes, derivados del principio de legalidad, contenidos en el Derecho Penal. (p. 112).

Derecho a una Sanción Proporcional

Señalado como uno de los pilares propios del Estado de Derecho moderno, que no es más que una consecuencia lógica del principio de la Legalidad que impide actuaciones arbitrarias por cualquier órgano que ejerza el Poder Público, y como tal aplicable al derecho administrativo.

Para los autores Parejo, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega, L. (1990), el principio de la proporcionalidad constituye uno de los límites al momento de ejercer facultades más o menos discrecionales, y es por tal razón que resulta vinculante su utilización en el marco del *ius puniendi* administrativo, en donde se le otorga cierto margen de apreciación a la Administración para la determinación de la sanción correspondiente; de esta manera, el ámbito central de su aplicación es justamente la actividad administrativa de intervención de los ciudadanos, singularmente la de policía de orden general (seguridad ciudadana).

Por una parte establece que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la Jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación a la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas, limitándose simplemente a aplicar la sanción en su término medio, sin observar la proporcionalidad que debe existir con el supuesto de hecho.

Según este criterio señala el maestro Brewer-Carías (2009), con respecto a la adecuación a la situación de hecho, lo siguiente:

“Ahora bien, ¿qué alcance tiene esta exigencia de que el acto discrecional debe mantener adecuación con sus supuestos hechos? En primer lugar, todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho. Por tanto, la causa es un elemento esencial del acto; no puede haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario...

...Esto implica que la carga de la prueba, en la actividad administrativa recae sobre la administración, como principio general muy importante.

Pero además de probar los hechos o la causa del acto, la Administración debe hacer una adecuada calificación de los supuestos de hecho...

...Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente. Esto también abre toda una serie de límites derivados de la racionalidad de la justicia y de la equidad en el tratamiento de los procedimientos. (p. 47).

Este principio de razonabilidad encuentra fundamento en los artículos 137 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y por ser un derecho inherente a toda persona de no ser afectada por actuaciones arbitrarias (artículo 22 constitucional) y que se manifiesta a nivel legal en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981).

Como ya se señaló, la razonabilidad principalmente al momento de encuadrar la conducta del administrado con el supuesto normativo y al momento de imponer la sanción administrativa, en donde debe existir adecuación entre la gravedad de la sanción a la entidad de la infracción y sus efectos, ya que en esta materia exige adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos.

En ciertos países existen serie de reglas que sirven de máximas a los efectos de determinar si existió proporcionalidad o no, pero ese no es el caso de nuestro asistemático conjunto de ilícitos administrativos. Aquí el único parámetro cierto es el citado artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) y las máximas que surjan de la Jurisprudencia y Doctrina.

Entre las máximas que existen para determinar lo racional o proporcional que resulta de una sanción, principalmente se encuentra 1) la debida adecuación que debe existir entre la gravedad del hecho perseguido y la sanción; 2) la idea de que la comisión de las infracciones no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el incumplimiento de las normas infringidas; 3) la existencia de intencionalidad o reiteración; 4) el perjuicio causado con la infracción.

No está entonces permitido a la Administración, imponer sanciones no proporcionales a los hechos o sencillamente limitarse a imponerlas en su término medio, sino que debe en cada caso aplicar el principio de razonabilidad.

Imparcialidad, Juez natural: la autoridad competente

De allí es el propósito del numeral 3° del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) y por el cual son causales de inhibición “...o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o...”; esto con miras a salvaguardar la imparcialidad que debe tener el funcionario administrativo.

En resumen, mas allá de la actividad administrativa arbitral prevista en el artículo 26 literal “D”, “I”, “J” de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios

de Agua Potable y Saneamiento (2007); no obstante, nada se regula sobre apertura de la investigación, formulación de cargos e instrucción de procedimiento.

Capítulo III

La Ley Orgánica de Bienes Públicos y los Bienes Afectados al Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento

Estructuras Subjetivas en la Ley Orgánica de Bienes Públicos

Desde una perspectiva general, los entes, si bien pudieran desglosarse en entes públicos o privados, entes territoriales o no territoriales, resulta de mayor funcionalidad su racionalización bajo el entendido como entes políticos primarios y entes instrumentales tal y como sugiere Santamaría (1999); siendo precisamente los denominados entes instrumentales, aquellos que responden a la definición de específico alcance que dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica de Administración Pública (2008) y cuya tipología legal se consagra en su artículo 29.

El autor citado, coloca como entes políticos primarios a aquellos entes territoriales junto a los cuales se erigen otras personas jurídicas creadas por y bajo dependencia de los primeros para la gestión descentralizada de sus funciones, esto es, como “instrumentos operativos”, expresión que recoge su nominación doctrinal como entes instrumentales.

Como establece el autor Gallego (2001), cada rama del poder del Estado tiene su propia administración pública, siendo que estas son organizaciones complejas que obedecen a estructuras jerarquizadas compuestas por órganos, órganos parte de órganos y cargos.

En la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), con base a la doctrina relativa a las estructuras subjetivas de derecho público formuladas por Santamaría (1999),

observamos la presencia tanto de categorías de entes como de órganos. Ahora bien, bajo el entendido de ente como sujeto personificado que actúa por medio de órganos; tanto la República, a los Estados y los Municipios como entes políticos primarios participan como prestadores del servicio de agua potable y saneamiento, lo que más adelante analizaremos con detenimiento.

A los entes instrumentales, esto es, personificaciones jurídicas dependientes en alguna medida de los entes políticos primarios, autores como Santamaría (1999), les clasifican en corporativos o institucionales; en tanto nuestra legislación los clasifica en entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público y entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, que a su vez pueden tener o no forma empresarial.

Nuestra legislación, concretamente el artículo 15 de la Ley Orgánica de Administración Pública (2008), le define como “unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio”.

La Superintendencia de Bienes Públicos como ente rector del Sistema Nacional de Bienes Públicos; en cuanto a naturaleza y tipología en su estructura externa, es de naturaleza jurídica-pública al ser creada mediante Decreto-Ley emanado del Presidente de la República, con autonomía funcional y presupuestaria; sujeto a deberes, derechos y prerrogativas procesales de acuerdo con el artículo 22 Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012); por lo que su tipología es de un órgano estatal indirecto que forma parte del conjunto de órganos que conforman la Administración Pública del Estado, toda vez que se encuentra adscrito al Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas que viene a ser el órgano estatal directo, según el artículo 242 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000).

La Superintendencia de Bienes Públicos al estar adscrita al Ministerio señalado, adquiere una configuración interna de carácter monocrático, en tanto se encuentra desconcentrada la atribución del Ministro en la Superintendencia creada, que tendrá a un Superintendente de Bienes Públicos como máxima autoridad, responsable de la dirección y del cumplimiento de las políticas fiscales de control a implantar como órgano, sobre los bienes públicos manejados por los otros órganos y entes que conforman el sector público.

Otro aspecto en la estructura subjetiva, es su ámbito de competencia, que de acuerdo al artículo 4 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012) será a nivel nacional; así como las directrices en cuanto a la adquisición, uso, administración, mantenimiento, supervisión, registro y disposición de los bienes públicos por parte de los órganos y entes públicos que conforman el sector público. Además identificamos otra estructura subjetiva, como es la Comisión de Enajenación de Bienes como Órgano de la Superintendencia de Bienes Públicos, es una unidad orgánica de la Superintendencia que tendrá como función específica, autorizar la enajenación de los bienes públicos de los órganos y entes públicos que conforman el sector público.

Principios de Organización de la Administración en la Ley Orgánica de Bienes Públicos

La administración pública se orienta en principios que fundan su organización y la actividad misma que a través de ella se despliega para la concreción de los cometidos del Estado. Diversas posturas y agregados han surgido en el desarrollo dinámico del derecho administrativo.

Nuestra Ley Orgánica de la Administración Pública (2008) en su artículo 10 establece:

La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

Con base a la prolifera doctrina respecto de la personalidad jurídica del Estado, elaborada por el Profesor Moles (1997), el Estado ostenta soberanía, a su vez, de esta se desprende su autonomía, por ello en algún momento histórico fueron ambas confundidas conceptualmente. Si bien al Estado le conforma una estructura de entes personificados, estos actúan por medio de órganos en la forma que la actuación de estos se le atribuye al ente, pero en definitiva, por el ente actúa el Estado mismo, es este quien proyecta soberanía. En la categoría de entes, podemos precisar que los entes político primarios son con toda propiedad autónomos, siendo que la noción de la autonomía refiere a la capacidad de auto normarse; no obstante, cada ente político primario puede dar cabida a entes instrumentales, es decir aquellos con personalidad jurídica y relativa independencia que a grandes rasgos calificamos como autonomía; sin embargo estos no pueden darse o modificarse sus normas, desde un punto de vista técnico, son autárquicos no autónomos aunque si lo percibimos con pobre precisión pero amplia comprensión.

Al haber comprendido la dinámica de las estructuras subjetivas en el derecho público, observaremos que los entes personificados proyectan una autonomía, les define su personalidad jurídica por medio de la cual le son atribuidos los actos que efectúa a través de sus órganos: imaginemos que el movimiento de nuestras extremidades inferiores y superiores, son nuestros movimientos. Los caracteres pues que definen a los entes personificados, implican en principio una dinámica especial en sus relaciones con otros entes, donde debe respetarse la autonomía de aquellos y donde pues, principios como la cooperación que presuponen un plano de igualdad y auxilio mutuo, espontáneo en el sentido de que no responde a una orden de uno sobre otro.

Evidentemente, también existe la cooperación como principio en las relaciones que se dan adentro de una organización personificada, esas que denominamos “interorgánicas”, caracterizadas por la relación de jerarquía que vincular ascendentemente a los órganos que edifican internamente al ente personificado; no olvidemos que en todo ente o organización personificada hay órganos, órganos parte de órganos y cargos. Así, estos deben socorrerse entre sí o combinar esfuerzos para alcanzar los fines del ente personificado.

Conviene aclarar que las organizaciones personificadas, en ocasiones y con motivo a las técnicas de distribución funcional como las técnicas traslativas de la competencia, ejercitan competencias propias, a veces bajo propio nombre y responsabilidad y en ocasiones, por cuenta y responsabilidad ajena, conformen correspondan a una situación jurídica resultante de relaciones como la transferencia, delegación o mandato respectivamente; para lo cual, será aplicable la tutela orgánica sobre el ejercicio de competencias por mandato jurídico público y en que brilla el principio de jerarquía, ergo, las técnicas que conforme a esta se articulan en la norma. Del mismo modo, será aplicable una tutela material, repito que aun sobre entes

personificados, cuando la competencia se ejerce enmarcada por una situación jurídica resultante de una relación de delegación; con los consecuentes principios que armonicen con la autonomía con la que se ejerce la competencia.

De manera que mientras se ejerza una competencia con menos autonomía, ya sea porque trata de un ente personificado que la ejerce por mandato, o con mediana autonomía por que la ejerce por delegación; o bien que la autonomía no se encuentre presente por tratarse de órganos, se hace aplicable el principio de jerarquía y los que le son compatibles; esto activa las técnicas correspondientes para el adecuado proceder de la administración.

El principio de jerarquía lleva implícito la coordinación como elemento junto a otros principios que colman en contenido a las técnicas para la unidad y coherencia como ya se explicara. Pese a lo anterior, la coordinación por el equilibrio de su contenido justifica su autonomía como principio, haciéndolo no solo exclusivo de las relaciones jerárquicas.

Ese autónomo principio de coordinación, consiste en la conjunción de competencias convexas de dos o más órganos o entes de la administración pública, canalizados estratégicamente por un director, quien por superioridad de intereses ostenta un poder de autorización, aprobación, resolución o decisión que permite la consecución de los fines estatales sin contradicciones, en forma eficaz y eficiente. Así, la coordinación tiene como presupuestos otros principios como la economía, celeridad, eficiencia y eficacia.

Evocar principios, cual desiderátum, es sencillo; sin embargo estos, como realidades objetivas que norman de forma general la organización de la administración pública, causan las técnicas de estructuración, de distribución

funcional, así como de unidad y coherencia planteada por Santamaría (1999) y en las que fundamento, gran parte de las ideas aquí desarrolladas.

Los principios anteriores dan cabida indubitable a una actuación administrativa orientada hacia los fines para los cuales el Estado, ha de emplear a la administración pública como instrumento; es decir, estos principios de ordenación, permiten la consecución de cometidos estatales, al fluir cual hidrocarburo sobre un sistema mecánico, permitiendo que los engranajes operen sin friccionar o ajar a los otros.

Según Santamaría (1999) los principios de la organización contienen la sustancia de las técnicas que permiten “asegurar la coherencia de actuación del órgano del conjunto de administraciones públicas y la necesaria unidad interna de cada una de estas” (p. 441). Estas son las denominadas técnicas de unidad y coherencia.

La coherencia, concibe su esencia en el principio de supremacía de intereses que el primer nivel político primario ostenta, es decir, el ámbito competencial de la nación arroja intereses superiores en la misma forma que contiene a los estados que tienen sus respectivos intereses y los municipios con los propios, proporcionales a su ámbito territorial; así, el de mayores intereses (la nación) titular un interés superior que debe preponderar para la adecuación de la actividades, su canalización por un rumbo concreto, en una dirección coherente.

Sin embargo esta supremacía, debe mantener el respeto a la autonomía de las entidades territoriales inferiores, desde el punto de vista del interés, claro está. Así, surgen las técnicas de cooperación y las técnicas de coordinación, fundamentadas en los principios de cooperación y coordinación respectivamente.

Las técnicas de coordinación, Santamaría (1999), les clasifica en primero; orgánicas donde deslinda, la participación de entes territoriales en las decisiones de estado a través de la incardinación de representantes en los órganos de este, creación

de órganos de colaboración, consulta y coordinación (comisiones bilaterales y conferencias sectoriales), creación de entes comunes financiados conjuntamente; segundo, técnicas funcionales, donde se desprende el deber de información, deber de asistencia, participación en procedimientos conjuntos, planificación conjunta y convenios entre entes públicos. Las técnicas de coordinación a su vez, se ejecutan mediante planificación y participación local en procedimientos tramitados por el ente superior.

Frente a las técnicas que persiguen la coherencia, inicialmente con base al principio de supremacía; surgen técnicas que persiguen la unidad de acción en los entes públicos, las cuales se ejercen con base al principio de jerarquía y de dirección presentes en la estructura de los entes personificados. Básicamente se desarrolla a través de técnicas para la ordenación, control y coordinación. Las técnicas de ordenación se ejecutan a través de la orden, las instrucciones y los planes. Por su parte, las técnicas de coordinación, a través de la resolución de conflictos de atribución, instrucciones, planes y programas; siendo finalmente, las técnicas de control, desplegadas a través del control de los actos y control sobre la actividad, última esta mediante las potestades de sanción, de sustitución interorgánica y la exigencia de rendición de cuentas.

Las técnicas se justifican en los principios que se establecen legalmente para garantizar su propia observancia, la cual a su vez, permite la actuación adecuada de la organización en la aplicación de la norma, en nuestro caso, la norma relativa al servicio de policía. No solo un principio justifica la aplicación de una técnica, sino que varios de ellos lo hacen; así, vemos que la unidad de acción de los entes se logra a través de un conjunto de principios relativos a la jerarquía, dirección, economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad en el uso de los recursos, oportunidad, objetividad, imparcialidad, honestidad,

uniformidad, modernidad, transparencia. Por su parte, la coherencia en el ejercicio competencial por los entes de la administración pública, es alcanzada mediante técnicas concretas para materializar principios de supremacía de intereses, coordinación, cooperación, corresponsabilidad, eficiencia, eficacia, celeridad, modernidad, transparencia y economía.

La Superintendencia de Bienes Públicos es un órgano desconcentrado al cual por Decreto-Ley se le atribuyó la función estatal de fiscalizar y controlar (uso, registro, mantenimiento, enajenación, entre otros) de todos los bienes públicos pertenecientes a todos los órganos y entes públicos que se encuentran en los tres niveles políticos-territoriales (República, Estados, Municipios); es decir, de esta relación jurídica se desprende los principios de jerarquía y cooperación.

La Superintendencia de Bienes Públicos dentro de sus lineamientos, instrucciones y directrices ordena la creación de la Unidad de Bienes Públicos, conforme al artículo 27 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), en cada órgano o ente del poder público nacional, de los estados, municipios, distritos metropolitanos y entes públicos no territoriales quienes tendrán que adecuarse en materia de adquisición, uso, mantenimiento, registro y disposición de sus bienes a lo previsto por dicha legislación.

La Superintendencia de Bienes Públicos es un órgano que a través de su Ley de creación exige la Cooperación por parte de todos los órganos y entes públicos que conforman el sector público como un deber general. Es evidente entonces, que rigen los principios de cooperación y colaboración, consagrados en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2008) cuando establece que la “Administración Pública Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios colaborarán entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado”.

La comprensión de los principios pues, no puede girar sobre una escisión de aquellos, capaz de producir una diáspora visión o abstracción contractual incompleta, pues estos se acoplan en una estructura normativa, la forman realmente, constituyendo una integralidad perfecta en la cual cada uno funge de pilar y la que todos en conjunto rigen la organización, siendo que cada principio está vinculado inescindiblemente con el otro; *ergo*, cuando uno de ellos falta, se altera o se le desvirtúa, la organización no deja de existir, pero pierde su sentido, se desvanece su esencia y en ese momento, la legalidad se hace extrañar en toda actuación de quien finalmente, se ha corrompido y vuelto ilegítima de ejercer las potestades para la cual fue creada. Distinto sería si lo que constituye un principio en una norma, no exista en otra: ahí sencillamente hay otra creación legislativa de organización, la cual obedece a una filosofía distinta.

Frente a la ilegitimidad e ilegalidad de los actos de la administración corrompida, se alza la naturaleza coercible de la norma constitucional (norma *normarum*) que junto al aspecto material de su superioridad normativa (principio *lex superior*), combinan su superioridad determinante en los mecanismos directos (constitucionales) o indirectos (legales) que correspondan para cesar la agresión a la legalidad.

No hay paradoja más romántica que la razón que justifica al derecho administrativo: se interpone entre los extremos confrontados que enlaza para alcanzar un equilibrio; así su lucha indefectible es la contención del poder, su estela interminable es donde fluye el poder para que exista autoridad y en la que ciñe su ejercicio para que nunca puedan ahogarse las garantías de los administrados.

Régimen Jurídico de Bienes Afectados al Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento

El procedimiento de desincorporación y enajenación de bienes en la Ley Orgánica de Bienes Públicos en contraste de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional derogada.

La parcialmente derogada Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (1974) establece en el Título I, referente a los bienes nacionales y comprendido entre los artículos 19 al 40, todo lo relativo a la denominación, incorporación, administración y de una forma muy sencilla la forma de enajenación de los bienes nacionales.

De esta manera, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), el órgano encargado de regular la enajenación de los bienes públicos era la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, ente facultado para tomar las decisiones perteneciente en materia de definición del destino de los bienes nacionales (muebles e inmuebles), fuera de uso o que se encuentren en estado de deterioro u obsolescencia, su finalidad es normar todos aquellos requerimientos de enajenación de bienes de los entes u organismos de la administración pública central y descentralizada (funcional).

El procedimiento señalado en los artículos mencionados de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (1974), era el siguiente:

1. Los bienes propiedad de la República que se encuentren en estado de obsolescencia, deterioro, desincorporados o que sean innecesarios para el cumplimiento de las funciones de los entes y organismos pueden ser objeto de enajenación.

2. La solicitud de autorización, para enajenar bienes del sector público se tramitará ante el Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas a través de la Secretaría Técnica.

3. Corresponde al Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas la fijación del precio base, tomando en cuenta los avalúos presentados por los organismos y cualquier otro criterio valido al juicio del Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, así como también precisar los procedimientos aplicables en cada caso de enajenación todo ello enmarcado en la Ley orgánica que regula la enajenación de los bienes públicos no afectos a las industrias básicas.

4. Las máximas autoridades de los entes u organismos del sector público deben remitir a la Secretaría Técnica un informe sobre la existencia y el estado de los bienes de su propiedad.

A fin de que la solicitud de autorización de enajenación sea procesada oportunamente debían consignarse los siguientes recaudos:

1. Exposición de motivos o justificación: Documento que se emplea para justificar la enajenación solicitada.

2. Consultoría Jurídica: El área legal del ente u órgano debe dar su opinión jurídica sobre el tipo de operación requerida por el Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas.

3. Declaración Jurada de la máxima autoridad o del funcionario responsable de la enajenación.

4. Fotografías.

5. Avalúos.

Los participantes en este proceso de enajenación eran:

1. El organismo del sector público administrador del bien interesado en el proceso de enajenación.

2. La Secretaría Técnica de la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas.

3. Los miembros de la Comisión Presidencial Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas.

4. El comprador o ente adquirente en caso de donación.

Ahora bien con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012) se instituye la Superintendencia de Bienes Públicos, como órgano rector en el campo de la adquisición, administración, desincorporación y enajenación de los bienes públicos; siendo que dicho organismo, ha venido dictando normativas con el propósito de hacer menos burocrática la forma como los órganos y entes del Estado desincorporan sus bienes.

La Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), establece como modalidades la venta, permuta, dación en pago, aporte a capital en entes con formas empresariales, donación, la enajenación mediante venta o permuta a través de oferta pública y preferente por lotes, procedimiento totalmente nuevo y separado de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (1974).

De esta manera cuando se trate de ventas o permutas, la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012) prevé un procedimiento donde interviene la Comisión de Licitaciones que estará integrada por personal del ente de reconocida honorabilidad ellos vendrían a cumplir las obligaciones que anteriormente llevaba la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas pero centralizada en su organismo.

Por su parte, el Comité de Licitaciones según dispone Providencia 002-2012 sobre Conformación de la Comisión de Licitaciones de la Superintendencia de Bienes Públicos (2012), tendrá las siguientes atribuciones:

1. Recibir, abrir, analizar, directa o indirectamente a través de un grupo evaluador, los documentos relativos a la calificación de los oferentes.
2. Examinar, evaluar y comparar las ofertas recibidas.
3. Velar porque los procedimientos de enajenación se realicen de conformidad con lo establecido en la legislación que rige la materia y con la normativa interna del órgano o ente enajenante.
4. Considerar y emitir recomendación sobre el régimen legal aplicable, parámetros, ponderaciones y criterios de selección de oferentes y evaluación de ofertas.
5. Descalificar oferentes o rechazar ofertas, según el caso, que no cumplan con los requisitos o condiciones establecidas en el pliego de condiciones, o que sean inadecuadas a los fines del órgano o ente enajenante.
6. Determinar, visto el informe del grupo evaluador, las ofertas que resulten más favorables a los intereses del órgano o ente enajenante.

7. Conocer y recomendar las variaciones del precio base establecido para la enajenación de los bienes, en los casos de Ley.

La enajenación bajo la modalidad de venta o permuta, se hará mediante proceso de oferta pública y por lotes, sin menoscabo de realizar enajenaciones por unidades atendiendo a las características particulares de los bienes.

Según la Providencia 004-2012 sobre Normas Generales sobre Licitación para la Venta y Permuta de Bienes Públicos (2012), la modalidad de venta o permuta deberá tomar en cuenta las características del bien, el precio base fijado y las condiciones generales estipuladas para ellos a través de un pliego de condiciones. Una vez determinadas se publicará un aviso en dos diarios de circulación nacional haciendo el llamamiento de los interesados (principio de publicidad y le da oportunidad de participación a particulares de forma generalizada en esto también se diferencia del procedimiento llevado por el Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas), este llamamiento puede sustituirse por un aviso en medio digital siguiendo los lineamientos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001), de no recibirse por lo menos dos ofertas validas o satisfactorias podrán proceder con una segunda ronda.

Asimismo, la Providencia 004-2012 sobre Normas Generales sobre Licitación para la Venta y Permuta de Bienes Públicos (2012) ha establecido además que la oferta que resulte más ventajosa será a quien se adjudique los bienes, previo cumplimiento de todas las condiciones del pliego. Si no se recibieran ofertas en el tiempo fijado o que tampoco se declarasen satisfactorias se podrá autorizar la venta por un precio distinto al ya fijado, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento licitatorio.

Quedan exceptuados de la aplicación de modalidad de oferta pública de enajenación en los casos de venta o permuta, cuando el adquirente sea otro órgano o ente público; los trabajadores de la entidad enajenante, siempre y cuando el concurso se haga en condiciones igualitarias entre los interesados; los relativos a la venta y permuta de bienes en producción cuando el proceso pudiere afectar la elaboración del bien; las de venta o permuta donde haya un solo oferente; la venta o permuta de derechos litigiosos. Estos casos de adjudicación directa deberán contar con la autorización expresa de la máxima autoridad del órgano o ente en cuestión en este aspecto se asemeja a la declaración jurada exigida en el pronunciamiento ante la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas.

En este mismo orden de ideas, la Providencia 003-2012 sobre Requisitos que deberán acompañar las Solicitudes de Enajenación de Bienes Públicos remitidas a la Superintendencia de Bienes Públicos (2012), establece en su artículo 3, que las solicitudes de enajenación de bienes públicos serán remitidas a la Superintendencia de Bienes Públicos para la apreciación que corresponda de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, debiendo cumplirse además con la presentación de los siguientes requisitos:

1. Original de la solicitud de autorización de enajenación, con exposición de motivos e identificación de los bienes, debidamente firmada y sellada por la autoridad competente.
2. Original o copia del acto administrativo que aprueba la enajenación de los bienes, debidamente firmado y sellado por la autoridad con competencia en materia de enajenación de bienes.

3. Copia simple del documento en el cual consten las facultades de quien autoriza la enajenación.
4. Dos (02) avalúos en original con vigencia menor a seis (06) meses, material fotográfico y Declaración Jurada de los profesionales que los realizan o valor contable de los bienes para las solicitudes por donación, transferencia o bote por estar inservibles.
5. Copia simple de las cédulas de identidad de los profesionales que realizan los avalúos.
6. Relación detallada de los bienes a enajenar con indicación de su ubicación, componentes, marca y cualquier otro elemento que permita su identificación.
7. Los demás que sean requeridos a juicio de la Superintendencia de Bienes Públicos.

En los casos de permuta; además debe acompañarse:

1. Listado de necesidades o bienes que recibirá el órgano o ente público.
2. Original de la oferta en detalle realizada por el beneficiario de la permuta, con vigencia menor a seis (06) meses y copia simple de la cédula de identidad de quien la suscribe.

En los casos de dación en pago, deberá además de incluirse:

1. Original del documento de aceptación del bien público, en donde se haga constar el valor, los términos y las condiciones en que será recibido el mismo y copia simple de la cédula de identidad de quien lo suscribe.

Para los casos de donación, además de los recaudos generales se deberá acompañar la solicitud con:

1. La carta de solicitud del beneficiario en original, y copia simple de la cédula de identidad de quien la suscribe.
2. Una copia simple del documento constitutivo del beneficiario para las personas jurídicas de carácter privado.

La Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), prohíbe la participación en estos procesos de personas declaradas en quiebra; tampoco a quienes se condenen por delitos contra la propiedad o la cosa pública, así como los deudores morosos por obligaciones fiscales o de instituciones financieras públicas.

En la Providencia 004 (2012) emanada de la Superintendencia de Bienes Públicos, contempla las normas generales que rigen para la venta y la permuta de bienes públicos estableciendo que ambas serán mediante oferta pública la cual deberá constar con la autorización del Comité de Licitaciones. Asimismo, dispone que pueden enajenarse los bienes del sector público cuando no fuere necesario para el cumplimiento de sus finalidades y los que fueren desincorporados por obsolescencia o deterioro conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012).

Asimismo, la Providencia 005 (2012) emanada de la Superintendencia de Bienes Públicos, establece que para que un ente de la administración pública adquiriera un bien inmueble, deberá cumplir con las siguientes pautas: 1) para la adquisición de un bien inmueble por parte de los órganos o entes del sector público, deberán constar con al menos dos (2) avalúos actualizados; 2) la adquisición de bienes inmuebles deberá constar con la aprobación escrita de la máxima autoridad del ente u órgano adquirente; 3) las solicitudes que tengan como propósito adquirir un bien inmueble serán remitidas a la Superintendencia de Bienes Públicos, la cual deberá constar con los siguientes requisitos: a) original de la solicitud con el visto bueno de la Superintendencia con indicación clara de que se trata e identificando el bien original y copia del acto administrativo que aprueba la adquisición del bien, b) copia simple de la certificación presupuestaria, c) dos avalúos en original y copia del bien adquirir con vigencia menor a seis (6) meses, d) copias de las cédulas de identidad de los profesionales evaluadores, e) certificación de desgravamen del inmueble, para los últimos diez (10) años, f) copia simple del documento de propiedad, g) copia simple del documento de identidad y del documento que faculta la venta en caso de apoderados, h) copia simple del documento constitutivo -estatutario en caso de bienes inmuebles propiedad de personas jurídicas, y los demás que sean requeridos a juicio de la Superintendencia de Bienes Públicos.

Por su parte, la Providencia 006 (2013) emanada de la Superintendencia de Bienes Públicos, establece las responsabilidades de cada una de las unidades administrativa de cada órgano o ente del sector público que administren bienes públicos. En este instrumento normativo, se precisa el deber de llevar un registro de bienes con las normas establecidas por la Superintendencia de Bienes Públicos y que deben nombrar dentro de un plazo no mayor de quince (15) a las autoridades responsables patrimoniales de cada organismo, con el firme objetivo de coordinar con

la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la creación de una base de datos que identifique a todos los organismos en el Sistema de Información del Registro General de Bienes Públicos, relacionando la cantidad de bienes públicos existen o se encuentren asignados a cada uno de estos.

Seguidamente, la Providencia 007 (2013) emanada de la Superintendencia de Bienes Públicos, establece que los bienes públicos deben ser preservados en condiciones apropiadas de uso y conservación, razón por la cual ordena a las unidades de administración y custodia de dichos bienes que conforman los distintos órganos y entes del sector público, el deber de hacer constar el debido mantenimiento preventivo, correcto y sistemático que le sea brindado a los bienes públicos, a través del formato establecido por la Superintendencia de Bienes Públicos en su portal web.

Dispone la Providencia 008 (2013) emanada de la Superintendencia de Bienes Públicos, que las unidades administrativas de cada órgano y entes del sector público deberán llevar el registro de dichos bienes en un plazo que al efecto dicte la Superintendencia de Bienes Públicos así como cumplir con el nombramiento en un plazo de quince (15) días, de los respectivos responsables patrimoniales de cada organismo.

En el texto de dicho instrumento normativo, se reprograman las actividades comprendidas dentro del proceso de adecuación de los inventarios y registros de los bienes que sean propiedad o que se encuentren adscritos a los distintos órganos y entes que conforman el sector público, siguiendo las siguientes fases: fase 1, formalización y arranque; fase 2, planificación y preparación; fase 3, preparación y remisión de los datos de los inventarios y registros; fase 4, consolidación y validación de la información. Es menester advertir que todos los entes u órganos del sector público adscritos a la Superintendencia de Bienes Públicos, deben acudir a la sede de

dicho organismo con la finalidad de que le sean entregadas sus credenciales en un lapso no mayor de diez (10) días hábiles.

La Superintendencia de Bienes Públicos además, ha estado trabajando en la designación de los miembros que conforman la Comisión de Contrataciones y Licitaciones, tal y como contemplan respectivamente, las Providencia 009 (2013) y 0010 (2013); así como además, ha diseñado un cronograma de trabajo que en su primera fase contempla la inclusión e identificación de los diferentes órganos y entes que conforman el sector público nacional, los cuales estarán dentro del sistema información general de bienes públicos así como la adecuación de los inventarios que sean de su propiedad o que estén adscritos a ellos según la Providencia 011 (2013) de fecha 29/07/2013 publicada en gaceta oficial 40.246 de fecha 09/09/2013 providencia administrativa mediante la se da inicio a la segunda fase del proceso de adecuación de los inventarios y registros de bienes públicos, que comprende los órganos y entes del segundo y tercer nivel de adscripción del sector público nacional y recientemente, mediante Providencia 001 (2014), ha reprogramado los lapsos establecidos en le cronograma general de actividades que rige el proceso de adecuación de lo inventarios y registros de los bienes públicos en los órganos y entes del sector público nacional.con la finalidad de saber que cantidad de bienes públicos existen o cuales le pertenecen a la administración pública manteniendo un sistema integrado con el firme objetivo de saber cual bien es un bien público nacional, estatal o municipal.

Procesos traslativos de competencia entre sujetos de derecho público, en los que se establezca una transferencia de los bienes dominicales adscritos al servicio público de agua potable y saneamiento.

De acuerdo con el profesor Turuhpial (2008), los procesos traslativos de competencias entre sujetos de derecho público es en los que se establezcan una transferencia de los bienes dominicales se denominan mutaciones demaniales, en virtud que son cambios de titularidad en la afectación de los bienes, no salen del patrimonio público; se alteran los sujetos de la demanialidad.

El modo de transmisión, tanto en el supuestos del cambio de destino demanial y conservación de la titularidad por el ente de gestión, como en el supuesto de cambio de titularidad, pero conservando el destino demanial, debe hacerse mediante ley formal, dictada en casos de bienes nacionales o de los bienes estatales cuya administración corresponde a la nación por el órgano legislativo nacional, es decir, por la Asamblea Nacional.

En los casos de los bienes estatales debe realizarse mediante una ley estatal y en los casos de los bienes municipales a través de una ordenanza, con independencia de que tales actos jurídicos formales con rango de ley pueden verse complementados por actos administrativos de ejecución, incluyendo los convenios interadministrativos que perfeccione el traspaso del servicio y de los bienes, toda transferencia de los bienes del estado debe estar enmarcada en el principio de legalidad y la traslación de competencia debe hacerse por ley.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), entre los requisitos formales necesarios para que ocurra la traslación órganos y entes públicos se encuentra la autorización previa de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos, es decir prescindiendo de la autorización previa de la Asamblea Nacional prevista en la Constitución.

Por su parte en las Normas generales Sobre Licitación para la Venta y Permuta de Bienes Públicos, en su artículo 36, establece una excepción en la aplicación del

procedimiento de oferta pública para la venta o permuta de bienes públicos, cuando el adquirente sea otro órgano o ente del sector público, siendo que se realizarían bajo la modalidad de adjudicación directa, en todo caso, en el artículo 33 dispone la obligatoriedad la autorización previa por parte de la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos.

Otra forma de traslación de los bienes de propiedad es bajo la figura de comodato de bienes prevista en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), cuando se realice entre un ente u órgano del sector público y el bien este destinado al desarrollo de un programa de interés público en específico.

Situación de la autonomía municipal y estatal en el control de los bienes en la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

En este punto, no es nuevo afirmar que el órgano no es titular de competencias, sino la organización personificada a la cual se integra, siendo que esta última actúa por medio del órgano: hay una relación identidad en ambos, en tanto la organización como titular de competencias expresa su voluntad a través de órganos integrados por sus respectivas partes de órgano y cargos. Así, el órgano al ser parte de una organización personificada se encuentra en una estructura jerárquica donde predomina una tutela orgánica o de jerarquía, la cual implica el máximo grado de control que no solo abarca la legalidad, el control y supervisión sino la posibilidad de imponer módulos o dar órdenes directas.

A la par, el ente como sujeto público con personalidad jurídica y autonomía es titular de competencias que le han sido dadas por la norma o acto de creación. Claro está, puede también tratarse a veces de competencias ajenas que ejerce o bien en

nombre y responsabilidad propia (por delegación) o en nombre y responsabilidad ajena (encomienda de gestión); en estos casos pues, evidentemente no actúa como titular de la competencia, sino que a través de uno de esos procesos de traslado competencial señalados se produce no un cambio subjetivo sino una atribución de ejercicio con las variantes señaladas.

A todo evento, como establecimos previamente, si el ente es titular de la competencia, solo existiría una tutela de legalidad que solo implica el control de los actos en función de su adecuación a la norma legal. Si en cambio, aun cuando el ente posee personalidad jurídica pero desarrolla competencias ajenas vía relación jurídica de delegación o encomienda según las enseñanzas de Gallego (2001), puede aplicar un control material o incluso, excepcionalmente, tutela orgánica en los casos que despliegue el ejercicio de competencias ajenas bajo la figura de encomienda o gestión ordinaria de servicios.

Los entes, aun cuando tienen personalidad jurídica y ello supone una autonomía en los términos y variables previamente explicados, conforme a las competencias establecidas legalmente o con arreglo a la potestad organizatoria, podemos encontrarlos ejercitándoles como sus auténticos titulares, o bien como delegados para tal efecto e inclusive como meros ejecutores a través un mandato jurídico público que le designa para ejercer competencias ajenas en nombre y bajo responsabilidad ajena, siendo que cada situación en sí, genera un mayor o menor grado de autonomía en el despliegue de la competencia, determinante en la aplicabilidad de una tutela de solo legalidad, una tutela material o una tutela orgánica respectivamente.

De la anterior idea se desprende un silogismo clave: si cada ente es autónomo y tiene personalidad jurídica; si además la competencia en materia de seguridad ciudadana es propia, luego, debe existir una tutela de legalidad sobre sus actos en ejercicio de esta competencia.

Pero la tutela de legalidad, se verifica con técnicas jurídicas de cooperación, coordinación, suspensión por ilegalidad y control de la legalidad a grandes rasgos. Al identificar las competencias de la nación, recordamos, están las de “dictar políticas públicas en materia de seguridad ciudadana”; “regular, coordinar, supervisar y controlar”; “establecer los lineamientos administrativos, funcionales y operativos conforme a los cuales se organizan los cuerpos de policía”; “proceder a la intervención y suspensión de los cuerpos de policía”; “fijar, diseñar, implementar, controlar y evaluar” y en fin, de lo precedente se patentiza un conjunto de técnicas jurídicas de irrefutable identidad con la tutela orgánica propia de las relaciones jerárquicas o donde no existe autonomía alguna sobre la competencia por ser esta ajena y ejercerse bajo esos términos; es aquí donde notamos que el poder ejecutivo nacional, por órgano del ministerio de interior y justicia (órgano rector), prácticamente se asume como exclusivo titular de la competencia en materia de seguridad ciudadana, en la que viene a fiscalizar, controlar, ordenar y disponer directrices a los ámbitos estatales y municipales;

Analizando un poco más la certeza de estas aseveraciones, de acuerdo a Santamaría (1999), las técnicas de coherencia asumen verdaderas técnicas de coordinación, donde el manejo de legislación estatal por Estados y Municipios, supone potestades de supervisión, potestades de formular requerimientos para subsanar los resultados de la supervisión y hasta la potestad de impartir directivas e instrucciones generales.

En supuestos de que los estados ejecutan legislación propia, Santamaría (1999) considera acertadamente que no cabe posibilidad alguna de aplicar ninguna de las anteriores potestades, aun cuando siempre la nación conserva una potestad coordinadora genérica, que permite al Estado definir metas y objetivos, establecer formalmente como los estados y municipios deben desarrollar sus competencias,

dictar normas vinculantes, condicionar la actividad estatal y municipal mediante planes y programas de actuación y acta sujeción de aquella a actos estatales como homologación, registro y hasta aprobación.

Habida cuenta de las anteriores precisiones doctrinales, destaca que en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), se establece la potestad que tiene el Presidente de la República mediante el Decreto-Ley para crear una administración desconcentrada del Ministerio con competencia en materia de finanzas y además podrá puntualizar criterios, dictarle reglamentos y directrices que el órgano desconcentrado tendrá que cumplir al momento de ejercer las competencias desconcentradas (tutela orgánica).

Asimismo, la desconcentración de la competencia atribuida al Ministerio, le permite a este, ejercer el control por medio de la facultad que tiene de resolver los recursos jerárquicos que se interpongan con base al artículo 117 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), en contra de las decisiones o resoluciones dictadas por la Superintendencia de Bienes Públicos sobre las controversias suscitadas con los órganos y entes que conforman el sector público, evidenciándose la tutela material.

Lo anterior significa que la República centraliza administrativamente las funciones de control y fiscalización de los bienes, tanto nacionales como aquellos de los estados y municipios, con base a las Competencias establecidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos.

Es menester precisar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), en su artículo 4 concibe un “estado federal descentralizado” y dispone además en el artículo 16 que el territorio nacional se divide en los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales, los territorios federales y se organiza en

municipios, es decir, que éstos constituyen una forma de división y organización del territorio.

La Constitución establece una división del Poder desde la perspectiva vertical en el que se pueden distinguir tres grandes niveles. El primero está conformado por el Poder Público Nacional que a su vez es dividido horizontalmente en cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

En segundo grado y por debajo del Poder Nacional desde la perspectiva de la supremacía de intereses, se sitúa el Poder Público Estatal, integrado fundamentalmente por el Legislativo (Consejos Legislativos) y el Ejecutivo (Gobernador), que ejercen sus competencias en los denominados Estados, que son las entidades político-territoriales, que gozan de autonomía, tienen personalidad jurídica propia y conforman la Federación en Venezuela.

En el tercer grado de la organización político-territorial se encuentra el Poder Público Municipal, que se ejerce de la siguiente manera: El Alcalde que tiene atribuido el gobierno y administración con base al artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010); el Concejo Municipal que ejerce la función legislativa con base al artículos 175 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y deliberante conforme al artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010) y la Contraloría Municipal que desempeña la función de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, los gastos y los bienes municipales con fundamento en el artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010) y finalmente, el Consejo Local de Planificación Pública, integrado por el alcalde, los concejales, los presidentes de las juntas parroquiales, los representantes vecinales y demás miembros de la sociedad organizada, que lleva a cabo la función

de planificación siguiendo el mandamiento del artículo 182 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010).

La Constitución la República Bolivariana de Venezuela (2000) además establece en su artículo 168 que los municipios “gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la Ley”, consagrando la autonomía municipal. La autonomía de los entes políticos constituyen una garantía institucional de rango constitucional y configuración legal, es decir, constituyen una técnica reconocida en la Constitución para avalar el funcionamiento institucional y la continuidad de las mismas como entidades políticas locales, permitiéndoles cumplir las obligaciones que les ha encomendado el ordenamiento jurídico.

Capítulo IV

El Nuevo Concepto de Servicio Público en el Régimen Jurídico de los Bienes Afectados al Uso Público Indirecto

Las Nuevas Tendencias Legales sobre los Servicios Públicos En La Noción De Bienes Dominiales De Uso Indirecto.

El cuestionamiento del interés general, es el epicentro de un proceso de decadencia del modelo de “estado social o estado bienestar”, producto de la burocracia y ineficiencia en la prestación de servicios públicos donde la afectación y monopolización estatal ha sido predominante, circunstancia que analizó Ariño (2003), de esta manera:

a. Un gran crecimiento del sector público, unido a una presión fiscal asfixiante y un gasto público creciente e imparable. b. Ineficiencia en la prestación de los servicios, lo que es el resultado inevitable de los siguientes factores que afectan al modelo político-burocrático de prestación de servicios: – En la oferta, los agentes se han convertido en funcionarios públicos, burócratas sin incentivos a la eficiencia. – En el mando, el Estado ni es benevolente (sirve a intereses personales, sectoriales, de partidos políticos, con los problemas de la agencia), ni es omnipotente: (no es capaz de gestionar eficientemente un número creciente de servicios sociales). – En la demanda, se extiende la mentalidad de recibir cosas “gratis”, por lo que la demanda se dispara (se acaban las camas, las medicinas...), se despilfarra y se genera frustración social. Como la universidad “es gratis”, se exige una por provincia (por lo menos), todos pueden ir a la Universidad y se extiende la mediocridad. – En la protección del trabajador, el seguro de desempleo desincentiva el trabajo y fomenta el fraude y la economía sumergida. (p. 161).

Desde la doctrina comenzó, una reacción contra la ampliación de la noción de utilidad pública y el interés general, de lo que lógicamente derivó en una revisión del dogma del servicio público. Esto es patente en las palabras de Gordillo (2006), quien asevera:

Son usos ideológicos del lenguaje al servicio del poder de turno. Como invocan lo inasible e indefinible, es lógico que descalifiquen el “relativismo” de las versiones que quieren rescatar al individuo de las garras del poder sin límites, frenos ni contrapesos. La defensa del individuo se denigra entonces como exagerado individualismo, pagano relativismo, etc. La pasión de los argumentos y su evidente apelación emotiva y en ocasiones divina, frente a la relatividad de lo humano, evoca un clima más propio del discurso de un pastor frente a sus fieles, que de un abogado frente al juez, pero ha tenido no poca difusión bajo el ropaje de pseudo razonamiento jurídico. (p. 230).

De esta manera, el propio autor Ariño (2003), contempla cambios jurídicos y socio-políticos en la percepción del servicio público como solución al clásico dogma y sus efectos negativos en el bienestar social. Al respecto sugiere:

Y es que en efecto, la privatización y el replanteamiento del Estado Social no es producto de un Gobierno, sino el resultado de un proceso de biología histórica. Ahora bien, frente a la crisis del Estado del Bienestar no basta decir: “volvamos al Estado liberal, al Estado mínimo”. Sería un simplismo. Ante la sociedad urbana y compleja en la que lo colectivo ha sustituido a lo individual el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la “locura liberal”, que cree que el Estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado, incluso el dinero. Nadie pone en cuestión los fines esenciales del Estado; y tampoco los no esenciales, pero que han sido incorporados a la responsabilidad de éste. Lo que está en cuestión son los medios y el nuevo sistema de gestión. (p.152).

Desde una perspectiva similar, otro autor patrio, el Profesor Badell (s.f.), señala en torno a la liberalización del servicio público en Venezuela:

Para concluir, una última reflexión, el viejo concepto de servicio público – monopolístico, igualitario, de mínimos, uniforme-, ha quedado agotado, ya no satisface las necesidades de la población. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social reclama. Hay que mejorar la prestación de los servicios públicos, pero sin perder lo ya conseguido hasta ahora que es, básicamente, la existencia de un servicio universal dirigido a todos los ciudadanos en todos los niveles, para lo cual es necesario un nuevo servicio público, un nuevo modelo de regulación económica, un cambio profundo en la política económica de Estado. Si bien es cierto ya se ha dado un primer paso en esta dirección con la liberalización de algunos sectores de la economía nacional, no debemos perder de vista el largo camino que aún nos queda por recorrer. (p. 25).

Incluso, otros autores como López (1997), si bien apuestan al estado social como modelo ideal, apuntan a una evolución del mismo, caracterizada por la moderación y razonabilidad del intervencionismo estatal. Dicho autor señala:

El Estado social de derecho, debe basarse en todo momento en las libertades, pero debe garantizar asimismo en la medida razonable la finalización (adecuación) de su ejercicio al bien común, debe operar de modo que no queden sin la debida satisfacción derechos fundamentales de carácter prestacional, tanto los explícitamente constitucionalizados como los que, implícitamente vinculados a las libertades y derechos constitucionales, haya que reconocer en función del grado de desarrollo económico, tecnológico y social de cada sociedad (p. 210).

Cabe considerar entonces, que la noción de servicio público ha sufrido diversos cambios que obedecen a circunstancias históricas donde el rol, intervencionista o

liberal del estado, ha influido en el rol hegemónico de control y ejercicio de actividades prestacionales de interés general; forjándose principios y caracteres propios con grandes visos de relatividad; lo cual debería incidir en la escala o intensidad de la protección jurídica que se desprende del régimen jurídico que implica la afectación a un determinado servicio público.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) establece en el artículo 113, una noción restringida y tradicional del concepto de servicio público, en el cual, el Estado es su titular y prestatario, pudiendo excepcionalmente vía concesión, admitirse una gestión por parte de particulares, no obstante que en la doctrina, muchos autores han estudiado la evolución del concepto de servicio público, de los cuales destacamos en el ámbito patrio a Rieber (2006), quien sostiene que:

El nuevo concepto de servicio público ha dejado atrás la condición de actividad reservada del Estado, que solo podía ser realizada bien por este directamente o bien por los particulares previa “concesión” (hagamos hincapié en el significado no jurídico de la palabra); en este último caso, se establecía una severa regulación.

Ciertamente ha habido un cambio importante, pero siempre se trata de servicios a los cuales el Estado les dedica especial atención debido a su importancia para la comunidad; el cambio determinante ha sido respecto de la posición del Estado respecto de la prestación. En todo caso, debemos tener siempre presente que estos cambios se refieren a los servicios de contenido económico y no a aquellos servicios de autoridad, así como tampoco los servicios de solidaridad ya que, por esas mismas condiciones, se encuentran fuera del mercado (p. 69).

Asimismo y sobre este nuevo concepto del servicio público, el jurista Ferrer (1999), sostiene que:

Este criterio se ha basado en el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado solo debe asumir aquello que no pueden hacer los particulares, dando así preeminencia a los derechos fundamentales frente a las potestades públicas por lo que, una vez que la empresa privada puede asumir la prestación de los servicios respetando las condiciones que exigen las normas, el Estado debe hacerse a un lado para permitirle ejercer la libertad de comercio que le corresponde, según la Constitución de todos los países democráticos con diferencias de tratamiento que encontramos en cada uno de ellos (p. 55).

Profundizando sobre las características del nuevo servicio público, la profesora Rieber (2006), señala lo siguiente:

La principal característica de esta nueva concepción se debe al abandono de la reserva de actividades en materia de servicio público, y su apertura a la libre competencia.

En Venezuela el legislador no ha asumido una posición uniforme en cuanto al concepto de servicio público. La norma constitucional que consagra los servicios públicos está definitivamente inclinada a la teoría clásica del servicio público, mientras que el legislador ordinario ha sido más abierto a los cambios.

Así, nos encontramos con una gradación que va desde el caso del servicio de agua potable y saneamiento que mantiene una posición muy conservadora, pasando por el servicio eléctrico que sujeta a concesión algunas de las actividades necesarias para la prestación del servicio, mientras que otras quedan abiertas a la libre competencia previa autorización. (p. 89).

Es así como esa concepción nueva del servicio público, debería implicar una revisión constitucional en cuanto a las potestades estatales derivadas de la publicación, lo que desde luego implica, una revisión de la tesis de la demanialidad. Al respecto, el autor venezolano Peña (2003), señala:

Precisamente esa calificación conduce consecuentemente a la denominada doctrinariamente "publicatio", que consiste en la legitimación para la intervención administrativa en las actividades de los ciudadanos, intervención que en su grado de mayor intensidad implica la reserva al sector público.

Con el proceso de liberalización que comenzó en la Europa comunitaria en la década de los noventa privilegiando la libre competencia, se inicia un período de supresión gradual del proceso de publicación, y se sustituye por el régimen de ordenación y regulación, creándose mediante Ley -como lo expusimos antes- las denominadas obligaciones de servicio público a los particulares que realizan las actividades liberalizadas. (p. 336).

Ahora bien, en cuanto al mecanismo de implementación del nuevo concepto de servicio público, consonó con las pautas competitivas del libre mercado; Rieber (2006), señala:

Libertad de entrada. Al transferirse a la esfera jurídica privada la realización de actividades económicas antes reservadas al Estado, los particulares pueden desarrollarlas sin necesidad de actos de concesión sino sólo con una habilitación que, en principio, debe limitarse a constatar que el particular llena los requisitos que las normas exigen. Incluso, respecto de cierto tipo de servicios, en algunas legislaciones se admite que sean operados sin acto habilitante previo, siempre que se cumplan los requisitos que establece (a legislación vigente, sujetos a sanciones en caso de incumplimiento. Evidentemente esta libertad de entrada tiene grados que dependen de las exigencias establecidas en la legislación de cada país. Esta libertad de entrada supone, evidentemente, la libertad de acceso al mercado para la realización de estas actividades, previo cumplimiento de dos requisitos indispensables la desagregación de las actividades de prestación del servicio y la libertad de uso de la infraestructura necesaria en condiciones iguales para todos los prestadores, previo cumplimiento de los requisitos que se establezcan. (p. 70).

Otro gran aspecto a modificar en la comprensión y concreción del servicio público moderno, es la distinción de actividades separables en una actividad económica, para asignarlas de forma diferenciada bajo el régimen de competencia libre. Sobre esto, escribe Araujo (2003), lo siguiente:

Uno de los presupuestos previos de la regulación para la competencia es que se proceda a la desintegración vertical del sector, con separación de actividades competitivas y no competitivas, de las distintas fases o segmentos del negocio, para posteriormente aplicarles regímenes jurídicos diferenciales. La separación o desagregación por negocios, facultará la apertura a la competencia, a la vez que exigirá de las empresas la búsqueda de economías de escala, pero bajo un concepto diferente. La separación o desagregación por negocios, facilitará la apertura a la competencia, a la vez que exigirá de las empresas la búsqueda de economías de escala, pero bajo un concepto diferente. De hecho, las empresas eléctricas están manejando sus negocios con un nivel de desagregación mayor; así, la actividad de generación puede comprenderse unidades separadas para construcción, gestión y procura de energía primaria, operación, mantenimiento y servicios complementarios; la distribución puede ser desagregada en comercialización que incluye el servicio al cliente, registro de consumo y facturación, centros de soporte, etc.(p. 104).

Como es de esperar, los cambios del paradigma en el despliegue del servicio público, en el contexto moderno de la regulación pero a la vez de liberalización bajo un esquema competitivo, tiene una consecuencia lógica sobre los bienes vinculados a la actividad económica en cuestión. La jurista Rieber (2006), analiza:

Ya desde 1877 aparece en Estados Unidos el concepto de infraestructura necesaria para la prestación de un servicio público y el derecho de los terceros a su uso, al plantear que "cuando las infraestructuras por sí mismas están en una posición privilegiada o cuando no hay nada más que una que pueda servir al conjunto del público, dejan de ser enteramente

privadas pues son portadoras de un interés general”; en consecuencia, los propietarios no pueden exigir tasas arbitrarias o excesivas sino únicamente mantos razonables y moderados.

Esta figura corresponde a lo que los norteamericanos llaman esencial facilities como su nombre lo indica, se trata de una infraestructura esencial la realización de la actividad. Este concepto busca establecer un equilibrio intereses de las empresas prestadoras de servicios y los usuarios, independientemente de que traten de infraestructuras públicas o privadas. (p. 72).

En este mismo sentido, sobre los bienes empleados en la materialización de la prestación de servicios públicos desde la perspectiva del nuevo concepto, Araujo (2003), apunta:

Es sabido que la gran mayoría de los servicios públicos están de un modo u otro ligados a redes físicas o infraestructuras sobre aquéllos soportan. De ahí que sea frecuente la distinción entre infraestructuras (comunes) y los servicios (singularizados); esto es, entre el régimen jurídico de la red, que constituye el servido de base y el de la gestión de la actividad económica que se realiza sobre aquélla.

En efecto, condición para que los operadores entrantes puedan competir, es permitir y organizar o no el acceso de éstos a las Infraestructuras sobre las que descansa la prestación de los servicios públicos. Esto es, se define un estatuto jurídico de las redes, que en numerosos casos se configuran en régimen no competitivo, atendiendo, claro está, la especificidad, tecnología y seguridad de cada una de ellas.

En consecuencia, un elemento del nuevo modelo de regulación es contar con un estatuto jurídico de las redes, contentivo de las condiciones para ejercer el derecho de acceso en términos objetivos, no discriminatorios con el régimen económico y una determinación exacta de las causas para denegar el acceso. (p. 105).

Conclusiones y Recomendaciones

1.- A pesar del concepto restringido de servicio público incorporado en nuestra Constitución (2000), en nuestro ordenamiento jurídico, se concibe en su especificidad de objeto de regulación, un mayor o menor grado de intervencionismo del Estado, en las distintas leyes especiales, dando así lugar a serias dudas sobre el régimen jurídico aplicable en función de la intensidad de la participación y hasta titularidad del Estado, en especial, sobre el régimen jurídico aplicable a aquellos bienes sometidos a un régimen de derecho público por encontrarse afectados a la prestación de un servicio público.

Conclusión de lo anterior, es que no existe una clasificación o agrupación legal que permita establecer los alcances del régimen legal en función de la naturaleza de servicio público de que se trate, para con esto, tener cierta certeza y seguridad jurídica de los bienes afectados a servicios públicos; existiendo no obstante, un régimen de protección y conservación general, contenido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012).

Por otra parte, la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007) establece en su artículo 7, el carácter demanial de los bienes afectos a la prestación del servicio en cuestión, sin ningún distingo o escala de demanialidad con ocasión de la naturaleza de ciertos bienes, ni siquiera en consideración de su integración en la actividad servicial; por lo que resultan aplicables de forma general, las normas de tutela jurídica sobre los bienes demaniales esparcidas en la regulación ordinaria, además de las potestades específicas contempladas en dicha legislación especial.

Es recomendable modular la noción del servicio público, mediante voluntad política concreta y decidida en función de instrumentos legales diáfanos, así como directrices concisas para la facilitación del acceso a la competencia de aquellos titulares de libertades que aspiran a ocupar el curul de prestatarios pertenecientes a este renglón; para lo cual, el Estado tendría que asumir un rol coadyuvante en detrimento del omnipotente prestador y titular, ofreciendo herramientas institucionales, orgánicas y jurídicas para hacer cumplir los principios elementales de servicio público cuya esencia de interés colectivo se encuentra presente dentro de cada actividad económica de interés general; solo de esta manera, trascenderá del plano pragmático la efectividad del servicio de agua potable y saneamiento, traduciéndose en la sincera tutela de los derechos y no en una suerte de *desideratum* fútil, alienado en las trampas del olvido y la demagogia burocrática.

2.- La publicación que se hace sobre una actividad económica de interés general cuando se le califica como servicio público, apareja en función de esa importancia colectiva, la subsunción en el ámbito de derecho administrativo con ocasión de la consecución de unos fines concretos, que entre otros, abarca la materialización práctica de los llamados principios del servicio público (generalidad, accesibilidad, asequibilidad, igualdad, regularidad) y en virtud de lo cual, el legislador dota de potestades, de mayor a menor proporción, al sujeto público competente y respectivo prestador del servicio, en la medida de realizar los objetivos públicos vinculados a dicha actividad prestacional.

De esta manera, las potestades como poder jurídico funcionalizado a la asignación competencial por ministerio de la ley imbricada respecto del sujeto público en cuestión, comprende las formas organizativas y de adecuación que permitan la plena observancia de los principios que informan al servicio público, pues en la justa dimensión que la trascendencia de una actividad económica justifica su

inmersión en el ámbito del derecho público en general, restringiendo así algunas libertades e implicando una dosis de intervención estatal en la titularidad que per se, ostenta sobre las actividades de prestación, en esa medida los poderes del Estado se manifiestan en la Ley, de distintas maneras.

Una de esas maneras en que la limitación se manifiesta es precisamente en la modulación, sea para prohibir o limitar la participación de los particulares en la prestación de estas actividades económicas, tal y como lo contempla la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007); la cual además, contiene un catálogo de potestades que ejerce el prestatario para garantizar los principios de servicio público, mediante la reglamentación, ordenación, fiscalización y sanción, o bien, mediante la expropiación, fomento entre otras actividades administrativas cuya incidencia abarcan bienes tanto públicos como privados, relacionados directa o eventualmente con la prestación servicial en cuestión.

Es recomendable racionalizar el uso de las potestades públicas en cuanto a la tutela de bienes afectados a la prestación del servicio de agua potable, en función de la implicación que estos ostenten en la dinámica de prestación servicial, tanto que si no están integrados como infraestructura fundamental en la ejecución del servicio público, el tratamiento jurídico debe ser distinto al derecho administrativo de bienes demaniales, pudiendo corresponder inclusive, al de bienes del dominio privado de los sujetos públicos prestatarios.

3.- Atinente a las consecuencias jurídicas derivadas de la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012) respecto de bienes públicos estatales y municipales afectados a la prestación del servicio de agua potable y saneamiento; esencialmente consiste en que el Ejecutivo Nacional, a través de la Superintendencia de Bienes Públicos en su condición de ente rector del Sistema de Bienes Públicos, ejerce facultades de

ordenación, control y dirección sobre la gestión y administración de los bienes demaniales propiedad de los Estados Federales y los Municipios.

Tal situación, modera la potestad organizativa de los Estados y Municipios sujetos a la actividad reglamentaria que emane al respecto de la Superintendencia de Bienes Públicos; particularmente en lo relativo al registro, conservación y mantenimiento de Bienes Públicos, lo cual incluye, a aquellos bienes afectados a la prestación del servicio de agua potable y saneamiento.

Sin embargo, lo preocupante es que la Ley Orgánica de Bienes Públicos, afecta la autonomía regional y local al establecer en su artículo 52 la necesaria opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Públicos para la adquisición de bienes inmuebles por parte de los entes políticos – territoriales; es decir, centralizando y superponiendo al poder central respecto de los bienes de los Estados y las Municipalidades.

Bajo esta línea, resulta igualmente cuestionable en su constitucionalidad, el artículo 83 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, el cual suprime la atribución asignada constitucionalmente a la Asamblea Nacional de autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, delegando dicha función, el texto de la norma, en el Consejo de Enajenación de Bienes Públicos, que como se indico anteriormente es un órgano de la Superintendencia integrado por el Superintendente y cuatro miembros designados por el Presidente de la República, lo que evade la función de control propia del cuerpo legislativo y la posibilidad del ciudadano de ser participe de dicho control, en el marco de la Democracia participativa y protagónica.

Lo que verdaderamente desentraña descentralización –aun con sus matices- es su instrumentalidad en la cultura social y burocrática destinada al perfeccionamiento del

Estado Federal, como ideal de eficiencia y eficacia alcanzada a través de un manejo autónomo pero armónico de las competencias, entendida como completas potestades publicas respecto de servicios y fines; de allí quienes aseveran que la descentralización es el modelo de la democracia participativa, algo que no siempre es cierto ya que puede haber un estado democrático centralizado como una auténtica dictadura descentralizada; pero es en las libertades, donde descansa verdaderamente la distinción entre un sistemas de gobierno democrático y uno dictatorial.

El componente esencial en la descentralización, se encuentra en la noción de autonomía en el ejercicio de una competencia. Así, adquiere un protagonismo la tutela como baremo de la autonomía: la descentralización, pues, implica un mayor grado de autonomía en el ejercicio de una competencia que en la mayoría de los casos subsume una traslación competencial entre entes personificados pero en otros casos, a lo sumo implica una asignación de competencias con independencia, en el seno de una misma organización personificada.

De allí que el estado centralizado, asuma el mayor grado de autonomía como política estatal relativa al manejo competencial por los centros de poder, esto es, una relevancia o actividad de competencias ínfima por los niveles políticos territoriales frente a la República. No obstante, en seno de la centralización si bien existe una dependencia funcional, la existencia o no en la toma de decisiones es respectivamente proporcional a la existencia o no de desconcentración o concentración.

Se observa un inconsistente manejo en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), de las técnicas de unidad y coherencia, que ensombrecen la autonomía que abanderara la política nacional descentralizadora. Visto de esa manera, las formas no cambian, sino esclarecen lo que pareciera ser una política gubernamental: un control de tutela de jerarquía, una sustracción del estrato competencial que ostentan los

estados y municipios, decrecido cada vez más, desde el punto de vista de su autonomía, ante un control presentado como coordinación.

Aquello nos desdibuja la descentralización territorial asentada constitucionalmente en el artículo 158 y que en materia de orden público, el constituyente había destinado a un manejo concurrente por la trascendencia de su efectividad a lograr mediante la gerencia de decisiones y acciones desde un foco local hacia una política amplia a nivel nacional, siendo así como la ciudadanía puede acceder al poder más próximo, donde influye por el conocimiento de las necesidades y puede participar desde la planificación de las políticas públicas.

Por estas razones, nuestra principal recomendación es que las autoridades competentes reformen el instrumento legal *in commento*, en aras de preservar la autonomía y fortalecer la descentralización en la tutela de bienes afectados a la prestación del servicio público, concretamente de agua potable y saneamiento.

En definitiva, sólo mediante una gerencia de competencias concurrentes, en la regulación de las actividades económicas que corresponden al interés general, se consigue la eficiencia y la eficacia en la satisfacción del interés general, dando cabida a la competencia de mercado en la prestación servicial cuya concreción sea la cristalización de las necesidades esenciales con la calidad.

4.- El Estado social encargado de prestar bienes y servicios, con auge en la Europa de la década de 1930 a 1980, se encuentra en detrimento mundial como modelo político y socio-jurídico pues la ineficiencia en la prestación de servicios públicos, el aumento excesivo del gasto público, la proliferación de empresas públicas burocráticas poco efectivas, así como obstaculización de las libertades económicas en detrimento del bienestar colectivo y el desarrollo económico entre otras razones, precisó unas crisis conceptual que justificó no la huida a la

privatización compulsiva o retorno al capitalismo liberal, sino, a un modelo de estado regulador donde ejerza no un rol de gestión directa, sino subsidiario y solidario de la iniciativa privada que debe desenvolverse con sujeción a la ley, desarrollando entonces una actividad de supervisión.

En la Constitución venezolana de 1961, el Estado asumía actividades prestacionales de interés general, así como el fomento que justificó la creación de proyectos regionales de desarrollo (CVG y otros) y la nacionalización de ciertas actividades entre muchas políticas públicas que claramente se compaginaban con el modelo de Estado social.

A finales de la década de los ochenta, la ineficiencia e ineficacia de dicho modelo en Venezuela, provocó la inexperta adopción de medidas de privatización, liberación de precios y algunas medidas de desregularización sin planificación que condujeron a conflictos civiles e inestabilidad en el régimen democrático. Pese a la crisis institucional, la democracia subsistió y nuevas políticas de gobierno, comprendiendo la inviabilidad de un sistema liberal radical, se enfocó a la regularización similar a la que experimentaba Europa en esa década final del siglo XX.

Sin embargo, tras la constituyente de 1999, Venezuela replanteada semánticamente como “estado social de derecho”, ratifica el modelo estatista caracterizado por intervencionismo en el mercado, retornando así, al monopolio estatal en la titularidad para la prestación de servicios, que a su vez, presupone el tradicional régimen jurídico de derecho público en la afectación de los bienes relativos.

De esta manera y pese a que tímidamente Venezuela avanzaba hacia la aplicación de la nueva noción de servicio público, que suponía la flexibilización del régimen dominial permitiendo la apertura en la utilización de infraestructura común y libertad

de entrada y acceso del libre mercado bajo régimen de competencia en las actividades económicas cuyo interés general comporta una regulación especial; sin embargo, constitucionalmente reivindicó modelo de estado prestador y titular de los servicios públicos, dando inicio a un periodo histórico donde inclusive, mediante leyes se ha exacerbado el intervencionismo estatal reinterpretando la propiedad y extendiendo la utilidad social a cualquier bien y servicio.

En ese contexto, el imperio jurídico de bienes afectados a la prestación de servicios públicos, concretamente el de agua potable, se contrae bajo un régimen de tutela jurídica contemplado en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (2012), así como en las específicas potestades que al respecto ostenta el prestador del servicio conforme a la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (2007), además de la protección y conservación ordinaria de bienes demaniales dispersa en el ordenamiento jurídico, aplicables en tanto se constituyan como necesarios para la prestación de la actividad publicada bajo estudio.

¿Existe realmente la justicia social? o acaso ya es la justicia un instrumento social, que no es lo mismo a un instrumento ideológico. El desarrollo de una sociedad parte de su renovación espiritual y la entrega de herramientas para su superación: mas libertad. Por ello, desburocratizar, privatizar y liberalizar son los mecanismos para diezmar el grillete de la esclavitud moderna: la estatalización.

La recomendación sobre este particular, es replantear el rol del Estado conforme a las nuevas tendencias para garantizar eficientemente esas actividades denominadas servicios públicos; es decir, idóneo sería evolucionar a un sistema donde las actividades de prestación se rijan por las reglas del libre mercado, en tanto, el núcleo de servicios esenciales para la población dentro de esa actividad económica, se encuentre garantizada plenamente en gratuidad, accesibilidad, asequibilidad, generalidad, regularidad y universalidad mediante regulación.

Desde luego, lo anterior influiría en la forma de tratar jurídicamente los bienes y la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios de interés general, pues eventualmente crearía la necesidad de reformar la legislación para permitir la competitividad e igualdad dentro del régimen de libre mercado, por una parte, facilitando el acceso y uso de los bienes por parte de los particulares prestadores del servicio y por la otra, regulando y controlando mediante normas la conservación y protección de los bienes con miras a preservar tanto su existencia como su idoneidad de ser empleados en ese destino de interés general.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez, M. (1997). *Principios Constitucionales de Organización de las Administraciones Públicas*. Madrid : Dykinson.
- Araujo, J. (2008). *Derecho Administrativo. Parte General*. Caracas: Paredes.
- Araujo, J. (2003). *Manual De Derecho De Los Servicios Públicos*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid: Comares.
- Badell, R. (s.f.). *La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela*. Recuperado de: <http://www.badellgrau.com/?pag=26&ct=105>
- Balestrini, M. (2002). *Procedimientos Técnicos de Investigación Documental*. Caracas: Panapo.
- Bellorini, L y Rivas, F (1992). *Técnicas de documentación e investigación*. Venezuela, Universidad Nacional Abierta.
- Brewer-Carías, A. (2009). *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (2006). *Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela*. Recuperado de <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.598.pdf>
- Calvo, E. (2001). *Código Civil Venezolano Comentado y Concordado. Novena Edición*. Caracas: Libra.
- Carretero, A. y Carretero, A. (1995). *Derecho Administrativo Sancionador, Segunda Edición*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Madrid: Reus.

- Código Civil. (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.990 (*Extraordinario*), Julio 26 de 1982.
- Código de Procedimiento Civil. (1990). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinario), Septiembre 18 de 1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- De la Cuétara, J. (1983). *La Actividad de la Administración*. Madrid: Tecnos.
- Decreto Presidencial 2304. (2003). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.626, Febrero 05 de 2003.
- Decreto Presidencial 5197. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.628, Febrero 16 de 2007.
- Gallego, A. (2001). *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*. Madrid: Marcial Pons.
- Garrido Falla, F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo II*. Madrid: Tecnos.
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2: La Defensa del Usuario y del Administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hernández, A. (2008). *Servicios públicos en Venezuela*. Trabajo de grado de especialista no publicado. Universidad de Carabobo: Valencia.
- Hernández, J. (2006). *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Hernández, R. y otros (2006). *Metodología de la Investigación*. México: McGrawHill.
- Hernández, V. (s.f). *El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento*. Recuperado de <http://www.hernandezmendible.com>

- Hernández, V. (2002). *Régimen de los Servicios Públicos Municipales. Volumen I de Temas de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia.
- Jordana de Pozas, L. (1949). *Ensayo de una Teoría de Fomento en el Derecho Administrativo*. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752&orden=0&info=link>
- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.148, Febrero 28 de 2011.
- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. (2004). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.930, Mayo 04 de 2004.
- Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Telecomunicaciones. (2011). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.610, Febrero 07 de 2011.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 6.015 (Extraordinario), Diciembre 28 de 2010.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.358, Febrero 01 de 2010.
- Ley Orgánica de Administración Pública. (2008). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.890 (Extraordinario), Julio 31 de 2008.
- Ley Orgánica de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.945, Junio 15 de 2012.
- Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.140, Marzo 17 de 2009.
- Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. (1974). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 1.660, Junio 21 de 1974.

- Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.447, Junio 16 de 2010.
- Ley Orgánica de Precios Justos. (2014). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.340, Enero 23 de 2014.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.818 (Extraordinario), Julio 01 de 1981.
- Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (2008). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.892 (Extraordinario), Julio 31 de 2008.
- Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico. (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 39.573, Diciembre 14 de 2010.
- Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.763, Septiembre 09 de 2007
- Ley Orgánica del Telecomunicaciones. (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 36.970 (Extraordinario), Junio 12 de 2000.
- Linares, J. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- López, J. (1997). *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons.
- Martín, S. (1988). *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley.
- Moles, Antonio (1997). *Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Universidad Central de Venezuela.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pascieri, P. (s.f.). *Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo*. Recuperado de <http://www.pascieriabogados.com/Download/lospoderes.htm>

- Parejo, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega, L. (1994). *Manual De Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Peña, J. (2003). *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero*. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia.
- Pérez, L. (1980). *La Actividad Normativa de la Administración. Revista de Derecho Público Enero - Marzo 1980*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Providencia Nro. 001, Superintendencia de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.042, Noviembre 02 de 2012.
- Providencia Nro. 002, Superintendencia de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.042, Noviembre 02 de 2012.
- Providencia Nro. 003, Superintendencia de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.042, Noviembre 02 de 2012.
- Providencia Nro. 004, Superintendencia de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.054, Noviembre 20 de 2012.
- Providencia Nro. 005, Superintendencia de Bienes Públicos. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.063, Diciembre 03 de 2012.
- Providencia Nro. 006, Superintendencia de Bienes Públicos. (2013). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.120, Febrero 28 de 2013.
- Providencia Nro. 007, Superintendencia de Bienes Públicos. (2013). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.128, Marzo 13 de 2013.
- Providencia Nro. 008, Superintendencia de Bienes Públicos. (2013). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.154, Abril 25 de 2013.
- Providencia Nro. 009, Superintendencia de Bienes Públicos. (2013). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.223, Agosto 07 de 2013.
- Providencia Nro. 011, Superintendencia de Bienes Públicos. (2013). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.246, Septiembre 09 de 2013.

- Providencia Nro. 001, Superintendencia de Bienes Públicos. (2014). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 40.373, Marzo 17 de 2014.
- Rand, A. (1967). *What is Capitalism?*. New York: The New American Library.
- Rebollo, M. (s.f.). *La Actividad Inspectora*. Recuperado de <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-541-Ponencia-Prof-Rebollo-Puig.aspx>
- Rieber, J. (2006). *Nuevo Concepto de Servicios Públicos y su Prestación en Libre Competencia. Tomo I de Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Santamaría, J. (1999). *Principios de Derecho Administrativo, Volumen I*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Sierra, O. (2007). *Técnicas de la Investigación Social*. Caracas: Urbe.
- Tratado de la Comunidad Europea (1993). Noviembre 1, 1993.
- Tribunal Supremo de Justicia (2006). *Sentencia N° 1414 Sala Político Administrativa*. <http://www.tsj.gov.ve>. [Consulta: 01 de may. de 2014]
- Tribunal Supremo de Justicia (2003). *Sentencia N° 2573 Sala Constitucional*. <http://www.tsj.gov.ve>. [Consulta: 02 de may. de 2014]
- Turuhpial, H. (2008). *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*. Caracas: FUNEDA.
- Villar, J. (1999). *Derecho Administrativo Especial*. Madrid: Civitas.