



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

**NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU
APLICACIÓN EN VENEZUELA**

Presentado por
Sánchez Callejas, Gloriana

Para Optar Al Título de
Especialista En Derecho Administrativo

Asesor
Ramsis Ghazzaoui

Caracas, 19 de Octubre de 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo de Grado presentado por la ciudadana **Gloriana Sánchez Callejas**, titular de la Cédula de Identidad 17.078.221 para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título tentativo es: **Naturaleza Jurídica Del Servicio Público Y Su Aplicación En Venezuela**; y que acepto asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la Ciudad de Caracas, a los 20 días del mes de Mayo de 2015.

Ramsis Ghazzaoui

C.I. 11.536.703

DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente Trabajo de Investigación, a mi Dios Padre Todopoderoso y a mí Señor Jesucristo, que por su amor y gracia tengo paz en mi corazón.

A mi padre GISELO SÁNCHEZ PIÑANGO, quien de una forma u otra me enseñó el trabajo, la responsabilidad, el sacrificio, la entrega y me inspiró a creer en los principios de la profesión que nos apasiona, creer en el curso de la historia, en las Instituciones Jurídicas de Derecho. Entre otras.

Y a mi madre, JOSEFINA CALLEJA DE SÁNCHEZ, que con su amor, paciencia y calma es el pilar de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos mis familiares y amigos que me impulsaron y ayudaron para culminar esta Especialización en Derecho Administrativo, a mis hermanos Roger, Yosmar y mis sobrinos que siempre me han brindado la mano en todo momento. A mi bello esposo Anthony Moncada, que con su paciencia ha sabido soportar todos mis aciertos y desaciertos. A mi hermana y amiga del alma Ana Valencia que siempre me ha apoyado en todo lo que necesite. A Isabel Marques, que estando cerca o lejos aportó para la culminación de este trabajo y aquellas amigas que con su ejemplo motivan a seguir estudiando y a culminar lo que hemos emprendido como son; Mercedes Hidalgo y Geraldine Blanco. A todos, de corazón, muchísimas gracias y que Dios se los retribuya.



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

VICERECTORADO ACADEMICO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU
APLICACIÓN EN VENEZUELA**

Autora: Gloriana Sánchez Callejas

Asesor: Ramsis Ghazzaoui

Fecha: Julio 2019

RESUMEN

El Servicio Público es una institución jurídica mediante la cual el Estado se reserva mediante Ley la titularidad de una actividad de carácter prestacional, siendo éste el único responsable de desarrollar dicha función, lo que comprende que el sector privado sólo puede intervenir a través de la concesión otorgada por el Órgano o Ente Público correspondiente; teniendo como principal característica la no apertura a la libertad económica y a la libre empresa, derechos consagrados en nuestra Constitución vigente. De lo cual, se plantea como objetivo general de la investigación la naturaleza jurídica del Servicio Público y su aplicación en Venezuela. Así como, precisar los orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado, describir el contexto del Servicio Público en Venezuela, precisar las causas de declarar una actividad como Servicio Público, establecer las consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público y describir la legislación venezolana vigente que contempla la declaratoria de actividades como Servicio Público. La metodología que se utilizará será de tipo documental con nivel descriptivo, y la técnica de recolección será mediante la ficha. Los resultados determinaran la naturaleza jurídica del Servicio Público y su aplicación en Venezuela.

Descriptores: Servicio Público, Estado, Actividad Prestacional, Responsabilidad, Concesión, Órgano, Ente Público, Libertad Económica, Derechos Económicos.

Índice General

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
Introducción	1
Capítulo I	4
El Problema.....	4
Planteamiento del Problema	4
Objetivos de la Investigación	8
Objetivo general.	8
Objetivos específicos.	8
Justificación e Importancia.....	8
Capítulo II.....	11
Marco Teórico.....	11
Antecedentes del Problema	11
Antecedentes de la Investigación	15
Fundamentos Teóricos	23
Fundamentos Jurídicos.....	28
Fundamentos Jurisprudenciales.....	42
Esquema Preliminar de la Investigación.....	46
Capítulo III.....	47
Marco Metodológico.....	47
Tipo y Nivel de la Investigación	47
Preguntas de la Investigación	48
Operacionalización de las Variables.....	48
Técnicas e Instrumento de Recolección de Información	49
Análisis e Interpretación de la Información.....	50
Factibilidad	50
Consideraciones éticas y legales	51

Capítulo IV	52
Desarrollo.....	52
El Servicio Público en el Derecho Comparado.....	52
El Servicio Público en Venezuela	61
Nacimiento de la Institución en Venezuela	61
Actual contexto	62
Causas de declarar una actividad como Servicio Público.....	64
Consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público.....	67
Legislación venezolana con sistema mixto. (Casos: Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y Ley Orgánica del Servicio Eléctrico año 2001) ...	76
Capítulo V.....	86
Conclusiones y recomendaciones.....	86
Conclusiones	86
Recomendaciones	886
Referencias Bibliográficas	89

Introducción

Nuestra sociedad lucha a diario por transformarse y buscar cada vez más el progreso que permita a cada uno de sus habitantes desarrollar a plenitud sus capacidades físicas e intelectuales, primero en provecho propio y a su vez, que ese progreso se traduzca en el beneficio de toda la colectividad. De esta realidad no escapa la ciencia que nos atañe en el presente trabajado -el Derecho- el cual, en reiterados criterios se ha establecido que el derecho cambia y se transforma a la medida que cambia la sociedad y el mundo.

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado es muy antiguo, el cual inició en Europa a mediados del siglo XIX, debido a ciertas circunstancias políticas y jurídicas, obligando al Estado a ser titular de derechos y obligaciones frente a los ciudadanos. En el siglo XX, se da nacimiento al Estado Social de Derecho, como consecuencia de las fuertes crisis económicas que atravesaban varios países de Europa; con el fin de que el Estado ofreciera un mínimo de satisfacción a sus ciudadanos lo que se denominó el Welfare State (Estado de Bienestar). De allí se acentuó el ya discutido debate entre el modelo Capital y Social.

Es por ello que el Derecho se ha acercado cada vez más a los ciudadanos acoplándose a sus necesidades y nuevas exigencias según los tiempos que estemos viviendo. En razón a ello el Estado hoy día juega un papel muy importante en el desarrollo de una Nación, más en las Repúblicas que han adoptado un sistema de Estado social de Derecho, como es el caso de nuestra República Bolivariana de Venezuela.

Ese Estado social de Derecho no solo comprende el deber del Estado de garantizar los derechos humanos de todos sus ciudadanos y habitantes; y direccionar sus actuaciones al bienestar social, dando prioridad al interés general

respetando también los intereses particulares. Si no también obedece al sometimiento pleno de a la Ley y al Derecho. Por lo que, a mayor intervención del Estado en la vida de la Nación, mayor sometimiento por parte de éste a la Constitución y a las leyes, lo cual debe traducirse en mayor de satisfacción a la sociedad, garantizando diversos derechos como la salud, el trabajo, la educación, entre otros.

Por la amplia actividad que lleva a cabo ese Estado en el cumplimiento de sus deberes, es que el Derecho proporcionó la figura jurídica denominada el Servicio Público, con la finalidad de coadyuvar a la satisfacción de las necesidades colectivas. Es por ello que el presente trabajo hace un recorrido desde el nacimiento de esa Institución Jurídica, resaltando los elementos que le dieron nacimiento, su evolución a lo largo de la historia, hasta llegar a nuestros días.

De lo cual, la presente investigación está integrada por cuatro capítulos, a saber: Capítulo I. El problema, en el que se analiza la problemática que se ha generado en torno a esta institución jurídica, estableciendo objetivos específicos de la investigación, así como la justificación e importancia de la misma.

En el capítulo II, denominado Marco Teórico, se establecen los antecedentes del problema, antecedentes de la investigación, fundamentos teóricos, fundamentos jurídicos y jurisprudenciales, de igual forma se establece el esquema preliminar de la investigación.

En el capítulo III, llamado Marco Metodológico, se reseña la metodología utilizada para llevar a cabo en el presente trabajo, el tipo y nivel del mismo, las preguntas formuladas, así como su Operacionalización, las técnicas e instrumentos para obtener la información y el análisis; e interpretación del mismo. De igual forma se indica la factibilidad de la investigación y el apego a las consideraciones éticas y legales.

Capítulo IV, llamado Desarrollo, se despliegan cada uno de los objetivos específicos como son: primero; precisar los orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado; segundo; describir el contexto del Servicio Público en Venezuela; como tercer punto; identificar las causas de declarar una actividad como Servicio Público; cuarto; establecer las consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público y finalmente mencionar la legislación venezolana con sistema mixto. Y para culminar, Capítulo V que contiene las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

Capítulo I

El Problema

Planteamiento del Problema

El Servicio Público nace como el conjunto de prestaciones reservadas al Estado, que a través de la Administración Pública, tiene como finalidad satisfacer las necesidades de la población. Cuyo gasto operacional corre a cargo del Estado, -a menos que este otorgue una concesión- lo cual tendrá una serie de consecuencias jurídicas, las cuales se producen al declarar una actividad como de Servicio Público.

Nuestro país se ha constituido en una República Democrática de Derecho, es decir en un Estado de Derecho; lo que se traduce en un Estado al margen de la ley, que respeta y garantiza los derechos de sus ciudadanos. El Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), establece que nuestro país se constituye en un Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia. El Estado Social, implica respetar, promover y garantizar, tanto individual como colectivamente, los derechos individuales, haciéndolos accesibles a todos. En tal sentido, los derechos fundamentales en general, tanto los clásicos derechos defendidos por el pensamiento liberal, como los nuevos derechos, son todos derechos sociales en la medida en que a los poderes públicos le viene impuesto el deber de hacerlos reales y efectivos. Teniendo el Estado Social de Derecho una carga para hacerlos cumplir.

Así mismo, ese Estado tiene la responsabilidad de mejorar la actuación de sus actores gubernamentales para ejecutar las tareas que la Constitución y las leyes de la República le emanan. En Venezuela, tratándose de un Estado con forma federal, conforme al cual “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” como lo establece el artículo 136 de nuestra Constitución, el Estado está básicamente conformado por un conjunto

de personas jurídicas que conforman la organización política en el territorio como son la República, los Estados y los Municipios, y por otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional.

Es así, como la función esencial de ese Estado Social de Derecho es conservar y materializar derechos para satisfacer las demandas y necesidades de sus habitantes, así como lograr el bienestar general. Por ello, la educación, la salud, entre otros; son tareas del Estado, impulsando así un desarrollo integral de la sociedad y del individuo, el establecimiento y la protección de los derechos humanos, siendo funciones indelegables del Estado.

El Servicio Público juega un papel muy importante. Se puede deducir que el Servicio Público es de interés general, ya que se trata de abordar una actividad de gran relevancia para la ciudadanía. Es así como el profesor Araujo Juárez (2001), expresó: “El reconocimiento de la existencia de una necesidad pública y la decisión de satisfacerla, es el resultado de una valoración que corresponde efectuar el Poder Público en cada momento, en función de los intereses públicos que representa” (p. 17).

Es por ello que el Estado a través de los Órganos y Entes de la Administración Pública por su fin primordial de satisfacer las necesidades de la sociedad podría obrar mediante la declaratoria de actividades como servicios públicos.

Pero, se nos presenta una problemática al analizar que a través del Servicio Público el Estado interviene en la esfera económica, social y jurídica de la sociedad, es un brazo de acción de la Administración Pública, de allí su relevancia.

En nuestra República, el Estado tiene un papel fundamental como regulador de la economía, garantizando la seguridad jurídica para fomentar, junto

con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional y la justa distribución de la riqueza, como lo establece el Artículo 299 de nuestra Constitución. Lo que implica que estamos en una economía mixta, que por un lado se acepta la libre competencia, y las reglas del libre mercado, y por otro vemos que el Estado puede intervenir en la economía mediante políticas públicas. De igual manera en el artículo 302 de la CRBV, se establece la base, el fundamento, la potestad para que el Estado se reserve, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional: actividades, servicios y bienes de carácter estratégico.

Así mismo, el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica.

Por lo tanto, como lo indicó Badell (2000) se plantea un “equilibrio entre Estado y mercado, en razón de que el problema no es la media de la intervención del Estado, sino la calidad de su actuación. El mercado no es un como tal, no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas...”; ese equilibrio debe prevalecer entre productividad, eficiencia económica y justicia social, dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés del colectivo, como lo indicó el autor.

A través del Servicio Público, el Estado interviene en la esfera social, al brindar servicios a las clases menos favorecidas, satisfaciendo las necesidades más esenciales, y se muestra para corregir las fallas del libre mercado -Estado Liberal- luchando contra la exclusión. En el ámbito económico, el Servicio

Público tiene un gran impacto ya que por un lado, al declarar una actividad como Servicio Público, debe haber la preexistencia de un interés general y por lo tanto una gran importancia para el desarrollo económico del país; y se entiende, que es el Estado y no un particular llámese, persona natural o jurídica de derecho privado; quien lleve a cabo esta actividad, es decir, el Estado es el titular, el único responsable de suplir esa prestación de servicio, y así lo debe hacer. Y por el otro tenemos, que al declararse una actividad como Servicio Público y eran los particulares los que prestaban el servicio, habrá un deterioro en la economía de esas empresas que prestaban los servicios, y muchos otros no podrán intervenir en el futuro para prestar dicha actividad; por lo tanto, estos particulares se encuentran en menoscabo de sus derechos económicos, a la libre competencia y libre actividad económica establecida en nuestra Constitución.

En el aspecto jurídico, los servicios públicos se someten al procedimiento especial establecido por el Derecho Administrativo, cuya jurisdicción son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, teniendo unas prerrogativas de las cuales goza el Estado en función del objetivo que se espera alcanzar, que es la satisfacción y cumplimiento del interés general. Y es el interés general, la base y lo que impulsa al declarar una actividad como de servicio público.

Entonces vemos que la CRBV carga al Estado de ciertos servicios obligatorios como la salud, la educación entre otros y también abre la posibilidad de declarar muchas otras actividades, no específicas, que por razones de conveniencia nacional este se pueda reservar.

Viendo que al declarar una actividad como Servicio Público se acarrearán consecuencias, sociales y económicas de gran relevancia, que hasta cierto punto podrían afectar el equilibrio económico de la Nación, en razón de que el Estado tendría la carga prestacional de ciertos servicios como lo establece nuestra Constitución o las leyes que lo declaren; y por otro lado ese mismo Estado debe

fomentar la economía con la participación de la empresa privada. Partiendo de estas dos consideraciones se plantean las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Servicio Público y su aplicación en Venezuela?

Objetivos de la Investigación

Objetivo general.

Analizar la naturaleza jurídica del Servicio Público y su aplicación en Venezuela.

Objetivos específicos.

1. Precisar los orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado.
2. Describir el contexto del Servicio Público en Venezuela.
3. Identificar las causas de declarar una actividad como Servicio Público.
4. Establecer las consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público.
5. Mencionar la legislación venezolana con sistema mixto, casos: Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y Ley Orgánica del Sistema Eléctrico año 2001.

Justificación e Importancia

Siendo nuestro País, un Estado Social de Derecho, que se organiza y trabaja en fin de satisfacer las necesidades de todos sus ciudadanos, el Servicio Público se ha convertido en una figura de gran relevancia para la Administración Pública; a través de la cual, el Estado interviene en las diversas actividades de la sociedad, modificando, creando o dejando sin efecto algunos derechos según sea el caso.

Es importante acotar, que desde el nacimiento de esta Institución Jurídica, en razón del impacto que causa en la actividad propia del Estado y de los

ciudadanos, se ha observado una corriente doctrinaria de los más destacados del Derecho Administrativo Comparado, que han apoyado la tesis del Nuevo Servicio Público a través de la “despublicatio”. Que no es otra cosa, que dejar libre o sin reserva, todas aquellas actividades o servicios que se hayan declarado como de Servicio Público.

Otra corriente doctrinaria, ha calificado la naturaleza jurídica del Servicio Público como confusa, dando así, diversos conceptos; teniendo en la actualidad distintas corrientes de lo que es esta figura jurídica. En realidad, no hay un concepto unánime de dicha institución, pero si se ha logrado coincidir en diversas características, las cuales dieron origen a esta institución; sobre las que muchos autores han convenido. Es así como podemos señalar algunas características en la que los doctrinarios han coincidido.

La importancia de este trabajo radica en establecer esas características, que le dieron nacimiento a esta institución; con la finalidad de entender el sentido por el cual se creó y en qué casos específicos se debe aplicar o poner por práctica esta institución. Ya que podemos observar que en algún momento de la historia en el Derecho Comparado, se le quiso denominar a toda actividad como de Servicio Público y luego por las consecuencias que esto trajo, la doctrina promulgó la despublicatio, como alternativa a la problemática.

Por lo que se evidenciaron errores jurídicos en la declaratoria de alguna actividad, cuando en realidad, no cumplía con las condiciones para tal acción. Es importante recordar que el Estado hoy día goza de diversas formas de intervención en la vida de la Nación de los cual, no tendría que recurrir en todos los casos a la declaratoria de una actividad como de Servicio Público, en razón de que esto conlleva consecuencias sociales, económicas y jurídicas.

Con esta investigación se pretende orientar a nuestros administrativistas, que laboran en el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, así como a todos aquellos ciudadanos en común, y en fin a todos los abogados que defienden los derechos de cada particular y los derechos del Estado; y proporcionarlos de una guía que nos permite entender esta figura del Servicio Público, y tener claro en qué momento podemos hacer uso de su amplio poder. Teniendo en cuenta, que al declarar una actividad como de Servicio Público, se limita el Derecho a la libertad económica, y se afecta la esfera jurídica de cada particular, por lo que debemos estudiar el impacto que ocurre al aplicar esta medida y si es factible o no.

La relevancia de este trabajo es contribuir con el Derecho Administrativo, con una Institución Jurídica que ha sido objeto de mucha discusión y que por la trascendencia de la misma es necesario establecer los elementos que le dieron nacimiento para aclarar su naturaleza y no confundirla con otras instituciones jurídicas.

Capítulo II

Marco Teórico

En el presente capítulo se estudiarán los antecedentes que dieron origen a la institución del Servicio Público, tanto en el Derecho Comparado, como su incursión en la legislación venezolana; así como el análisis de los fundamentos jurídicos, legales, entre otros; que servirán de sustento para el presente trabajo.

Antecedentes del Problema

Los doctenarios en Derecho Administrativo, han sido uniformes en señalar, que el mayor auge de la institución del Servicio Público nace en Francia, a mediados del siglo XIX, siendo uno de sus principales exponentes el doctinario León Duguit (1926) el cual se refirió a la transformación del concepto de Estado. Ya que el Estado no solo devenga el poder y el ejercicio de mandar, sino que, para este autor, también tenía grandes obligaciones por cumplir. De igual manera señaló que el Derecho Público debía tener como principios “los realistas y socialistas”, y no los “metafísicos e individualistas”, que propugnaban la defensa de los derechos subjetivos e individuales contra el Estado. Este Derecho Público, que propugnaba este doctinario, debía regirse y organizarse para la gestión efectiva de los servicios públicos, los cuales se fundamentaban en la función social y por ello debían tener diversas potestades discrecionales para así asegurar el funcionamiento de los mismos, definiendo al Servicio Público como:

Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante (p. 105).

Es así como Duguit critica la Teoría Liberal -siendo este socialista-catalogándola como causante de prodigiosos aumentos de las necesidades de la sociedad, y señaló que no solo el servicio de guerra, de policía y de justicia debía hacerse cargo el Estado, sino también los servicios modernos como: obras públicas, alumbrado, teléfonos, correos, caminos de hierro, asistenciales, etc. Duguit no hace una clasificación de las actividades que el Estado debe llevar a cabo, sólo se refiere a que son múltiples y que van a variar según las exigencias de la colectividad y la evolución social de los pueblos. En fin, el objetivo del Estado es satisfacer las necesidades públicas, siendo ese su único fin y propósito para Duguit, cuyo Estado se legitimaba cuando servía a los gobernados, es decir al pueblo. Es claro precisar, que para el profesor Duguit toda la actividad del Estado comprendía un servicio público, y que la actuación del mismo (Estado), solo se justificaba para satisfacer una necesidad colectiva.

De la teoría de Duguit, se levantó lo que se denominó la “Escuela del Servicio Público”, siendo uno de sus más destacados discípulos y defensores Gasón Jeze (1930) quien señaló entre otras cosas que el servicio público se hallaba ligado al procedimiento de derecho público, expresando que: “... las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo de orden jurídico” (p. 4). Jeze defendía la tesis de que el régimen jurídico especial que debía llevar los servicios públicos respondían al interés general, y que este prevalecía sobre el interés particular, señalando además que la actividad de servicio público se podía reconocer por la simple intención del gobernante, si este tenía el deseo de satisfacer una necesidad pública a través del procedimiento del servicio público.

Es así como Jeze (1923) define al Servicio Público: “... toda aquella actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los

gobernantes en cuanto que esta actividad es de tal naturaleza que no puede ser realizada por completo sin la intervención de la fuerza gobernante” (p. 54).

Otro doctrinario francés como fue Maurice Hauriou (1926) se opuso firmemente y criticó la teoría de Duguit y la de su alumno Gastón Jeze, sobre el Servicio Público, señalando entre otras consideraciones que el procedimiento que debía realizar el Estado para satisfacer los servicios públicos, no podría manejarse por las potestades discrecionales de la Administración Pública, de lo cual estableció: “El servicio público es la obra a realizar por la administración pública, el poder público es el medio de realización” (p. 117). Criticaba la postura de Duguit y de Jeze, que justificaban el fin por encima de los medios, es decir, siempre que la actividad de la Administración Pública necesitara satisfacer a través de un servicio público, podría usar de sus potestades exorbitantes, a lo cual Hauriou señaló: “Que una noción esté subordinada a otra no es razón para sacrificarla por completo” (p. 118).

Este autor precisó, que no toda la actividad del Estado se le puede denominar Servicio Público, que el fin es el mismo pero los mecanismos no, teniendo el Estado diversas formas para intervenir en la vida de la sociedad, y que era indispensable la “autolimitación del poder”, donde la Administración Pública debía someterse a normas objetivas del Derecho Público, y que el medio de esa autolimitación era la organización; de la cual dijo: “Es en el seno de esta organización donde el poder ejecutivo se ha instituido y donde el poder público se ha sometido progresivamente a la ideas de servir en lugar de a la de dominar” (p. 123).

Ariño Ortiz (1997) doctrinario español, hace un recorrido por las causas económicas y sociales que después de la primera Guerra Mundial dieron mayor auge a la figura del Servicio Público. Explica este autor que: “los presupuestos económicos y sociales que en su tiempo dieron nacimiento al servicio público han cambiado” (p. 23), y que por lo tanto, apoyado en la teoría del autor José Luis

Villar, debía dársele un: “un entierro digno” a esta Institución jurídica del Servicio Público, la cual, según este autor, los franceses estaban empeñados en “embalsamar”. Ariño, señala que el Estado se hizo ineficiente, y que el ciudadano había despertado, teniendo conciencia para asumir el protagonismo y la libertad de elegir, a lo que llamo la “muerte del Servicio Público”, y la bienvenida a la “Privatización”. Del cual, estableció que el concepto de Servicio Público implicaba una reserva de actividad a favor del Estado, a través del “acto de publicatio” - tesis original de Villar Palasi- lo cual significaba que: “la actividad quedaba incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de la actuación de los particulares...” (p. 22), pero en virtud de este Nuevo Servicio Público, se debía seguir el procedimiento de la “Despublicatio” la cual implicaría una nueva re- regularización.

Asimismo, este autor define algunos principios que debían regir al Nuevo Servicio Público, como son: desintegración vertical del sector, el régimen jurídico de las actividades competitivas debía regirse por la Libertad de entrada, Libre acceso al mercado, Libertad de contratación y formación competitiva de precios; y Libertad de inversión.

En Venezuela, Brewer (2002) señala entre otras cosas, que la mención de “servicio público” y “reserva”, no son siempre términos coincidentes. Basándose de que en Venezuela muchas leyes que han reservado una actividad como Servicio Público, se rigen plenamente por los principios de la libertad económica y la libre competencia, y estableció que la declaratoria de una actividad como servicio público por parte del Legislador no siempre supone una reserva, definiendo que la misma debe ser expresa y nunca tácita o implícita (p. 238-240). Asimismo, Brewer, hace distinción entre un “tradicional” concepto de Servicio Público, que se basaba en la técnica de la reserva Estatal y un concepto del “Nuevo” Servicio Público, que se afirma en la ordenación y limitación de la iniciativa privada sustituyendo la teoría de la reserva, (p. 246).

El profesor Mónaco (2003) señaló que: “aún no existe en el ámbito jurídico venezolano una definición uniforme y pacíficamente aceptada del Servicio Público” (p. 97), el cual menciona como concepto único de Servicio Público, en la actualidad venezolana:

Aquellas prestaciones destinadas a la satisfacción de necesidades colectivas cuyo derecho a realizarlas se encuentra reservado mediante ley a algún ente político territorial, mediante su calificación de éstas como servicio público, y el cual resulta susceptible de ser gestionado por los particulares a través del régimen de la concesión (p. 98).

Se inclina el profesor Mónaco, por la concepción orgánica del Servicio Público, en el cual, las actividades que sean declaradas como Servicio Público deben ser reservadas al Estado mediante ley y esto no implica que los particulares no puedan gestionarla, ya que lo pueden realizar mediante la figura de la concesión.

Otro doctrinario, el profesor Madrid (2003) se refiere, basado en la tesis del doctrinario Gaspar Ariño, a la transformación que ha sufrido la figura del Servicio Público en los últimos tiempos, siendo que el Estado se haya vuelto incapaz en la realización de varias actividades, recomienda abrirse al “Nuevo Servicio Público” que según este autor es la apertura a las liberalizaciones (p. 117).

Antecedentes de la Investigación

Los antecedentes de investigación relacionados con el objeto de estudio, sirven de base al presente trabajo, como son:

García (1997) en el Trabajo Especial de Grado titulado “Radio y Televisión de Servicio Público realidades y perspectivas para Venezuela”. Se planteó en unos de sus objetivos, señalar las razones que justifican la intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones, no solo como regulador, sino también, como prestador del servicio, a través de lo que puntualizó como un sistema de radiotelevisión de servicio público.

Esta autora, estableció dos características para poder señalar a una actividad como servicio público; la primera, la finalidad debe ser satisfacer la necesidad del interés colectivo, y la segunda, que los poderes públicos tenían la atribución de decidir si una actividad debía ser establecida como tal. También se refiere dicha autora a que los medios de comunicación cumplen una importante función social debido a la gran relevancia que sin duda tienen; y que debido a esa gran relevancia el Estado debía tener televisoras públicas, ya que el Estado a través de estas televisoras públicas se podía encargar de misiones que no llevaban a cabo las televisoras privadas, para poder llegar a todos los estratos de la sociedad.

Concluye esta autora, que el Estado tiene el deber de participar no solo como regulador si no como prestador del servicio de radio y televisión, debido al papel tan importante que sin duda juegan los medios de comunicación, y que esta televisora debía ofrecer principalmente información, entretenimiento y educación, teniendo para esto, grandes retos, ya que la actual televisora pública presentaba grandes deficiencias y necesitaba una transformación.

Este trabajo, nos permite afirmar que se debe profundizar a un más en la noción jurídica del Servicio Público, ya que si afirmamos que el Estado debe intervenir en todo lo que se relacione con el interés general, estaríamos en el riesgo de catalogar a cualquier actividad como servicio público y por otro lado,

omitiríamos que el Estado tiene distintas técnicas de intervención como regulador, planificador, o prestando directamente el servicio, lo que sería Servicio Público.

Hernández y Revilla (2000) en el Trabajo de Grado titulado “Índice de Libertad Económica como variable explicativa del crecimiento económico: caso Latinoamérica 1975-1995”, se plantearon como objetivo, analizar el índice de libertad económica y los cambios en el ingreso de los países como modelo de crecimiento, así como demostrar que los países que han pasado de un índice de libertad económica bajo a un grado mayor de libertad, muestran un crecimiento económico acelerado.

Dichos autores afirman que cuando el Estado se convierte en mayor intervencionista en la sociedad y en la economía, asumiendo cada vez más roles, se generan fuertes gastos, que los impuestos que se recaudan no son suficientes para cubrir dicho gasto público, lo que trae como consecuencia una crisis fiscal, una crisis en la economía. Critican los autores que el llamado “crisis del estado liberal”, no provenía de fallas del modelo mismo, sino de los cambios drásticos que hacían los Estados y que dicho modelo no se adaptaba instantáneamente.

Es de posición firme de estos autores, que el objetivo final del Estado es saber canalizar, mas no suplantarse las actuaciones libres de los agentes económicos. Señalan que uno de los fines del Estado es promover las riquezas a sus ciudadanos, por lo tanto, este debía promover: la libertad, la propiedad, la competencia, como uno de los objetivos que a buscar por parte del Estado.

Finalizan dichos autores, que los sistemas económicos deben ser propios de cada país, ya que hay razones culturales, institucionales, geográficas, históricas que definen a cada sociedad; e implementar sistemas económicos de otros países, no aseguran el mismo resultado y desempeño. Señalan que los países con libertad

política y económica, son países con alto nivel de bienestar, que se observa en los países desarrollados.

Dicha investigación nos aporta lo relevante de la libertad económica y sus consecuencias en el desarrollo de una nación. Este derecho lo contempla nuestra Constitución, por eso es importante una posición que desarrolle la importancia de dicho derecho. Ahora, debemos recordar que nuestra Constitución contempla este derecho a la libertad económica, pero también faculta al Estado a intervenir directamente en la economía, como ya se ha mencionado anteriormente, estamos en presencia de un sistema económico mixto, es decir Estado Social de Derecho.

Guevara (2007) en su Trabajo de Maestría titulado “La Noción del Servicio Público en el Anteproyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos” analiza la noción del servicio público en el anteproyecto de ley orgánica, aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional el 15 de junio de 2006.

Es así como Guevara, reseña la noción del servicio público y resalta el sentido orgánico y el sentido material del mismo; entendiendo que el sentido orgánico, es la titularidad de la actividad por parte del poder público, mediante un acto jurídico de rango constitucional o legal, que implica la reserva al Estado. Y en sentido material, que implica la satisfacción de un interés general, y que en la búsqueda de satisfacer esas necesidades se restringen otros derechos individuales, pudiendo la administración prestar el servicio directamente o indirectamente.

Resalta este autor la definición de servicio público establecido en el artículo 4 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos que indica:

Artículo 4. Definición de servicio público.- Es toda actividad de interés general y público, que presta el Estado en corresponsabilidad con la comunidad organizada, que toma parte del salario social, y está

dirigida a los ciudadanos y ciudadanas que conviven en un espacio geográfico y cuya finalidad es satisfacer las necesidades de interés general y colectivo y que su cumplimiento incida en el aumento de calidad de vida del pueblo, por lo que el Estado asume su prestación directa, para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, empleando para tal fin, los criterios de eficiencia, calidad y atención, para garantizarle a los beneficiarios o usuarios, la calidad de los mismos.

Se puede observar de dicha definición, que el servicio público vendría a ser toda actividad de interés general, reservada al Estado, el cual debe transferir la gestión a las comunidades organizadas. Finiquita este autor, que el problema no es transferir la gestión de los servicios públicos a las comunidades ya que es una exigencia de nuestra Constitución vigente; si no, que se debe mantener la intervención del Estado dentro de sus justos límites, pudiendo actuar a través de la acción regulatoria.

Este trabajo fue de gran aporte, ya que nos permitió afirmar la importancia de la titularidad y reserva a favor del Estado, como señalo el autor, en su sentido orgánico, señalando que mediante ley se debe reservar una actividad como servicio público al Estado, quien sería el titular de la actividad o del sector, y que éste, tendría la facultad de otorgar a través del mecanismo de la concesión, la gestión al sector privado o a las comunidades organizadas, en su sentido material.

Das Fontes (2007) en el Trabajo Especial de Grado titulado “El derecho a la libertad económica previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las regulaciones económicas impuestas por el Estado Venezolano a los particulares” precisó el alcance del derecho a la libertad económica previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los límites que el Estado Venezolano impone a los particulares a través de las regulaciones económicas.

Dicha autora destacó la naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica, equiparándolo con el derecho a la propiedad privada, señalando que ambos habían sido catalogados tradicionalmente dentro del estatuto de derechos humanos fundamentales, los cuales se proclamaron en la Declaración de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Así mismo, señala que tanto el derecho a la libertad económica como la intervención del Estado han estado presentes en todas las constituciones venezolanas, es así como en nuestra primera Constitución (1811), la autora resalta el artículo 167 que establecía: “... ningún género de trabajo, cultura, de industria y comercio serán prohibidos a los ciudadanos, excepto aquellos que forman la asistencia del Estado que después oportunamente se liberarán cuando el Congreso juzgue útil y conveniente a la causa pública”. En este artículo se detalla claramente las dos concepciones antes señalas, y se aprecia que ambas se establecieron desde nuestra primera Constitución.

De igual manera, señala que la Cláusula de Estado Social viene de la influencia de la cultura jurídica alemana, con el llamado Estado Bienestar, el cual estableció que el Estado ya no se limita, como lo señalaba la teoría liberal, si no que este venía a corregir las disfunciones del mercado y de la sociedad civil, asumiendo la responsabilidad del orden social en el sentido de promover la igualdad de todas las clases sociales, y asegurar a todos los ciudadanos cierto nivel de bienestar.

Por otra parte, destaca la autora que el Derecho a la libertad económica puede ser limitado por reserva constitucional o legal, de ciertas actividades que el Estado se reserva para sí; lo que nos ubica en el ámbito del Servicio Público. Dicha Tesis es de relevancia para esta investigación, ya que confirma la tendencia de que las actividades reservadas a favor del Estado, deben estar reservadas

mediante Ley Orgánica, haciendo alusión a lo establecido en el artículo 302 (CRBV, 1999). Concluye además, que dicha regulación debe proteger la libre competencia a favor de los consumidores, y debe implicar las finalidades esenciales del Estado en el campo de los Servicios Públicos, como serían: asegurar la estabilidad de los suministros, alcanzar grados de eficiencia y calidad en los servicios, y proteger las libertades de los usuarios.

Apunta además la autora, que la regulación por parte del Estado será justificada cuando ingrese a corregir fallas del mercado y asevera de manera categórica que la libertad económica es un Derecho fundamental de los ciudadanos y que por lo tanto la Administración en su actuar debe respetarlo y garantizarlo, produciendo marcos regulatorios que favorezca la libre iniciativa privada.

Escalona (2008) en el Trabajo Especial de Grado titulado “Impacto financiero en la rentabilidad de una empresa de servicio público bajo un control de tarifas por ventas de energía eléctrica. Caso de estudio: La Electricidad de Caracas” analiza el impacto financiero en la rentabilidad de una empresa de servicio público bajo un control de tarifas.

La metodología utilizada para este estudio fue de nivel descriptivo, ya que se utilizó la data histórica de los estados financieros, y los pliegos tarifarios, con el fin de determinar los factores más relevantes que inciden en el objeto de estudio; empleando como instrumento la entrevista a expertos en la materia, para que los mismos validaran el impacto financiero en la rentabilidad de una empresa.

En dicho trabajo se hace una cronología de la normativa que aplica al sector eléctrico, destacando la estandarización de los precios, en las tarifas establecidas por el Ejecutivo, y que dicha tarifa comprende, el reintegro a la empresa eléctrica de los gastos por la prestación del servicio. Señala además

características de la empresa pública que prestan un servicio público y se refirió: al presupuesto restringido, cero el saldo de ingresos y egresos, cálculo primeramente de los gastos y luego se solicitan los ingresos.

Concluye el autor, señalando que el no aumento progresivo de los precios en las tarifas, produce un impacto importante en la Utilidad Operativa de la empresa, ocasionando menor rentabilidad a largo plazo; que si dicho precio es afectado por la inflación y el no ajuste de las tarifas, ocasionaría a corto plazo, la no autosustentabilidad de la empresa. Dicha investigación, aportó el comportamiento financiero de una empresa del Estado que presta un servicio público, y que la no operatividad efectiva de la misma podría traer inconvenientes, no solo a los usuarios, sino un impacto importante en la economía nacional.

Carbonel (2010) en el Trabajo Especial de Grado titulado “La gestión del servicio de transporte público en el Distrito Metropolitano de Caracas. Políticas públicas aplicables para la priorización del transporte público” presenta al transporte público como actividad de impacto público, que debe ser optimizado, para un mejor funcionamiento, y descongestionar al Distrito Metropolitano de Caracas.

En dicha investigación, la autora afirma que el servicio público está ligado a una actividad de interés colectivo, y a una figura pública, que se podría encargar de prestar el servicio directamente o vigilar su efectivo cumplimiento. Realiza unas consideraciones para categorizar al servicio de transporte como un servicio público, en los que menciona: que es un medio de movilidad importante para los caraqueños que no poseen vehículo particular, ya que casi el (50%) de la población caraqueña utiliza este medio de transporte, la movilidad representa un papel muy importante como medio para facilitar otros objetivos, y que por lo tanto quedaba claro su interés colectivo. También señala que por mandato

Constitucional el Municipio Libertador estaba a cargo del transporte público de pasajeros.

Afirma esta investigadora, que visto el interés general y el mandato de constitucional de ordenación y promoción, el transporte público de pasajeros debía constituirse como un servicio público. Es de notar, que dicha autora solo toma en consideración estas dos premisas para catalogar una actividad como servicio público, sin apreciar que el fin principal del Estado es satisfacer las necesidades de la colectividad, y que el mismo cuenta con otras técnicas para intervenir en la sociedad.

Las investigaciones antes señaladas, sirvieron de base al presente trabajo, ya que permitieron afirmar criterios doctrinales necesarios para desarrollar esta investigación.

Fundamentos Teóricos

El Derecho Público ha existido desde muchos años atrás, cuya distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, aparece desde el periodo clásico del derecho romano, según lo señala Lares (2001), quien además define al Derecho Público como: "... todas las disposiciones y principios concernientes a la organización y funcionamiento del Estado y demás entidades estatales, y a los contratos celebrados por esos mismos entes con vista a dar satisfacción al interés general..." (p.35).

Es así como el Estado funciona y se organiza a través de normas del Derecho Público, que tiene como principal rama el Derecho Administrativo, el cual Garrido Falla (1994), lo define como: "aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes

y Órganos constitucionales del Estado” (p. 114).

De igual forma Rivero (1984) define al Derecho Administrativo como: “el conjunto de reglas jurídicas derogatorias del derecho privado que rigen la actividad administrativa de las personas públicas” (p. 21) Este autor señala esta definición, tal vez con la idea de diferenciar al Derecho Público del Derecho Privado, pero en la actualidad observamos que el Derecho Administrativo también utiliza instituciones jurídicas del Derecho Privado.

Lares (2001) lo define como: “la rama del derecho público interno, que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios de la jurisprudencia y la doctrina aplicables a la estructura y funcionamiento de la administración” (p.37). Hace esta mención de derecho público interno, porque este autor señala además al derecho público externo como sería el derecho público internacional.

Juárez (2008) sostiene que el Derecho Administrativo nace a partir de la concepción del Estado de Derecho, el cual emerge con el Derecho Constitucional en la Revolución Francesa (p. 4). Cuyo Estado de Derecho, lo señala Thoma citado en el trabajo de Santamaría Pastor (2002), como:

Aquél en el que rige el principio de legalidad de la Administración, así como las reglas de la división de poderes, de la supremacía y reserva de la ley, de la protección de los ciudadanos mediante Tribunales independientes y de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos (p. 89).

Lo que nos lleva a precisar, que el Derecho Administrativo está sometido a la Constitución y al Estado de Derecho. El artículo 7 (CRBV, 1999) decreta la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico y por lo tanto el Derecho Administrativo está subordinado a ella.

Sobre la supremacía constitucional Brewer (1984) señala: “el fundamento básico del Estado de Derecho en Venezuela está en esta supremacía de la Constitución, que da origen a una “súper-legalidad” por sobre la legalidad ordinaria, reconocida inclusive en presencia de gobiernos de facto” (p.175-176). Es así como ese referido artículo 7 hace mención expresa de la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, sobre los particulares, y sobre los órganos que ejercen el Poder Público, lo que implicaría todo el Estado.

Hernández (1943) resaltó que el Derecho Administrativo “es una ciencia nueva: es la última disciplina, el ultimo retoño de la Ciencia del Derecho: apenas pasa de un siglo de existencia” (p.21). De igual forma Juárez (2008) destacó que en 1873 el Tribunal de Conflictos francés reconoció la autonomía del sistema del Derecho Administrativo, “al declarar que la Administración Pública tiene sus reglas especiales, distintas de los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil...”, lo que Waline citado por este autor recalca a la sentencia como la piedra angular de todo el Derecho Administrativo (p. 47).

Peña (2002) hace referencia a que la Administración Pública “constituye el objeto del Derecho Administrativo” (p. 34); señalando a este como “el conjunto de normas, principios y conceptos reguladores de la Administración Pública” (p. 114) y definiendo a la Administración Pública como “el instrumento para el logro de los fines del Estado” (p.114).

Juárez (2008) señaló:

La Administración Pública puede tener diversas acepciones. Como ciencia, en cuanto es el conjunto de principios doctrinarios o teóricos aplicables a la función administrativa del Estado para el cumplimiento de sus fines. Como actividad, en cuanto significa la acción concreta del Estado para satisfacer las necesidades colectivas a que se ha hecho cargo. Finalmente, como sujeto, para expresar el

conjunto de órganos de la Administración Pública que realizan la función administrativa (p. 126).

García y Fernández (1997) afirmaron que la Administración Pública es “la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos...” (p. 37). Es por ello que Hernández (1943) señaló que la Administración Pública, en relación con el sujeto, es “la actividad de las entidades de carácter público en cuanto cumplen o realizan sus fines.” (p. 38). Lo que nos permite inferir según este autor es que la Administración Pública debe cumplir el fin por el cual es creada. Para Parra (2007) la Administración Pública “está conformada por el conjunto de órganos y entes estructurados en Administración Pública Centralizada y Administración Pública Descentralizada, integran el Poder Ejecutivo, tanto nacional, estatal y municipal, y a los cuales se les ha asignado fundamentalmente la función administrativa del Estado” (p. 53).

Todas estas definiciones nos permiten precisar que la Administración Pública, es el brazo ejecutor del Estado para alcanzar sus fines y objetivos, la cual está regulada por el Derecho Administrativo y sometida a la Constitución, y a las leyes de la República.

Como se pudo observar, el Estado se organiza y limita por normas del Derecho Administrativo, las cuales nos sirven de gran ayuda para la presente investigación ya que nos permite observar el campo donde el Estado a través de la Administración Pública cumple sus funciones e interviene en la esfera jurídica de los particulares.

Ahora debemos revisar que según Cabanellas (1953) el término Naturaleza, se refiere a la “propiedad peculiar de una cosa. Tendencia, inclinación”. Así mismo OPUS, nos reseña que el término Jurídico se refiere a “lo que atañe al derecho o se ajusta a él. Legal. Único adjetivo que al Derecho

corresponde. De ahí que una acción es jurídica cuando es ejercitada con arreglo a Derecho, caso contrario se repudia antijurídico”. Lo que nos permite puntualizar que la naturaleza jurídica se refiere a la tendencia legal o sobre el derecho de una cosa.

Lo que nos sirve de gran ayuda para comprender el campo jurídico al estudiar la figura del Servicio Público. La cual para Pérez (1997) es “la actividad administrativa desarrollada por el Estado en forma directa o indirecta, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con los usuarios y demás administrados, y asegurada por normas y principios que otorgan prerrogativas de derecho público a quien la cumple para posibilitar la mejor satisfacción de las necesidades colectivas”. (p. 7)

Lares (1996) define al servicio público como: “toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico debe ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general (p. 226).

Así mismo Peña (2009) lo define como: “la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto, sujeta a un régimen de derecho público (p. 328).

Por su parte, Hernández (2006) señala que: “son servicios públicos las actividades que, al satisfacer necesidades de interés general, se encuentran reservadas al Estado y, por tanto, suponen siempre la exclusión de la libertad económica y la libre competencia” (p. 236).

Fundamentos Jurídicos

El deber del Estado en intervenir en la esfera social y económica de la sociedad, y a la vez impulsar y fomentar los derechos individuales de cada persona, cuya dualidad la vemos establecida en diversos artículos de nuestra Constitución (CRBV, 1999) como son: artículos 2, 3, 7, 19, 25, 83, 84, 85 los cuales disponen:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Este artículo es lo que se denomina como la cláusula del Estado social, ya que establece que nuestra República está constituida como un Estado social por cuanto el Estado debe garantizar el desarrollo y buen desenvolvimiento de todos los derechos de los ciudadanos; y de Derecho, por cuanto este (el Estado), se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de la Republica.

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

En este artículo observamos que uno de los fines esenciales del Estado es el desarrollo de la persona, la construcción de una sociedad justa, el bienestar del

pueblo y la garantía de los derechos consagrados en la Constitución, lo que nos permite precisar, que el Estado deberá utilizar todos los mecanismos posibles para el cumplimiento de estos fines esenciales.

El artículo 7 establece la supremacía de la Constitución sobre: todo el ordenamiento jurídico, los particulares y el Estado; señalando: “Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

El artículo 19 establece la responsabilidad al Estado de garantizar el goce de los derechos humanos a los particulares.

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

El artículo 25 se refiere a la nulidad constitucional de los actos dictados por el Poder Público que viole la Constitución o las leyes, así como la responsabilidad a los funcionarios públicos por dictar dichos actos.

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Sobre los Derechos Sociales y de las Familias, observamos que la salud, es un derecho social fundamental, y que el Estado debe promover el acceso a tales servicios.

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución

y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Este artículo establece la rectoría del Estado y la gestión de un sistema público nacional de salud, de igual forma se refiere al servicio público de salud, el cual no podrá ser privatizado.

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

En este artículo se hace referencia a un servicio público de seguridad social.

Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca. Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores o trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

Hace referencia este artículo al derecho a toda persona de trabajar y a la responsabilidad del Estado de que toda persona tenga una ocupación productiva, debiendo fomentar el empleo.

Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios.

El trabajo como un hecho social que goza de la protección del Estado.

Artículo 102. La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus

niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, consustanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana, de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en la ley.

La educación como un máximo interés que el Estado asumirá en todos sus niveles, y categoriza la educación como una actividad de servicio público.

Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su

libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo...

El artículo hace referencia a que la educación que se imparte en las Instituciones del Estado es gratuita.

Artículo 106. Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste.

En este artículo se establece la incorporación de los particulares, para prestar el servicio público de educación, cumpliendo previamente con los requisitos establecidos.

Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.

Se señalan servicios públicos de radio y televisión.

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.

De los Derechos Económicos este artículo es de gran relevancia ya que establece el derecho a la libertad económica, la responsabilidad del Estado por promover la iniciativa privada, la libertad de empresa.

Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público

consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Se prohíben los monopolios y a su vez se establece la protección al público consumidor, señalando además el derecho a libre competencia y la posibilidad del Estado otorgar concesiones en ciertas actividades.

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

El reconocimiento al derecho a la propiedad.

Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del

público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

El derecho que tienen las personas de recibir bienes y servicios de calidad.

El artículo 131 establece el deber que tienen las personas por acatar la Constitución y los actos dictados por el Poder Público: “Artículo 131. Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”.

Artículo 135. Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o a las particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley.

La corresponsabilidad del Estado y de los particulares a los fines del bienestar social.

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

El artículo 139 determina la responsabilidad por el ejercicio del Poder Público: “Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado: “Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

La Administración Pública al servicio de los ciudadanos bajo los principios allí establecidos.

Sobre los institutos autónomos: “Artículo 142. Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca”.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio.

24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.

29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas.

Este artículo establece la competencia del Poder Público nacional, entre las cuales menciona a servicios público domiciliarios, entendidos como los servicios de agua potable, electricidad y gas.

Así mismo se observa las competencias establecidas a los Estados, en el artículo 164 se estipula: “Es de la competencia exclusiva de los estados: ... 8. La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales”.

De igual manera el artículo 178 señala: “Son de la competencia del Municipio... prestación de los servicios públicos domiciliarios...”, “6. Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico; alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios”.

Artículo 184. La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo: 1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos...

Sobre la posibilidad de transferir a las comunidades organizadas, la gestión de los servicios públicos.

Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

La jurisdicción especial, que va a dirimir todo lo relacionado con el accionar de la Administración Pública.

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante

una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

Se establecen los principios que van a regir el Sistema Socioeconómico del Estado, en el cual observamos la justicia social y la libre competencia, entre otros.

La posibilidad del Estado, para crear entidades que realicen actividades sociales o empresariales se encuentra en el “Artículo 300. La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.”

Se faculta al Estado la política para defender las actividades económicas de empresas públicas y privadas, como se observa en el artículo 301: “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas...”

Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

Se establece la posibilidad constitucional de que el Estado se reserve ciertas actividades por razones de conveniencia nacional.

Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.

La nacionalización de la empresa Petróleos de Venezuela, como empresa de gran impacto económico en la vida del país.

Las aguas como dominio público de la nación, señalado en el artículo 304: “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación”.

El deber del Estado de defender la estabilidad de la economía establecida en el artículo 320: “El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social.”

Fundamentos Jurisprudenciales

Sentencia Nro. 1651, del 17/07/2002, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente Antonio García García, caso Trina Blanco de Ramos, en cuya Sentencia la Sala no solo ratifica a los servicios públicos domiciliarios como el agua potable, la luz, el gas; sino además la Sala lo amplía añadiendo: la vialidad urbana en vías municipales, transporte público, aseo urbano, salud, educación preescolar, servicios de prevención y protección, aguas servidas, cementerios y servicios funerarios.

Sentencia Nro. 2436, del 29/08/2003, de la Sala Constitucional, Caso Arnaldo González, Ponente Pedro Rafael Rondón, donde la Sala señala: “cuando el Estado es el titular de un servicio público, pero su prestación le corresponde a los particulares por la vía de la concesión, la participación de éstos. En el servicio público, no puede desarrollarse libremente por los ciudadanos, sino, más bien, se trata de una actividad que el Estado regula altamente” así mismo la Sala estableció que: “no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público.”

Sentencia Nro. 4.993, del 15/12/2005, Sala Constitucional, caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), Ponente: Luisa Estella Morales, la Sala analizó la noción y los elementos que debe integrar la figura del servicio público, señalando:

De lo expuesto debe resaltarse lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual expresamente consagra la existencia de un contencioso de los servicios públicos... Con fundamento en el referido artículo, se consagra constitucionalmente la existencia de una jurisdicción especializada para el enjuiciamiento del reclamo para la prestación de servicios públicos, correspondiéndole en este sentido, al juez contencioso administrativo determinar cuándo una determinada pretensión debe comprenderse dentro de dicha reclamación...

corresponde en el presente caso determinar si estamos en presencia de una actividad de servicio público o una actividad de interés general que afecte de alguna manera la prestación de un

servicio público o el correcto desenvolvimiento de una actividad de interés general...

...la concepción tradicional de la noción de servicio público, prestado por la Administración Pública o por los particulares mediante la vía de la concesión, en un régimen de sector no liberalizado o mediante la reserva de dicha actividad, a través de la *publicación* de dicha actividad – elemento esencial según la doctrina y la jurisprudencia para la calificación de una determinada actividad como servicio público...pasa a determinarse la noción de servicio público, la cual aparece en el campo del Derecho Administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezcan sus caracteres de una manera precisa.

...cualquier actividad prestacional como servicio público por parte del Estado, implique, en principio, dos clásicas consecuencias jurídicas: (i) la instauración de un deber legal por parte del Estado en la plena satisfacción del servicio declarado y, (ii) la restricción o monopolio de la actividad objeto de la prestación del servicio.

...deben señalarse los elementos que integran la noción:(i) Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general; (ii) Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta (“*publicatio*” y en el caso concreto ex artículo 156 numeral 29 y 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... (iii) Que el Estado puede

cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios y; (iv) Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas, y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, - algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación.

Sentencia Nro. 444, del 28/03/2008, la Sala Constitucional, Caso Freddy Álvarez Bernee, con Ponencia de Luisa Estella Morales, ratifico el criterio Sentencia Nro. 4.993, del 15/12/2005, Sala Constitucional, caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE).

Esquema Preliminar de la Investigación

Introducción.

Origen del Servicio Público

Orígenes en la Monarquía

Orígenes en las Revoluciones

Orígenes en el Siglo XX

Servicio Público en Venezuela

Nacimiento de la Institución

Su actual contexto

Causas de la declaratoria de Servicio Publico

Causas Sociales

Causas Económicas

Consecuencias de la declaratoria de Servicio Público

Consecuencias Sociales

Consecuencias Económicas

Legislaciones con sistema mixto, casos

Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000

Ley Orgánica del Servicio Eléctrico año 2001

Capítulo III

Marco Metodológico

Tipo y Nivel de la Investigación

Se entiende por metodología, como lo señala Gortari citado por De la Torre y Navarro (1990) que el método de investigación es un: “procedimiento riguroso formulado lógicamente para lograr la adquisición, organización o sistematización y expresión o exposición de conocimientos, tanto en su aspecto teórico como en su base experimental” (p. 3).

De igual forma Balestrini (1987) define a la metodología como el: “conjunto de reglas, registros y protocolos con los cuales una teoría y su Método calculan las magnitudes de lo real. La metodología se refiere a las procedimientos tecno- operacionales implícitos en todo proceso de investigación...” (p. 4).

Una vez precisada la definición de metodología, es necesario señalar que la presente investigación es de tipo documental con un nivel descriptivo, ya que la información obtenida ha sido producto de fuentes documentales, como libros relacionados con el tema, escrito de los doctrinarios y estudioso de la materia, así como la Constitución y las leyes de la República. Cuya investigación documental la define Ramírez, Bravo y Méndez citados por T. Ramírez (2010) como:

...una variante de la investigación científica, cuyo objetivo fundamental es el análisis de diferentes fenómenos (de orden histórico, psicológico, etc.) de la realidad a través de la indagación exhaustiva, sistemática y rigurosa, utilizando técnicas muy precisas de la documentación existente, que directa o indirectamente aporte la información atinente al fenómeno que estudiamos (p.50).

Al señalar el nivel de la investigación se habla sobre la profundidad de la misma, estableciendo Selltiz y Jahoda citados por Ramírez (2010) al nivel descriptivo como la: “descripción, con mayor precisión de las características de un determinado individuo, situación o grupos...” (p. 57).

Preguntas de la Investigación

En vista de la investigación que se acoge en el presente trabajo, es necesario dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- 1) ¿Cuáles son los orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado?
- 2) ¿Cuál es el contexto del Servicio Público en Venezuela?
- 3) ¿Cuáles son las causas de declarar una actividad como Servicio Público?
- 4) ¿Cuáles son las consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público?
- 5) ¿Cuál es la legislación venezolana con sistema mixto?

Operacionalización de las Variables

Objetivos Específicos	Variable	Dimensiones	Indicadores
1. Precisar los orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado.	Orígenes del Servicio Público en el Derecho Comparado.	-Socio económicas. -Políticas.	a. Orígenes en la Monarquía. b. Orígenes en las Revoluciones. c. Orígenes en el Siglo XX.
2. Describir el contexto del Servicio Público en Venezuela.	Contexto del Servicio Público en Venezuela	-Socio económicas. -Políticas.	a. ¿Cuál es el nacimiento de la Institución en Venezuela? b. ¿Cuál es su actual contexto?
3. Indicar las causas de declarar una	Causas de declarar una	-Socio económicas.	a. ¿Cuáles son las causas Sociales?

actividad como Servicio Público.	actividad como Servicio Público.		b. ¿Cuáles son las causas Económicas?
4. Establecer las consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público.	Consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público.	-Socio económicas.	a. ¿Cuáles son las consecuencias Sociales? b. ¿Cuáles son las consecuencias Económicas?
5. Mencionar la legislación venezolana con sistema mixto, casos LOTEL 2000 y LOSE 2001	Legislación venezolana con sistema mixto.	-Socio económicas. -Políticas.	a. ¿Cómo es el sistema mixto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones? b. ¿Cómo es el sistema mixto en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico?

Técnicas e Instrumento de Recolección de Información

Las técnicas de recolección son de gran importancia, ya que proporcionan la información necesaria para dar respuesta a las interrogantes planteadas, la técnica de recolección a utilizar en el presente trabajo es la ficha, la cual Balestrini (1987) señala que “la ficha se constituye en un recurso muy importante, que permitirá almacenar material informativo acerca del problema objeto de estudio” (p. 9).

Es así como De la Torre y Navarro (1990) señala que la ficha representa “el medio de recoger de las fuentes y, a través de la diagnosis, los elementos indispensables en todo proceso de investigación: juicios e ideas, nombres de personas y lugares, fechas y cifras, etc.” (p. 89).

La recolección de datos a realizar en esta investigación se basará en la investigación documental proporcionada por los libros, revistas, leyes, sentencias, entre otros. En base a esto, observamos que De la Torre y Navarro (1990) señalan que los “Libros y documentos son los medios más utilizados hasta hoy para la

transmisión del conocimiento... En consecuencia, su utilización es indispensable en toda investigación científica (p. 6).

Y es por ello que Balestrini (1987) sostuvo que “Las fuentes documentales proporcionan la información necesaria de todo lo que se ha publicado del tema... es importante que se conozcan y puedan ubicarse las fuentes de datos bibliográficos. Y al mismo tiempo, se manejen las técnicas de investigación de investigación documental... Sobre todo, cuando el trabajo se orienta hacia la investigación documental (p. 5).

Análisis e Interpretación de la Información

En esta parte de la investigación, se deberá analizar que la información que se recolecte deba proporcionar la respuesta a cada una de las interrogantes establecidas en el presente trabajo. Cuya información se debe organizar, clasificar, evaluar la fiabilidad de cada información, como estableció Bosh (1972) cuando afirmó que “así es necesario recurrir a las bibliografías especializadas que dan noticia de los libros editados que nos interesan. (p.19)

Factibilidad

La presente investigación será posible realizarla ya que se puede recabar la información documental necesaria para elaborar el presente trabajo y se estima que la inversión de acuerdo al cronograma será la estimada a continuación:

Inversión estimada	
Concepto	Monto
Papelería	100.000,00
Fotocopia	50.000,00

Encuadernación	100.000,00
Pasaje	60.000,00
Inscripción	1.600.000,00
Total	1.860.000,00 Bs.

Consideraciones éticas y legales

Es del conocimiento toda la normativa legal para la aprobación del Trabajo Especial de Grado, establecido por las autoridades de la Universidad Católica Andrés Bello en el Manual para la Elaboración del Trabajo de Grado y el Trabajo Especial de Grado en El Área de Derecho (2010) y así mismo se cita la autoría de toda la documentación inserta en la presente investigación.

Capítulo IV

Desarrollo

El Servicio Público en el Derecho Comparado

Iniciamos el desarrollo de nuestro tema tratando de precisar las condiciones que dieron nacimiento a la figura del Servicio Público, la cual estuvo vinculada a la evolución del Derecho Público, a la edad Contemporánea y como principal exponente a una de las teorías -que según la visión que tenemos del tema- fue la teoría que contribuyó a la problemática que ha ocurrido alrededor de la figura del servicio público, nos referimos al doctrinario francés León Duguit. Por lo que, citaremos muchas ideas de su obra más destacada, relacionada con nuestro trabajo.

Orígenes en la Monarquía

A mediados del siglo XVII, la forma de gobierno que predominaba en Europa era la Monarquía, en la cual, el poder residía en el Rey, y éste era el que legislaba, ordenada y aplicaba justicia; por cuanto no había la concepción de la separación de los poderes. El Rey gobernaba en razón de que la soberanía, se concentraba en él, y éste era el titular de ella y por lo tanto tenía el poder absoluto. Al respecto Duguit (1926) indicó lo siguiente:

..., en el siglo XVII y en el XVIII, la soberanía es el derecho de mandar, de que es titular el rey. Es un derecho que tiene los mismos caracteres que el derecho de propiedad. El rey es titular de él como de sus derechos patrimoniales. La soberanía es una propiedad, pero una e indivisible, inalienable. Es absoluta como todo derecho de propiedad, salvo ciertas restricciones relacionadas con la naturaleza de las cosas; y todavía el edicto de 1770 afirmaba “que no hay

ninguna restricción basada en pretendidas leyes fundamentales”. En fin, esta soberanía del rey se manifiesta sobre todo en la ley, que es la expresión de la voluntad real soberana. (Pág.59 y 60)

La idea de Monarquía pudimos recoger de la obra de (Duguit, 1926) venia de la tradición romana, donde el Rey era el soberano, en él residía todo el poder sobre sus súbditos.

Pero, a razón de las distintas situaciones sociales y económicas, existentes en aquella época, en el siglo XVIII se da paso a las Revoluciones, a raíz de la pobreza se incrementaron las exigencias sociales, donde algún sector de la población exigía un mayor número de derechos y oportunidades que le permitieran vivir mejor. Por lo que veremos algunas disertaciones del catedrático León Duguit (1926) referente a este punto.

Orígenes en las Revoluciones

Así vemos, como inicia este nuevo proceso de transformación en el derecho y en la sociedad, la Revolución Francesa marcó el camino del derecho que hoy conocemos. Aunque sabemos que no se cumplieron con todos los objetivos que llevó a esa revuelta, dicha revolución fue de gran impacto para el mundo en que hoy vivimos. De ella y uno de los aportes más importantes que nos dejó fue la teoría de la separación de los poderes públicos. Sin embargo, Duguit (1926) fue muy crítico con los legisladores de la época al expresar lo siguiente:

A partir de las revoluciones del siglo XVII y XVIII, se inició una variable de exigencias sociales como el reclamo de Derechos fundamentales y por lo tanto la necesidad de ser cubiertos por el Estado, ya la soberanía no erradicaba en le Rey, si no era los ciudadanos los depositarios de la soberanía y por lo tanto los protagonistas de llevar el rumbo de cada República Democrática...

... sabido es el prestigio y la influencia que tuvo en Francia la Constitución votada en 1787 por el Congreso de Filadelfia. Llenos de admiración por esas doctrinas y por esta Constitución, los miembros de la Asamblea constituyente están al mismo tiempo profundamente penetrados de las concepciones monárquicas. Ahora bien: resulta que, con una simple modificación de palabra, la vieja noción monárquica de soberanía se concilia admirablemente con las doctrinas de los filósofos y los principios de la Constitución americana. Basta, en efecto, sustituir Rey por nación, y decir nación donde antes se decía Rey. El Rey era una persona, un sujeto de derecho, titular del derecho de soberanía; como él la nación será una persona, un sujeto de derecho, titular del derecho de soberanía. La soberanía del Rey era una, indivisible, inalienable e imprescriptible. La soberanía nacional tendrá exactamente los mismos caracteres. La Declaración de los Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 dirán: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación... La soberanía. es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación...” (1). El mismo principio, por razones diferentes, es verdad, se daba a la vez en el derecho monárquico y en la doctrina política de J. J. Rousseau...

...El fundamento del derecho público nacido de la Revolución se encuentra de este modo definido, y determinado su origen histórico. La nación es una persona titular del derecho subjetivo de poder público, del poder de mando o soberanía. El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el derecho público (el Staatsrecht de los alemanes) es el derecho del Estado; es decir, el conjunto de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen, sus relaciones con las

demás personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados...

... Se nota fácilmente que si el origen histórico de esta concepción es el que hemos señalado, debía desaparecer tan pronto como desaparecieran las circunstancias que la habían producido. Este concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de una filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus. La tradición monárquica tenía que olvidarse pronto y olvidarse definitivamente, diga lo que quiera hoy cierto partido político”. (Pág. 60, 61 y 62.)

De lo que pudimos observar, aun la concepción del Servicio Público como hoy lo conocemos no había empezado a dar sus pasos, los juristas de la época estaban muy ocupados por definir las bases del Estado Derecho para adentrarse en ese tema, según el profesor Ariño (1997) “Hasta mediado del siglo XIX todo lo que hoy llamamos servicios públicos sociales (la educación en todos sus niveles, la sanidad, la beneficencia, la asistencia social, el arte y la cultura, etc.) eran actividades no asumidas por el Estado sino por la sociedad (aunque reguladas por aquel)...” (pág. 21).

Entonces, no es sino hasta el siglo XX, que vamos a observar las razones políticas, económicas y sociales que dieron nacimiento a la institución jurídica del Servicio Público clásico, sin obviar el brevísimo repaso por la era Monárquica y por las Revoluciones del siglo XVIII que hicimos, ya que debemos tener en cuenta que dichas transformaciones de las sociedades y del derecho, dieron lugar al nacimiento de la misma, como veremos a continuación.

Orígenes en el Siglo XX

Ya adentrándonos al siglo más cercano a nuestros tiempos, hemos observado los cambios que produjeron las revoluciones del siglo XVIII, en el cual el Rey no era ya el titular de la soberanía, si no, el Estado investido de derechos y obligaciones. A medida que fue creciendo la población, también crecieron las exigencias, aspiraciones, derechos; así como los distintos problemas económicos y sociales. Por lo que el derecho debía aportar una solución a cada situación en específico.

Es por lo que, en los inicios del siglo XX los Servicios Públicos que prestaba el Estado eran los servicios de: Guerra, de Policía y de Justicia. Pero es importante, acotar que estos servicios son propicios para la estabilidad y paz de los Estados, sin embrago; los mismos no afectaban la esfera económica de los particulares, en cuanto a libertad económica.

Ahora, como consecuencia de la era post guerra, el Estado tuvo que intervenir en muchas áreas de la vida social para reactivar la economía y brindar oportunidades a sus habitantes. Por lo que pudimos leer de la obra de Duguit (1926) lo siguiente:

... En fin, hay muchas necesidades de primordial importancia, como, por ejemplo, las relaciones postales, los transportes por caminos de hierro, el alumbrado, cuya satisfacción está asegurada por organismos muy vastos y complejos, necesidades tales que si el funcionamiento de estos organismos se parara un solo instante, resultaría una perturbación profunda que pondría en peligro la vida social misma.

Por esto es por lo que hoy no se pide a los gobernantes que aseguren los servicios de guerra, policía y justicia, sino que

organicen y hagan funcionar toda una serie de servicios industriales y que impidan que éstos se interrumpan un solo instante...

...Esas actividades cuyo cumplimiento se impone a los gobernantes constituyen el objeto mismo de los servicios públicos". (Pág.46 y 47).

Según Duguit (1926) "..., la noción de servicio público acaba por sustituir a la de soberanía. El Estado no es un poder soberano que manda; es un grupo de individuos que tienen una fuerza que deben emplear en crear y dirigir los servicios públicos..." (Pág.48).

Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente?... (pág. 100)

... a medida que la civilización progresa, la intervención de los gobernantes va siendo normalmente más frecuente, porque ella sólo puede realizar lo que supone la civilización... (pág. 101)

... los tres servicios públicos originarios: la guerra, la policía y la justicia. Hoy no bastan estos servicios... (pág. 101)

... Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia. (pág. 102)

... Hoy, cualquiera que sea la clase social a que se

pertenezca, cada cual pide el transporte de las personas y de las cosas a los grupos que desempeñan este servicio. Como en el estado de nuestras costumbres y de nuestras necesidades económicas estos transportes en común no pueden suspenderse ni aun por un plazo muy corto, aparece la necesidad, cada día más evidente, de organizar los servicios de transporte como servicios públicos: servicio de tranvías y de autobús en las grandes ciudades, servicio de caminos de hierro en todo el país... (pág. 103-104)

... No solamente el alumbrado público, sino el mismo alumbrado privado se convierte en servicio público... No tardará mucho tiempo sin que los hogares todos reclamen la luz eléctrica. Y como ésta es una necesidad elemental, surge un nuevo objeto de servicio público...y el transporte de la energía eléctrica llegara a ser, ciertamente, en un futuro no lejano, objeto de servicio público, como lo advierten los autores de la gran ley de 15 de junio de 1906 sobre las distribuciones de energía eléctrica. (Pág. 104).

Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del derecho público, es en el fondo la noción de servicio público cuyos elementos constitutivos es preciso definir. Ya se han indicado. Consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder de un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad... (pág. 93-94).

... No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, Emperadores, Reyes, Presidentes de la República, Ministros, Parlamentos, es, no para su

provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los detentadores del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación.” (pág. 100)

Fue necesario, esbozar a grandes rasgos la teoría del Servicio Público del doctrinario León Duguit, ya que para el presente trabajo es necesario establecer que a partir de esta postura radical del doctrinario, en la cual señala que el derecho público se transformó en un servicio público y que toda actividad que realice el Estado es servicio público; pareciera que los juristas de la época tomaron esta postura y se inició una corriente al declarar como Servicio Público, muchas actividades económicas y reservarlas a través de la “*publicatio*” al Estado.

En contraposición a esa teoría, tenemos la postura del también francés catedrático Maurice Hauriou que en el año de 1927 indicó: “Estaba en la lógica del error sobre la primacía del fin que en el Derecho público se creara una “Escuela del servicio público” que se esforzará por hacer prevalecer la idea de servicio, considerada como fin del Estado, sobre la del poder de voluntad del Estado considerada como medio para realizar el fin” Santamaría y Muñoz (1976) (pág. 118).

Observamos como: “... en un principio DUGUIT identificaba la noción del Estado con la de servicio público. Conforme a esta tesis cualquier actividad que realizara el Estado era en esencia un servicio público. Sin embargo, dicha concepción fue evolucionando paulatinamente hasta conocer, como ocurre hoy en día, que el Estado realiza distintas actividades que no pueden ser calificadas como servicio público... como son la actividad de policía y la de fomento.” Ponencia del profesor Miguel Mónaco en las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) pág. 99-100.

Sobre la “*publicatio*” el profesor Ariño (1997) no explica: “... a partir de la Primera Guerra Mundial, se fue configurando progresivamente un concepto de servicio público que implicaba la *reserva de actividad en cuanto tal a favor del Estado* (o de la Administración pública) desde el momento mismo de su declaración como servicio público. Desde ese instante la actividad dejaba de ser privada para convertirse en una tarea pública.” (pág. 22).

Por lo que, podemos precisar que la Institución Jurídica del Servicio Público –clásica como la denominan muchos doctrinarios- inició a mediados del siglo XX. Y que como consecuencia de las guerras, los Estados tuvieron que intervenir en muchos aspectos para reactivar la economía de los países. En el que el catedrático León Duguit estableció las bases de cómo debía ser ese servicio público, indicando que la función del estado era la realización de los servicios públicos.

Luego de esta avalancha y fulgor por reservar cualquier actividad al Estado, tenemos que a finales del siglo XX, en Europa se inició una corriente que se empeñó en señalar que las condiciones sociales, económicas y políticas que dieron nacimiento al Servicio Público habían cambiado, y que ahora la situación era otra, por lo que: “... el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios es mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos...” Ariño (1997) (pág. 23).

Indicó este autor que el ciclo de la institución jurídica del Servicio Público había terminado, haciendo referencia a lo dicho por el también autor José Luis Villar el cual señaló que había “... que hacerle un digno entierro” a la figura del Servicio Público; por lo que se denominó en Europa la *despublicatio* de muchas actividades y servicios prestacionales que habían sido reservadas y catalogadas como servicio público para que volvieran hacer prestados por la iniciativa privada.

Sigue explicando este autor que ya ese viejo concepto del Servicio Público monopólico, igualitario no llenaba las expectativas de la población actual. Que no se podía perder la idea de que el servicio público era para brindar un “servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos” (pág. 24).

Para el autor Martínez J.L (1997) la *despublicatio* significaba “que dejan de estar bajo la exclusiva titularidad pública y se devuelven al ámbito de las libertades individuales, de la iniciativa, en consecuencia, privada, y, en principio, también, siquiera sea potencialmente, a la competencia y al mercado, aunque estos puedan también restringirse.” (Pág. 194-195)

El Servicio Público en Venezuela

Nacimiento de la Institución en Venezuela

El derecho en nuestra República data apenas de unos 200 años de historia, mientras en el mundo se debatía sobre la Monarquía y los principios de las libertades individuales de la República, nuestro derecho constitucional daba sus primeros pasos. Es por ello que en el año de 1811 entra en vigencia nuestra primera Constitución, la cual según Badell (2000) “adoptó un sistema económico basado en tres principios: el bien común, la propiedad privada y la libre iniciativa industrial y comercial” y así observamos como todas las demás constituciones en Venezuela, recogieron los principios y los ideales del Estado liberal.

No fue hasta empezando el siglo XX cuando en las constituciones de 1901 y 1904 se autorizó la intervención directa del Estado en actividades económicas de interés general, facultando al Ejecutivo para reglamentar los servicios públicos de correos, telégrafos y teléfonos federales. (Badell, 2000).

A partir de ese cambio, en las reiteradas constituciones se reafirmó cada

vez más la intervención del Estado en la esfera política, económica y social de la República. Así lo podemos ver en las notas del profesor Araujo (1.999):

En este sentido, la Constitución de 1961, siguiendo la orientación de la del año 1936, estableció expresamente la posibilidad que tiene el Estado de “*reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional*” (art. 97). Por tanto, sería la posibilidad, no ya de que el Estado realice actividades empresariales, sino que las realice en forma exclusiva, esto es reservada, excluyendo por tanto a los particulares del ámbito de las mismas.” (Pág. 29)

Por lo que vemos, que la igual que el derecho Europeo en Venezuela a mediados del siglo XX, se estableció por mandato constitucional que el Estado podía reservarse ciertas actividades.

Por lo que ya en la Constitución de 1999 -actual hasta la presente fecha- se amplió ese rango de intervención del Estado estableciendo la reserva de actividades como lo señala el artículo 302 (CRVB, 1999) el cual indica expresamente que El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. De aquí decimos que se configuró el Servicio Público tal y como lo expresó el doctrinario Duguit, se establece la *publicatio*.

Actual contexto

Al igual que en Europa, a finales del siglo XX, la doctrina venezolana también defendió la existencia del “nuevo” modelo de servicio público. Según el

doctrinario Brewer-Carías el servicio público no siempre supondría una reserva al Estado, por lo que este catedrático esbozó tres conceptos de servicio público: 1. “en el cual la actividad prestacional se desarrolla de manera exclusiva por la Administración, excluyendo a la iniciativa privada...” 2. “... hay servicios que si bien suponen la exclusión de la libertad económica –a través de la reserva- pueden ser atendidos por los particulares mediante la concesión...” 3. “hay servicios públicos concurrentes que, aún reconociendo la libre iniciativa privada para su prestación, exigen el otorgamiento de la correspondiente autorización.” Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) pág. 236-237.

Sin embargo, pudimos también leer de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) que: “Pretender aplicar a Venezuela el concepto del -nuevo servicio público” es, en nuestra opinión, una solución que no obedece a la formación heterogénea de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico y que, lejos de procurar la depuración científica del lenguaje que exige el Derecho Administrativo, conlleva aún a mayores confusiones.” (pág. 243).

En lo cual coincidimos y no solo para el caso de Venezuela, sino también para Europa, pretender llamar un “Nuevo” Servicio Público, para darle paso a la iniciativa privada en actividades reservadas del Estado, nos indica que nunca se debió catalogar como Servicio Público esas actividades que ahora buscan de “*despublicatio*”, por lo que se usó la Institución Jurídica del Servicio Público de manera errónea, al denominar a toda actividad como de servicio público como pretendió el profesor Duguit en sus tesis, nos parece un error en la aplicación de esta técnica jurídica porque el Estado tiene muchas otras técnicas para supervisar, autorizar, controlar, incluso para limitar la propiedad privada.

A lo que queremos llegar: Martínez J.L. López-Muñiz señaló que: “El Estado Social de Derecho, que debe basarse en todo momento en las libertades, pero que debe garantizar asimismo en la medida razonable la finalización de su ejercicio al bien común, debe operar de modo que no queden sin la debida

satisfacción los 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.” (Pág. 210).

Esas actividades catalogadas como servicios de interés general, pueden ser susceptibles de ser explotadas en ejercicio de la libertad de empresas. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 247).

La realidad es que mientras Europa, se inclinó por liberar ciertas actividades a la libre competencia. En la actualidad, en Venezuela, hemos observado, como las legislaciones de hace una década hasta nuestros días, buscan catalogar a muchas actividades, como la actividad: bancaria, eléctrica, telecomunicaciones, hidrocarburos, petróleo, deporte, etc... como servicios públicos; por lo que, observamos que esa tesis del profesor Duguit de denominar a toda actividad que realiza el Estado como un servicio público, parece tener vigencia hoy en nuestro país.

Causas de declarar una actividad como Servicio Público.

Causas Sociales

Causas Económicas

A continuación, vamos a observar una serie de situaciones sociales, económicas y políticas, que por estar estrechamente vinculadas no las vamos a separar, pero agrupamos las más relevantes para adecuarnos a cuando

exactamente se debe catalogar una actividad como de Servicio Público y así no caer en el error técnico de denominar a todo servicio público.

Bassols Coma Martin, (1988) indico que:

La primera guerra mundial provoca una serie de consecuencias políticas que van a determinar una transformación sustancial del panorama del constitucionalismo tanto en su contenido como en su espíritu. El orden económico y social, que durante el período liberal era una realidad “extra-constitucional”, pasa a convertirse en el capítulo capital o preponderante, según los casos, de las estructuras constitucionales de los nuevos Estados. De estas circunstancias históricas emerge el concepto de “Constitución económica” como realidad sustantiva e ideológica opuesta o concurrente con la idea tradicional de Constitución, que pasará ahora a denominarse por exigencias convencionales “Constitución política”. El impacto de este movimiento alcanza a las distintas áreas geográficas e incluso a las democracias clásicas que, si inicialmente escapan a sus exigencias, la Gran Depresión de 1929 les emplaza irremediabilmente a introducir cambios en los métodos de la gestión económica y a la participación social. (Pág. 26-27).

Continuó Bassols (1988) señalando que a mediados del año 1919 se emplea un nuevo orden económico-social, “que constituyen, aún en nuestros días, el principal ingrediente del constitucionalismo económico democrático: nacionalización y socialización de empresas, racionalización y planificación de la producción, reconocimiento de la función social de la propiedad y del derecho a la vivienda, constitucionalización de los sindicatos y organizaciones patronales...” (pág. 30).

La gran Depresión y la subsiguiente crisis económica afectarán

drásticamente a las democracias clásicas (EEUU, Inglaterra y Francia). En el seno de estos Estados no se operaron reformas constitucionales en sentido formal, pero el liberalismo económico se abandonará transitoriamente y el Estado se erigirá en denominador y regulador del proceso económico a través de las nuevas ideas políticas y económicas... Bassols (1988) (Pág. 34).

Así mismo se refiere este catedrático a la idea de la Planificación económica que surgió en el año 1930 y que comprendía: "... la formación de una economía mixta, integrada por un sector nacionalizado (el crédito, la industria del carbón, la electricidad y la metalurgia pesada) y un sector libre regido por la libre competencia sobre el cual el estado actuaría a través de una serie de políticas sectoriales (crediticia, comercial, fiscal y social) ..." (Pág. 34-35).

Aquí observamos como a pesar de que el Estado tuvo que intervenir en muchas esferas de la actividad económica, en razón de las fuertes crisis posteriores a la guerra, ya se ve el concepto de economía mixta.

Se aprecia de la obra de este autor que después de la Segunda Guerra Mundial como lo afirmaría el francés Burdeau: "la economía no es solo una técnica para la creación y funcionamiento de empresas rentables, sino también y sobre todo un medio destinado a aumentar el bienestar de los hombres. El beneficio, si bien subsiste, no es ya el fin de la producción, es el estimulante que debe beneficiar a la colectividad. Es la necesidad de los hombres y no el espíritu de lucro la que debe presidir la vida económica..." (pág. 36).

De este autor, vemos también como el aspecto social empezó a repercutir en la forma de ver a la economía. Para Bassols en los años treinta y cuarenta, desde el punto de vista de la posición del Estado en relación a la economía, la racionalidad económica tenía su expresión en la planificación económica y la extensión del sector público nacionalizado. (Pág. 69).

Pudimos observar de la obra de Bassols que algunas causas de la declaratoria de actividades como se servicio público fueron: la crisis económica, la configuración de un nuevo orden constitucional económico, el despliegue de una crisis económica mundial, las discusiones sobre el welfare State, las demandas a un Estado democrático que hiciera posible el progreso económico y social, el fuerte debate entre el intervencionismo por parte del Estado y las ideas del liberalismo. (Pág. 70).

Según el profesor Ariño (1997) a partir de la Primera Guerra Mundial había una sociedad “desequilibrada, rural inadecuada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones” por lo que, el Servicio Público vino a suplir y en escritura de este autor, se convirtió en una “figura de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados, pobres a los que permitió mejorar la situación de todos...” (pág. 22-23)

Por lo que pudimos observar el servicio público se aplicó como una medida de emergencia tras las fuertes crisis económicas, era el Estado el que tenía los grandes capitales para recuperar ciertos sectores devastados por la era económica. En razón a esto el profesor Araujo Juárez, (2010) indicó que el origen de todo servicio público debe ser una necesidad reconocida por los ciudadanos, que la iniciativa privada no puede satisfacer y que está vinculada a derechos fundamentales. (pág. 58)

Consecuencias de declarar una actividad como Servicio Público.

Consecuencias Sociales

Consecuencias Económicas

Ahora veremos cuáles son las consecuencias de declarar una actividad como de Servicio Público, las cuales por su gran relevancia fueron uno de los

motivos del porqué de esta investigación.

Una de las primeras consecuencias de declarar una actividad como servicio público es la reserva de la actividad, que se hace a través de la “*publicatio*”. Luego de la reserva como segunda consecuencia inmediata tenemos que, Araujo (1.999): “... la reserva de actividades económicas por parte del Estado conllevaría, básicamente, una prohibición impuesta a los particulares de realizar actividades propias del sector reservado, lo que afectaría: tanto aquellos particulares o empresas que venían realizando actividades, y hacia el futuro, pues ningún particular podría realizar actividades en dicho sector. La libertad económica, en el mismo, habría sido excluida y sería imposible realizarla”. (Pág. 29).

Sigue acotando el autor: “Esta reserva, sin duda, tendría por efecto fundamental establecer una limitación a la libertad económica de los individuos, excluyéndolos del sector económico reservado concreto y determinado”. (Pág. 29).

Se trataba, pues, de un instrumento concreto –entre otros – de que podría servirse el Estado para incidir en el derecho al ejercicio de la libertad económica. Pero la diferencia capital es que aquí no solo habría una restricción a la libertad económica de un particular sino algo más: era la exclusión de la libertad económica respecto a un determinado sector. En tal caso, el Estado intervenía a través de un mecanismo más radical sobre la libertad económica, al consagrarse la facultad para determinar el ámbito de la misma, lo cual se haría de manera negativa: excluyendo expresamente ciertos sectores o ramas del ámbito de aplicación del derecho fundamental a dedicarse a cualquier tipo de actividad económica (art. 96 de la Constitución) ... (pág. 29).

... Por su parte, la categorización de una actividad como servicio público, según el profesor BREWER-CARIAS (1981, pág. 65), daría origen a dos consecuencias fundamentales con relación a los particulares: por una parte, el derecho de los administrados a obtener tal servicio; y, por otra parte, la más importante desde el punto de vista del Derecho Administrativo: la restricción automática de la libertad económica de los administrados en el sentido de que no podrían, libremente, ejercer dicha actividad. (Pág. 29).

Por lo que Brewer calificó a la a declaratoria de los servicios públicos como exclusivos y excluyentes. Araujo (1999) “En relación con los denominados servicios públicos exclusivos y excluyentes, en primer lugar, hace referencia a los reservados al Estado en forma absoluta, de manera que no podrían los particulares, en forma alguna, prestarlos. En estos casos, señala el autor citado, sólo el Estado tendría la potestad para prestar el servicio público “no existiendo derecho alguno de los particulares a ellos, pues la libertad económica en el mismo ha sido excluida y es imposible ejercerla” (BREWER-CARIAS, 1981, pág. 68) (Pág. 30).

... La segunda categoría de los servicios públicos está configurada por aquellos que también son atribuidos en forma obligatoria, y han sido reservados al Estado pero no en forma excluyente, en el sentido de que mediante una concesión, puede permitirse que los particulares presten el servicio público en ciertas condiciones...” (Pág. 30)

El catedrático Ariño (1997) expresa en su obra ya comentada en este trabajo, las consecuencias que sufrió España por el auge del servicio público, como las que menciona: “la crisis financiera del Estado, consecuencia de un desbocado gasto social, con un galopante endeudamiento público...” lo cual también ha afectado las economías occidentales: “...elevados tipos de interés,

tensiones inflacionarias, crecimiento continuo de los interés de la deuda...” (pág. 24). Cuyos enunciados pareciera que estuviesen describiendo la situación actual que atraviesa nuestro país.

También no indica el profesor Rafael Badell Madrid en las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) que:

Tradicionalmente la Administración Pública se caracterizó por su intervención en la economía, la cual se manifestaba con la imposición de limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad económica de los particulares a través de la declaratoria de servicio público de algún sector de la economía. El Estado intervenía en estas actividades asumiendo su dirección, proyección, planificación, establecimiento y, por su puesto, su prestación en forma exclusiva y excluyente, pues en principio las mismas no parecían susceptibles de prestación en régimen de competencia, sino que eran actividades con cierta vocación de monopolio, exclusividad y con una necesidad de unidad organizativa. (pág. 116).

De igual forma el profesor José I. Hernández, (2011) señaló que:

En el Estado social, son varios los títulos que habilitan al Estado para ordenar y limitar la libertad económica, cuyo ejercicio en la práctica aparece restringido. Esta intervención que no es excepcional, sino regular, rutinaria. Tanto más en Venezuela, pues la sola impronta del Estado ha marcado una perenne intervención pública en la economía, no sólo mediante la limitación de esa libertad, sino también, mediante la creación de empresas privadas, y en pocos casos, operan en monopolio, bajo la reserva que el Estado ha acordado sobre determinado... (pág. 67)

Otra de las consecuencias es que una vez declarada la actividad la misma, en principio, debe ser:

...organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están a él sean colocados bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, Basta señalar ahora la descentralización regional, y, en fin, la concesión, sistema en el que la explotación del servicio está confiada a un particular que obra bajo la inspección de los gobernantes. Duguit (1926). (Pág. 111).

Por lo que, sobre el punto de la concesión, Araujo (2005) enumeró así estas consecuencias:

Una de las técnicas de intervención que ha sufrido mayor transformación es el servicio público tradicional, cuyas notas distintivas son: la titularidad pública de la actividad (*publicatio* o publicación); el sometimiento de la actividad a su régimen exorbitante de Derecho común; y la consecuente exclusión de la libertad de empresa, de modo que los particulares requieren un título habilitante –concesión- para poder explotar el servicio público de que se trate. (pág. 222)

... la nacionalización supone, siempre, al reducción del ámbito efectivo de la libertad económica, en tanto la empresa privada da paso a la empresa pública. En sentido estricto, la nacionalización implicaría dos operaciones jurídicas distintas: (i) la reserva al Estado de la actividad que es explotada por empresas privadas y (ii) la expropiación de las empresas privadas que llevaban

a cabo dicha actividad... Hernández J.I. (2011) (pág. 246)

En el período 1999-2009 el estado ha acudido a la política de nacionalización, pero bajo instrumentos muy distintos. Por un lado, hemos apreciado la nacionalización de empresas privadas llevada a cabo de manera voluntaria: es ese el supuesto de la nacionalización de ELECAR y CANTV... En la práctica, ello ha derivado en la reducción de alcance de la empresa privada en Venezuela: en el sector eléctrico, por ejemplo, el Estado adquirió todas las empresas privadas que explotan tal servicio. Hernández J.I. (2011) (pág. 249).

También podemos ver como consecuencia e régimen jurídico aplicable. Al respecto Duguit (1926) señaló: “Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que pueda establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en cierto momento. Este sistema, por otra parte, no es más que el producto de esas necesidades, y si no lo es o no garantiza su satisfacción, será la obra artificial de un legislador o de un jurista, pero sin valor ni fuerza alguna...” (Pág.77). por lo que el régimen jurídico del servicio público son las reglas exorbitantes del Derecho Público.

Ante toda esta gama de posibilidades que tiene el Estado para afectar la esfera jurídica de la libertad económica, como señaló el profesor Araujo Juárez (1999) debe prevalecer el necesario equilibrio entre el régimen de los servicios públicos y los derechos y garantías fundamentales (pág. 24). Por lo que nos encontramos con ciertos aspectos, que en cumplimiento al Estado social de Derecho en el que se rige nuestra Nación, se deben respetar las siguientes consideraciones:

Ariño (1997) “Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolver al

ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad; la libertad de elegir...” (pág. 23).

Es importante acotar que en materia de regulaciones como lo indica el profesor Martínez J.L. López-Muñiz siempre cobrará suma importancia el principio de proporcionalidad el cual implica que: “no se deben establecer a la libertad más límites que los estrictamente imprescindibles para garantizar el bien común que esté en juego...” (pág. 210).

Maurice Hauriou en el año de 1927 señaló: “... sólo el poder detiene al poder, bien sea porque los poderes separados se estorban recíprocamente...” Santamaría y Muñoz (1976) (pág. 123).

Así, la profesora Ninosca Rodríguez Laverde concluyó:

...Que es materia de reserva legal la declaratoria de una actividad como servicio público: esta declaratoria (*publicatio*) sería así la causa que legitima a la Administración para desplegar potestades administrativas en el marco de una “relación de especial sujeción”. Lo que conocemos como potestades exorbitantes de la Administración. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 252). Y que la reserva debe ser siempre expresa, nunca tácita o implícita. (pág. 238)

De acuerdo con el artículo 112 de la Constitución de 1999, la libertad económica es el derecho fundamental que permite a todos los particulares acceder a la actividad económica de su preferencia, explotar esta actividad de acuerdo a su autonomía privada y cesar en el ejercicio de la actividad emprendida. Hernández J.I. (2011) (pág. 51)

Continúa este autor explicando que: “La transformación del Estado Liberal

al Estado social modificó entonces la relación entre el Estado y la libertad económica, pero no modificó la protección jurídica reforzada que esa libertad tiene, como derecho fundamental.” Hernández J.I. (2011) (pág. 52)

Este autor afirma la premisa que: “...los derechos fundamentales se protegen como instituciones del sistema constitucional protegido. La doble vertiente de la libertad económica y la propiedad privada, por ello, se ha afirmado para recalcar que además de derechos subjetivos, son figuras claves del sistema económico constitucionalizado, en el cual debe asegurar, por ende, su desenvolvimiento. (Muñoz Machado/ Baño León)”. Hernández J.I. (2011) (pág. 53)

No es cuestión de cuestionar, por ello, si el Estado puede o no intervenir en la economía, ni cuestionar la posibilidad de arbitrar limitaciones a la libertad económica... Lo que sí cabe, dentro de la Constitución de 1999, es que al llevar a cabo esta limitación, el Estado respete las garantías jurídicas de la libertad económica... Hernández J.I. (2011) (pág. 68)

De lo que denominamos el núcleo duro del derecho. “El ejercicio de la libertad económica puede ser limitado por el Estado, como hemos dicho. Esta limitación debe tener base legal, o sea, debe estar establecida en la ley. Pero además, esa limitación, que puede afectar distintos atributos de la libertad económica, no puede incidir en su contenido esencial, pues si lo hiciera, estaría desnaturalizado a la libertad económica.” Hernández J.I. (2011) (pág. 71-72).

... si limitación sobre la libertad económica implica una dirección pública sobre la empresa, de forma tal que sugestión ya no responde a la voluntad del empresario, sino a la voluntad del Estado, entonces, se habrá vulnerado el contenido esencial. Es por lo anterior que un modelo de planificación vinculante para el sector privado sería

contrario al contenido esencial de la libertad económica, pues tal planificación enerva, por completo, la autonomía privada que ha de informar su ejercicio. Hernández J.I. (2011) (pág. 73)

Del test de J. María Casal “... toda restricción a la libertad económica debe ser sometida a un test, de cara a valorar su constitucional. Ese test determina (i) si a restricción tiene cobertura legal suficiente; (ii) si la restricción preserva la autonomía privada empresarial y (iii) si la restricción no va más allá de lo estrictamente necesario a fin de atender al fin del interés general perseguido.” Hernández J.I. (2011) (pág. 74)

De la revisión al trabajo realizado desde el punto de vista económico, del profesor Daza (2011) en el “Libro la Libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)” pudimos observar que de manera directa o indirecta, la libertad económica produce: “mejor funcionamiento del sistema de precios, mejor clima de inversión, mejor asignación de recursos, mayor acumulación de capital físico y humano,” lo que se traduce en mayor crecimiento económico. (pág. 529)

En cambio, en contra posición al punto precedente, tenemos que la declaratoria acarrea: “... insuficiente inversión, baja eficiencia y oferta limitada de servicios, restringiendo las capacidades del país para crecer y para aprovechar sus ventajas comparativas en el mercado internacional. Al mismo tiempo, la escasez de servicios básicos aguda.” Araujo (2005) (pág. 227)

Legislación venezolana con sistema mixto. (Casos: Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y Ley Orgánica del Servicio Eléctrico año 2001)

Luego de repasar el impacto que produce el declarar una actividad como servicio público, desarrollaremos a continuación dos legislaciones que rigieron los comienzos del siglo XXI en nuestro país, y en las cuales se estableció la libertad de empresa, la libertad económica y el Estado operó bajo la supervisión mediante habitaciones administrativas, estudiemos los casos.

La legislación modelo: Ariño (1997) "... un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de "servicio universal", pero con la libertad de precios y modalidades de prestación con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente... Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate." Pág. 25.

En el texto precedente, observamos el marco jurídico ideal que necesitamos alcanzar el crecimiento y desarrollo económico. El cual, si pudo ser posible, y se realizó aquí en Venezuela a través de las legislaciones que ya vamos a desglosar. Con este trabajo, queremos darle una solución a la llamada crisis del Servicio Público, no nos inclinamos con la tesis de que la institución haya fallecido -como han afirmado algunos catedráticos- indudablemente nos apoyamos en la idea de que se realizó un abuso o una mala aplicación de la misma, como lo señala la corriente de León Duguit a todo se le denominó "servicio público" o, a que todas las actividades que realizaba el Estado se traducían en servicios públicos.

Como ya hemos visto, a lo largo de este trabajo categorizar una actividad como servicio público tiene una serie de consecuencias de mayor impacto. Por lo que, compartimos el criterio del profesor Gaspar Ariño Ortiz, el cual expreso en su obra que la solución a servicio público era la desintegración vertical del sector que consistía en “...la separación de la distinción entre las actividades potencialmente competitivas y no competitivas” también el autor nos coloca varios ejemplos como en el caso del petróleo, que era perfectamente separable el negocio de la refinería, del sistema de almacenamiento y transporte. (Pág. 26-27).

De igual forma –el mismo autor- nos trae otros ejemplos que son de interés para este punto del trabajo, como lo son la desintegración vertical del sector de las telecomunicaciones y del sector eléctrico. (pág. 26). En el sector eléctrico las redes de alta y media tensión y las instalaciones del despacho central por motivo de interés general debían ser gestionados de manera exclusiva y excluyente por el Estado. Y en el sector de telecomunicaciones las redes de cable y la red telefónica. (pág. 30). El trabajo de este autor es muy importante para este objetivo del trabajo porque nos aporta que no se debe calificar como servicio público a una actividad o a un sector, sino “solo algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquel... lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuales son las obligaciones o cargas del servicio público, esto es, de servicio universal obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector en concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúen en él ” (Pág. 32).

Este catedrático hace referencia a la técnica de distinguir “entre los servicios u obligaciones básicas, normalmente prestados con carácter universal a todos los ciudadanos, o cobertura de servicios mínimos, que asegure las necesidades de lugares o grupos aislados (que constituyen las típicas cargas u obligaciones de servicio público) y el resto de las prestaciones o actividades complementarias, en las que la concurrencia es posible, ...” en cuya obra, destaca

el trabajo del profesor Martínez López-Muñiz. El cual coloca como ejemplo el reglamento del transporte marítimo del año 1992 en España: “... los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas, como condición para la prestación de servicios de cabotaje.” (Pág. 37)

En Venezuela, a inicios del siglo XXI el legislador venezolano, estableció mediante Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo que para este trabajo de investigación deberían ser las directrices a seguir en materia de actividades prestacionales, para no declarar a todas las actividades como de servicio público. Estas legislaciones novísimas para la época que estaban en vigor se basaron en “... la necesidad de incentivar la iniciativa económica privada y la libre competencia, sin descuidar la tutela del interés general... la promoción de la iniciativa privada en esos sectores contó, sin embargo, con innumerables obstáculos: en primer lugar, se trata de actividades tradicionalmente consideradas como servicios públicos, ello, en el sentido que esas actividades satisfacen necesidades de interés general. Además, en segundo lugar, son actividades cuyo desarrollo supone el uso de una red, lo que tiende a configurar un monopolio natural...” Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 244).

... La Ley del Sector Eléctrico ... en su artículo 4, asumió una declaratoria genérica de servicio público: se declaran como servicio público –disponía esa norma- las actividades que constituyen el servicio eléctrico. No obstante, la propia Ley reconocía la vigencia, en el sector eléctrico, de la libertad económica y la libre competencia.” Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 244).

... la Ley Orgánica de Telecomunicaciones abandonó el

concepto de servicio público para hacer mención a otro: las actividades de interés general, ... En el caso de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, incluso, se reconoció el derecho de todos los particulares a explotar, libremente, servicios de telecomunicaciones, lo que suponía un giro copernicano respecto de la regulación anterior, de 1940, basada en la reserva en bloque de todo el sector al Estado. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 245).

Por lo que el modelo ideal sería el:

Abandono de la técnica de la reserva y su sustitución por las potestades de ordenación y limitación. Tal es el signo distintivo de las reformas llevadas a cabo en los sectores del gas y de las telecomunicaciones. Además, la ordenación y limitación implementadas se anclaron en el respeto a la libertad económica, bajo el postulado según el cual esas limitaciones no debían ir más allá de lo necesario para atender el fin de interés general perseguido... Consecuencia directa e inmediata de la cláusula de Estado social: la reestructuración de estos sectores no puede permitir al Estado desatender aquellas obligaciones cuya garantía asume como imperativo de orden constitucional. Se fomenta la libertad económica y la libre competencia, sí, pero teniendo en cuenta que existen necesidades cuya satisfacción no puede ser alcanzada en condiciones normales de mercado. El Estado no opta por la reserva de esas actividades, sino por la imposición de cargas a los operadores que actúan en libre competencia... Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 247).

Por lo que, volvemos a indicar la tesis del profesor Ariño Ortiz el cual señaló que a partir de un análisis intersectorial estableció tres grandes principios comunes a esta “nueva” modalidad: “...(i) la desintegración vertical del sector y la separación de actividades; (ii) la existencia de un régimen jurídico propio para las actividades competitivas basado en la libertad de entrada, el libre acceso al mercado, la libertad de contratación y de precios, así como la libertad de inversión; y (iii) la existencia de un régimen jurídico propio de las actividades no competitivas, fundamentado en la instalación y gestión de infraestructuras y las obligaciones o cargas de servicios...” Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 248).

Lo que se busca es que las actividades

... pueden ser realizadas libremente por los particulares bajo la supervisión, control y dirección del Estado, sin que tal intervención limitada en el derecho a realizar la actividad implique que esta sigue siendo un servicio público. En efecto, en tal situación, el Estado simplemente ejercerá las potestades de “policía administrativa” que la ley le otorgue y, en todo caso, según la intensidad con que dicho control actúe en virtud de los intereses generales que se encuentren en juego, podrán ser calificadas las mismas como una “actividad de interés general”. Más en la medida que tales actividades no sean categorizadas por la ley como servicio público, ello implicará que las mismas se encuentran dentro del ámbito del derecho constitucional a la libertad económica de los particulares para ejercerlas, dentro de los límites que la ley disponga. Ponencia del profesor Miguel Mónaco en las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 98).

Como hemos referido, la LOTEL en su artículo 5 se abstuvo de calificar a la prestación de servicios de telecomunicaciones como

servicio público y, en su lugar, las calificó como “actividades de interés general”. De allí que, pueda afirmarse que el legislador no solo ha tenido claro que mediante una publicación se hubiese excluido a los particulares del derecho a realizar tales actividades, pudiendo únicamente éstos gestionarlas mediante una concesión, sino también que el legislador optó por el sistema a favor de las libertades según el cual, todo aquel que acredite las condiciones técnicas, económicas y de solvencia moral suficiente, será habilitado para participar en dicha actividad. Sólo aquellos sectores (artículo 8 de la LOTEL) donde se encuentren en juego la seguridad y defensa del Estado fueron excluidos de dicho esquema, acudiendo en ese caso a la técnica de la reserva. Miguel Mónaco, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 111).

Como punto importante queremos dejar en claro que: “No se requiere de la declaratoria de una actividad como servicio público a los fines de otorgarle legalmente a la Administración potestades de control, dirección y supervisión.” Miguel Mónaco, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (2002) (pág. 107).

De la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:

Sobre este primer caso, es interesante observar que la ley que regía la materia (Ley de Telecomunicaciones del 01/08/1940) contemplaba en su artículo 1 que: “...el establecimiento y explotación de todo el sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos, u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado...” lo que evidencia una reserva sin lugar a dudas, en el

sector de las telecomunicaciones a favor del Estado, sin embargo, el mismo artículo señala que el Ejecutivo puede otorgar permisos y concesiones a los particulares para la explotación del servicio.

Fue con fundamento en la referida base constitucional de 1936, que el legislador del año 1940 se reservó la actividad de telecomunicaciones, por tanto, la titularidad jurídica de la misma por parte del Estado era integral, pues comprendía todas las fases de la industria de telecomunicaciones... Araujo (2005) (pág. 223)

Ahora nos adentramos a la Ley que queremos tomar como ejemplo del sistema mixto. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en gaceta el 12 de junio del año 2000, estableció en su artículo 5: “El establecimiento o explotación de redes de telecomunicación, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa...” aquí vemos como el legislador cambió de criterio al no establecer como en la norma del año 1940 que la actividad era exclusiva del Estado; más bien lo califica de interés general por ser una actividad de gran relevancia que debe contar con la vigilancia del Estado, pero no de forma exclusiva a través de una reserva. Entonces hubo una apertura a la libertad económica e iniciativa privada para explotar el servicio de telecomunicaciones a través de habilitaciones administrativas, se avanzó en cuanto a derecho y libertades de la ley de 1940 a la del año 2000. De cuya ley se observa “La protección de los derechos e intereses sociales y económicos de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones en adecuadas condiciones de calidad...” Araujo (2005) (pág. 5)

De la LOTEL del año 2000 se indica que, “... consagra igualmente el derecho a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para hacer efectivo el derecho humano a la comunicación” Araujo

(2005) (pág. 220)

El término “actividad de interés general”, como hemos señalado en otro lugar, sustituye en la actualidad al concepto técnico-jurídico de servicio público y alude a dos ideas: (i) que la actividad se desarrolla a través del ejercicio de la libertad de empresa; y (ii) que en virtud de su vinculación con el interés general, puede el Estado intervenir en su ejercicio... Araujo (2005) (pág. 225).

El nuevo modelo de regulación de las telecomunicaciones constituye, en realidad, la piedra angular de la reforma, puesto que también introduce la libertad de competencia en el mercado de telecomunicaciones. En efecto, detrás de la promulgación de la LOTEL y sus Reglamentos sobre los distintos servicios, se inscribe una nueva realidad de las telecomunicaciones en Venezuela: el abandono de un sistema de monopolio público, en beneficio de la liberación económica.” Araujo (2005) (pág. 228)

No así podemos decir de la reforma a la Ley de Telecomunicaciones que se realizó en el año 2011, en la cual, el artículo 5 califica la actividad como servicio e interés público. Esto obedece a lo que ya hemos señalado en este trabajo, una clara evidencia de un Estado cada vez más controlador.

De la Ley Orgánica del Servicio Público:

Según Víctor R. Hernández- Mendible (2011) en la actividad del servicio eléctrico para el año 2000 podía participar la empresa privada de la manera siguiente:

La actividad de generación, también en principio la autogeneración y la cogeneración pueden ser realizadas por los operadores privados, en régimen de libre competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica... la actividad de transmisión puede ser realizada por los operadores privados, previa obtención de la respectiva concesión administrativa por el Ministerio de Energía y Petróleo... La actividad de gestión del sistema eléctrico nacional debe realizarla una empresa propiedad de la República... La actividad de distribución puede ser realizada por operadores privados, previa obtención de la concesión administrativa... La actividad de comercialización especializada puede ser realizada por operadores privados, bajo el régimen de libre competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica... (pág. 343-344)

En la Ley Habilitante de febrero del año 2007:

... se produce una derogación expresa y cuando menos parcial del régimen jurídico contemplado en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico en materia de participación privada en la gestión, de promoción de la libre competencia y se genera un cambio en el régimen de las habilitaciones administrativas (concesiones y autorizaciones), así como en el régimen institucional del sector. Hernández, V. M. (2011) pág. 350.

De la lectura al material del profesor Víctor –Mendible (2011) es importante señalar que tan solo un año después de que el Gobierno Nacional tomara el control del 100% de las empresas que prestaban algún servicio del sector eléctrico, se empezaron a suscitar en el país una serie de apagones eléctricos nacionales, fallas en el servicio...; todo ello por la ausencia de la inversión, la innovación, el desarrollo económico, entre otros; cuyas

consecuencias seguimos padeciendo hasta la presente, en razón de que no ha habido una apertura a la libertad económica.

Como conclusión, creemos que:

...no debe dársele un entierro al concepto clásico del Servicio Público, puesto que no se trata de alterar su concepción, se trata de determinar su correcto alcance, reduciéndolo en aquellos casos donde los particulares –en condiciones de libre competencia y bajo la supervisión del Estado- puedan realizar eficientemente determinadas prestaciones... Por lo que no compartimos esta transformación del concepto orgánico del servicio público. Existen otras categorías a través de las cuales puede actuar perfectamente la Administración a los fines de tutelar determinados derechos e interés de carácter general o colectivo, como es el caso de la actividad de policía administrativa. Así, los particulares podrán en el campo de la libertad económica desarrollar tales actividades, reservándose el papel del Estado para su control y regulación. Miguel Mónaco, (2002) (pág. 98).

Capítulo V

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Como conclusión del presente trabajo de investigación tenemos que:

Establecer la naturaleza jurídica del Servicio Público, no ha sido una tarea sencilla puesto que esta institución ha sufrido muchas transformaciones en los últimos años por parte de los catedráticos y juristas del Derecho Administrativo.

Que el concepto clásico de servicio público nació a mediados del siglo XX.

Que en la actualidad en Europa ha habido una corriente por vaciar esa figura de Servicio Público clásico.

Que en Venezuela, al igual que en Europa la aplicación del Servicio Público clásico se aplicó a mediados del siglo XX, pero en la actualidad se ha hecho un uso excesivo de la figura jurídica, al querer establecer muchas actividades como de servicio público, lo que nos recuerda a la teoría de la Transformación del Derecho Público de Duguit.

Las causas que dieron origen a la institución del Servicio Público fueron por las fuertes crisis económicas y sociales que sufrían varios países de Europa después de la I Guerra Mundial, que impulsó a que el Estado interviniera en muchas actividades económicas que por su gran envergadura no podía ser prestada por los particulares, a fin de buscar reactivar el aparato productivo.

Las consecuencias de la declaratoria de una actividad como de Servicio Público, implica una reserva al Estado de esa actividad, por lo que el derecho a la libertad

económica, la libre competencia entre otras; se ve fuertemente afectado, en razón de que dicha declaratoria excluye a los operadores privados y solo a través de la concesión podrían ingresar a la actividad por un tiempo limitado.

Solo en un sistema mixto como el que contempla nuestra Constitución de 1999 podemos obtener un mayor crecimiento económico que se traducirá en prosperidad para nuestro país, como se pudo observar en los casos: de Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y Ley Orgánica del Sistema Eléctrico año 2001.

Recomendaciones

Estudiar a profundidad la naturaleza jurídica del Servicio Público, nos hace comprender que dicha institución opera cuando los particulares –a razón de la envergadura de la actividad- no puede suplir. El Estado podría a través de esta institución declarar alguna actividad como Servicio Público, de lo que creemos, debería ser la excepción, no la regla, como hemos visto el Estado tiene muchas otras técnicas para intervenir en la economía de un país y así supervisar, controlar e incluso delimitar.

Respetar la naturaleza jurídica de todas las instituciones de nuestro Derecho Administrativo, en razón de que muchas fueron las razones políticas, sociales y económicas que le dieron nacimiento y recordar que todo es cíclico, en razón de no repetir los errores del pasado.

A nuestros legisladores, jueces, administrativista, observar con atención la desverticalización del sector o actividad de la economía, para declarar como servicio público solo una parte de esa actividad que realmente lo requiera, ya que una vez más queremos recordar que el empleo desmedido y sin ninguna razón real, de declarar una actividad con el solo propósito de controlar, ha sido un error que se traduce en retroceso y en una fuerte crisis económica como la que atraviesa hoy día el sector eléctrico.

Tomar como ejemplo las legislaciones en Venezuela que contemplaron un sistema mixto como el establecido en nuestra Constitución de 1999, para así obtener un mayor crecimiento económico y prosperidad para nuestro país, como se pudo observar en los casos: de Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y Ley Orgánica del Sistema Eléctrico año 2001.

Referencias Bibliográficas

Araujo, Juárez J. (1999). *Servicio público. balance & perspectivas*. Editores Vadell hermanos. Valencia - Caracas Venezuela.

_____ (2003). *Manual de derecho de los servicios públicos*. Editores Vadell hermanos. Caracas - Venezuela -Valencia.

_____ (2005). *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*. Ediciones Paredes.

_____ (2008). *Derecho administrativo parte general*. Caracas: Ediciones Paredes.

_____ (2010). *Derecho administrativo general: servicio público*. Primera edición. Ediciones Paredes.

Ariño, G. Ortiz; De la Cuétara J.M. y Martínez J.L. López-Muñiz. (1997). *El nuevo servicio público*. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid.

Badell, R.M. (2000). *La Constitución económica*. Caracas-Venezuela. Artículo publicado en la Revista BCV. XIV. 1. <https://www.badellgrau.com/?pag=13&ct=1141>.

_____ (2002). *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*. Caracas-Venezuela.

Bassols Coma Martin, (1988). *Constitución y sistema económico*. Segunda Edición. Editorial Tecnos.

- Brewer, A. (1984). *Derecho Administrativo. (Tomo I)*. Caracas: Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela.
- Cabanellas, G. (1953). *Diccionario de derecho usual*. (Tomo II). Buenos Aires: Viracocha.
- Casal, J.M.; Suárez J.L. Daza, A.; Hernández, J. I.; Hernández- Mendible, V.; Herrera L.A. (2011). *La Libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*. Primera edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 36.860. De fecha 30 de diciembre de 1999.
- Das Fontes, N. (2007). *El Derecho a la libertad económica previsto en la constitución de la república bolivariana de Venezuela y las regulaciones económicas impuestas por el estado venezolano a los particulares*. Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- Demicheli, A. (1924). *Los entes autónomos. régimen jurídico de los servicios públicos descentralizados*. Uruguay-Montevideo.
- García, E. y Fernández, T. (1997). *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Civitas.
- García, M. (1997). *Radio y televisión de servicio público realidades perspectivas para Venezuela*. Trabajo de Grado para optar al título de Licenciado en Comunicación Social. Universidad Católica Andrés Bello.
- Garrido, F. (1994). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Guerrero, G.A. (2005). *Régimen de gestión, control y protección constitucional de los servicios públicos*. Colección Nuevos Autores, N 10, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela.

- Guevara, R. (2007). *La noción de servicio público en el anteproyecto de ley orgánica de los servicios públicos*. Trabajo de Grado para optar al título de Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- Hernández, E. y Revilla, A. (2000). *Índice de libertad económica como variable explicativa del crecimiento económico*. Trabajo de Grado para optar al título de Economista. Universidad Católica Andrés Bello.
- Hernández, J. (1943). *Tratado de derecho elemental*. (2da Edición). Caracas: Las Novedades.
- Hernández, J. (2006). *Derecho administrativo y regulación económica*. Caracas: Jurídica Venezuela.
- Jezé, G. (2007). *Técnica Jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. Colección grande maestros del derecho administrativo. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México. (Volumen 2)
- Jezé, G. (2007). *Servicios públicos y contratos administrativos*. Colección grandes maestros del derecho administrativo. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México. (Volumen 3)
- Lares, E. (1996). *Manual de derecho administrativo*. (10ma Edición) Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela.
- Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.568 Extraordinario. De fecha 31 de diciembre de 2001.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 36.970. De fecha 12 de junio de 2000.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2011). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.610. De fecha 12 de junio de 2011.

Muñoz, S. M. (1998). *Servicio público y mercado II Las telecomunicaciones*. Primera Edición, Tomo II. Editorial CIVITAS. Madrid.

Parra, G. (2007). *Manual de derecho administrativo general*. (2da Edición). Caracas: Vadell hermanos.

Peña, S. (2002). *Manual de derecho administrativo*. (Volumen primero) Caracas: Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia.

_____ (2009). *Manual de derecho administrativo*. (Volumen tercero) Caracas: Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia.

Pérez, A. (1997). *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma.

Posada A. y Jaen, R. (1926). *Las transformaciones del derecho público*, de León Duguit (profesor de Derecho en la Universidad de Burdeos), traducido por Adolfo Posada (profesor de derecho de la universidad de Madrid) y Ramón Jaen (segunda edición) Editorial Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.

Rivero, J. (1984). *Derecho administrativo*. (9na Edición). Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Santamaría, J. (2002). *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

_____, y Muñoz Santiago (1976). *Maurice hauriou obra escogida* traducción, Instituto de Estudios Administrativos Madrid.

Sentencia Nro. 2436, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2436-290803-01-0562.htm>

Sentencia Nro. 1651 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1651-170702-00-0719.htm>

Sentencia 444 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/444-280308-07-1736.htm>

Sentencia Nro. 4.993. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/4993-151205-05-1568%20.htm>

Silva, J.A. (1980). *Servicio público y concesión de servicios*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo.

Valentín, J. G.; Nebreda J.; Saturno S.; Araujo J. Juárez; Mónaco M.; Badell R.M.; Aguerrevere D; (...) Armando Giraud A.T. (2002). VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”. *El nuevo servicio público actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)* Caracas-Venezuela. Ediciones FUNEDA.