

APROXIMACIÓN A UNA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE CARA A LA DEMANDA POR RECLAMOS EN SU PRESTACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El siguiente estudio pretende una aproximación al concepto o noción de servicio público, enfocándose en el contexto de la aún reciente figura procesal de la demanda por el reclamo en la prestación de los servicios públicos establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Preliminarmente se resalta la conocida dificultad en la definición de esta actividad, exponiendo seguidamente algunas consideraciones sobre los cambios de paradigma recientes que ha sufrido la misma, incluidos aquellos dentro del contexto de este procedimiento particular, para luego proponer un concepto que se ajuste lo más posible a éste, con miras a que la figura no resulte, ineficaz, inoperante y desprovista de un contenido concreto.*

Palabras clave: *Servicio público – Contencioso administrativo – Prestación – Estado social – Tutela judicial efectiva.*

SUMARIO. **Consideraciones previas.** **I.** Servicio público, libertad económica y Estado Social. **II.** Contenidos de la reclamación del servicio público en el contencioso administrativo venezolano. **1.** El sujeto pasivo y la actividad prestacional. **2.** Las omisiones y fallas del servicio público. **A.** Creación del servicio público. **B.** Funcionamiento del servicio público. **Conclusiones.**

CONSIDERACIONES PREVIAS

El servicio público ha sido desde sus inicios una de las figuras de la actividad administrativa más difíciles de definir y conceptualizar, varias son las razones de esta dificultad, entre ellas se encuentran los constantes cambios de criterio en los distintos ordenamientos jurídicos, de lo que se ha considerado forma parte o no de los fines del poder político, así como también los constantes cambios de paradigma y contextos ideológicos que han intentado modelar el contenido de este concepto a los fines de expandir o limitar la intervención estatal en los sistemas económicos de las naciones.

Muy a pesar del tiempo que ha pasado desde su primera conceptualización, y del advenimiento del movimiento de liberalización de la economía, la figura sigue siendo de la mayor importancia, siendo que aún

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Hoet Peláez Castillo & Duque Abogados.

persisten actividades o prestaciones realizadas por entes y órganos de la Administración Pública que no pueden ser enmarcadas dentro de las actividades clásicas de policía, y tampoco ser equiparadas a las más modernas de gestión económica, puesto que no se desarrollan en un contexto de libre competencia. A pesar de esto, sucede también que por ser una actividad que comporta una actuación positiva de la Administración, no pocas veces se confunde con todas las demás, incluidas algunas actividades clásicas y otras que bien podrían ser llevadas a cabo exclusivamente por particulares. He ahí donde ha radicado la dificultad de su definición y el por qué muchas veces se ha llegado a señalar inclusive que, actividades como las de registros públicos, notarias y servicios de identificación, son de “servicio público”, o yendo más lejos aún, actividades económicas que son prestadas libremente por particulares han llegado a ser ubicadas en esa tenue frontera que existe con el servicio público².

No obstante la dificultad para llegar a un acuerdo sobre la definición de servicio público, se hace de vital importancia acercarnos a una noción para los casos de la acción o demanda vinculada con los reclamos de su prestación, establecida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³ (LOJCA) de conformidad con el mandato impuesto al legislador en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴, a los fines de contribuir en el entendimiento de este reciente instrumento procesal, y brindar al mismo tiempo algunas luces, tanto para los juzgadores como para los legitimados activamente para ejercerla ante los tribunales competentes. En este sentido, con miras a lograr una aproximación al concepto de servicio público, se deberán tomar en cuenta dos aspectos principalmente, en primer lugar, el relativo al surgimiento, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho nacional, de lo que se conoce como el “nuevo servicio público” o

² Tal es el caso, entre otros, de las actividades bancarias, las cuales llegaron a ser catalogadas como de “servicio público” en Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, decisión que ha sido analizada críticamente por el Profesor Gustavo Grau Fortoul: “Sobre la Categorización Jurídica de la Actividad Bancaria como Servicio Público”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II, Ediciones FUNEDA. Caracas, 2002.

³ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 en fecha 22 de junio de 2010.

⁴ Artículo 259 de la CRBV: “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” (resaltado nuestro).

actividades de interés general fuertemente reguladas⁵, como consecuencia de los procesos de liberalización acaecidos en las últimas décadas del siglo pasado; y en segundo lugar el alcance del instrumento procesal para el reclamo de las actividades prestacionales de servicio público, establecido en la LOJCA, analizándose dentro del contexto de nuestros sistemas contencioso administrativo y socio económico establecidos en la Constitución y la ley.

I. SERVICIO PÚBLICO, LIBERTAD ECONÓMICA Y ESTADO SOCIAL

Desde los albores del servicio público, se comenzó a hablar de la necesidad de dotar al Estado de mayores funciones y facultades para intervenir en la vida económica de las naciones, esto como reacción al supuesto fracaso del Estado Liberal de Derecho en la consecución de los fines de igualdad y libertad para todos los individuos de la sociedad. Para los precursores de este movimiento, el Estado de Derecho, tal y como estaba configurado, podía ser la vía para alcanzar la igualdad “formal”, pero nunca llegó a ser tal debido a que ésta no se materializaba en la realidad⁶.

En ese sentido, se hacía necesaria entonces la intervención del Poder Público, a través de actividades prestacionales e inclusive de gestión económica, no categorizada así en sus inicios, para con los sectores de la población más desposeídos y la colectividad en general, a los fines de lograr esas ansiadas igualdad y libertad verdaderas, así como también y

⁵ Se entiende como actividades de “Interés General”, a aquellas que no se encuentran reservadas al Estado y los particulares pueden realizarlas en un contexto de libre competencia. No obstante, se encuentran bajo un régimen de fuerte regulación legal, que incluye la mayoría de las veces la necesidad de obtener autorizaciones para realizarlas, y ser objeto de concretas potestades de ordenación, inspección, dirección y sanción. Al respecto véase: Marcos Vaquer Caballería: “El Servicio Público y las Actividades de Interés General”; Rafael Badell Madrid: “La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”; y Dolores Aguerrevere: “Reflexiones sobre el Proceso de Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”, todas en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2002.

⁶ Sobre el tema de la igualdad afirma Luis Alberto Petit Guerra que: “Este Estado social, intenta responder (en democracia y vigilando la libre empresa) los desequilibrios históricos, pues huelga (recordar que en el Estado “liberal” de Derecho se predicaba una igualdad formal, pero la verdad fue, que no existía tal igualdad desde que en sus inicios unos pocos eran los que tenían los medios de producción, las propiedades, el acceso a la educación, el derecho al voto, etc.)”. Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello N° 32*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 49.

ulteriormente el bienestar general. Tanto es así, que algunos de los principales promotores de esta visión, como lo fueron León Duguit y Gastón Jèze, llegaron a considerar que el servicio público constituía realmente la principal actividad de la Administración Pública⁷.

Esta visión acerca del servicio público como herramienta fundamental para lograr los fines del Estado siguió expandiéndose en todos los países del llamado Derecho continental, de entre los cuales también comenzó a establecerse la noción de “Estado Social”, noción ésta que logró transformarse en cláusula o principio establecido en gran variedad de Constituciones tanto europeas como americanas. Al igual que sucedió con el servicio público en sus inicios, la razón de ser de la noción del Estado Social⁸, era proponer que el Estado no solo se podía constituir en un Estado de Derecho puro y simple, garantista de derechos fundamentales, sino que debía además proveer de igualdad material a sus ciudadanos mediante actuaciones prestacionales, las cuales se traducirían en verdaderos derechos subjetivos en cabeza de los ciudadanos, los llamados “derechos sociales”⁹.

Fue así como ambas nociones se complementaron para formar un solo contexto político-jurídico, muchos de los llamados derechos sociales se convirtieron en una obligación del Estado frente a los particulares, y su efectivo cumplimiento se intentaba garantizar a través de las distintas actividades prestacionales, definidas como de servicio público. Un hecho que también ayudó a expandir estas actividades de servicio público, fue el advenimiento de los llamados servicios públicos domiciliarios y las telecomunicaciones. En un principio estas actividades económicas, de vital

⁷ Citados por el Maestro Eloy Lares Martínez, decía Duguit que “el Estado no es otra cosa que una cooperación de servicios públicos” y a su vez Jèze proclamó que “El servicio público es hoy en día la piedra angular del derecho administrativo francés. Esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del derecho público”. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, p. 212.

⁸ Para un profundo estudio de la noción del Estado Social, véase la obra previamente citada en este estudio, de Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*.

⁹ Son varios los autores que prefieren identificar a estos derechos sociales subjetivos como derechos sociales de prestación o más concretamente como “derechos prestacionales”, a los fines de acentuar su carácter subjetivo, entre ellos Encarnación Carmona quien los define como “los derechos de cualquier ciudadano a una directa e indirecta prestación positiva de los poderes públicos en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”. Encarnación Carmona: “La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial”. *Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2006, p. 493, citado por Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social. Los Contenidos...* Ob. cit., p. 131.

importancia en el crecimiento y desarrollo de los centros urbanos desde mediados del siglo XX, no eran susceptibles de ser realizadas por particulares, debido a sus altísimos costos para la inversión y la tecnología existente para el momento, así como también por el hecho de que la mayoría de ellas constituían monopolios naturales en los cuales no podían darse las condiciones propias de un libre mercado competitivo. Un claro ejemplo de estos llamados monopolios naturales fue el de las telecomunicaciones, sobre esta actividad en particular afirma LUIS ERNESTO ANDUEZA G. que:

La razón por la que en el pasado se consideraba necesario el uso de un monopolio público o privado en materia de telecomunicaciones era, fundamentalmente, que las tecnologías existentes y sus costos, solo permitían la presencia de un solo operador en un mercado geográfico determinado. (...) Al haber, entonces un solo operador por razones de la estructura del servicio y del mercado los gobiernos de los distintos países prefirieron o prestar directamente ese servicio como fue el caso de Venezuela hasta 1991 o regular el sector con tarifas y otras medidas¹⁰.

De manera tal que el servicio público llegó a ser quizás la actividad de mayor carga o importancia para las administraciones públicas y, además, en base fundamental para establecer límites, constitucionales y/o legales a la libertad económica de los particulares, en aquellas actividades económicas que se considerasen de “utilidad pública” o de “interés social”¹¹. No parecían existir parámetros o límites para calificar a una actividad económica como servicio público o no, lo cual amplió enormemente su difuso contenido y con ello la dificultad para definirlo conceptualmente.

Posteriormente, a comienzos de la última década del siglo XX, se inicia un movimiento liberalizador de la economía que tuvo sus consecuencias en el ámbito político-jurídico. Varias son las razones expuestas para explicar este fenómeno, entre ellas, los avances tecnológicos que hicieron posible un ambiente más propenso a la libre competitividad, en actividades que otrora solo podían ser llevadas a cabo por el Estado, así como también el hecho que

¹⁰ Luis Ernesto Andueza G.: “La libre competencia en el sector de las telecomunicaciones”. *Nuevo Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela I y II Congreso de Derecho de las telecomunicaciones e Internet*. Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Venezolana de Derecho de las Telecomunicaciones. Caracas, 2001, p. 227.

¹¹ Sobre las limitaciones a la libertad económica llegó a afirmar el Profesor Brewer-Carías que “Todo ese basamento (no intervención del Estado), sin embargo, ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, pues la noción y concepción de la libertad económica también se han transformado totalmente...(omissis)...y recientemente en la Constitución de 1961, se consagra la posibilidad de limitaciones a la libertad económica basadas en el concepto de interés social”. Allan Brewer-Carías: *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984, p. 344, citado por Luis Alfonso Herrera Orellana: “Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)”. *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, FUNEDA. Caracas, 2011, p. 81.

la gran cantidad de servicios y actividades reservadas al Estado habían resultado en una hipertrofia administrativa que devino en ineficiencia y deterioro de los mismos, acompañado de la carencia financiera de los Estados tanto para seguir con la prestación de los servicios, como para cubrir otras actividades propias y exclusivas del Poder Público¹².

Este movimiento liberalizador dio paso a un nuevo paradigma sobre el servicio público, reduciendo su amplitud conceptual, al tiempo que sentó las bases para el nacimiento de nuevos conceptos ya mencionados anteriormente, como lo son el “Nuevo Servicio Público” o las actividades de “interés general”, con lo cual podríamos decir que dicha reducción le estableció ciertos parámetros, equiparando al servicio público puro y simple, solamente con las actividades prestacionales que buscaran, ante todo, garantizar la satisfacción de las más básicas necesidades sociales, no sin antes comprobar que ningún particular pudiera satisfacerlas de manera más eficaz y libremente.

No obstante, no por esto desaparece de la doctrina, aquella visión de que la noción de Estado Social establecido constitucionalmente es más que un principio programático, y comporta una obligación estatal que produce a la vez un derecho subjetivo o, como mínimo un interés legítimo de los particulares para demandar la realización de las actividades prestacionales en consecución de esos fines del Estado. Es precisamente por ello que debe tratarse de despejar lo más posible el contenido de esas actividades de servicio público, para conocer de cuáles podría demandarse su cumplimiento en la vía judicial, tal y como lo exige nuestra Constitución, pero no sin desechar su alcance dentro del actual contexto del derecho a la libertad económica, en los términos que éste se encuentra consagrado constitucionalmente¹³ y, no sin tomar en cuenta los límites dentro de los cuales puede la rama judicial

¹² Creemos importante destacar aquí lo que dice el autor Rafael Badell sobre la ineficiencia del Estado en la prestación de estos servicios: “Hoy en día existe una convicción global: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es manifiesta. Debe por tanto devolverse a los particulares la gestión de los servicios públicos de contenido económico, para que sean las reglas de la oferta y la demanda y el libre mercado las que impongan las condiciones de prestación de tales servicios”. Rafael Badell Madrid: “La liberalización de los servicios públicos en Venezuela”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. FUNEDA, Caracas, 2002, p. 118.

¹³ Artículo 112 de la CRBV: “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”.

controlar a la rama ejecutiva, dado su carácter político legitimado democráticamente.

II. CONTENIDOS DE LA RECLAMACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Independientemente de toda consideración sobre el papel del Estado Social, en tanto que su misión prestacional sea de un mero carácter programático o no, el hecho es que nuestra Constitución establece expresamente que los reclamos por su actividad prestacional o de Servicio público son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Dicho mandato fue tardíamente cumplido por el legislador en el año 2010, con la promulgación de la LOCJA, texto legal que estableció expresamente la posibilidad de demandar a la Administración Pública por reclamos en la prestación de servicios públicos, a través del procedimiento breve contenido en dicha Ley. Se dio así un gran avance en el contencioso administrativo de los servicios públicos en Venezuela, ya que anteriormente estos reclamos se realizaban principalmente por medio de amparos constitucionales u otras vías, en cuyos casos la misma jurisprudencia había advertido la necesidad de contar con una legislación que creara el instrumento procesal propio para estos casos¹⁴.

No obstante, sigue latente la duda de qué exactamente es lo que se puede reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos, ¿Se trata del servicio público en su acepción más amplia, incluyendo aquella del “nuevo servicio público” o en una más reducida de cara a los últimos criterios desarrollados producto de los procesos de liberalización de la economía? Y, profundizando más aún, ¿Qué debería entenderse por fallas, omisiones o deficiente prestación de los servicios públicos? Son aspectos de no tan fácil apreciación, no nos encontramos ante el clásico carácter objetivo revisorio sobre la legalidad de los actos administrativos o frente a la responsabilidad de la Administración por daños causados a los particulares, ni tampoco ante una simple omisión o vía de hecho de ningún tipo. Así pues, tal y como lo dijimos

¹⁴ Como lo hizo la Sentencia de la Sala Constitucional del 8 de diciembre del 2000, en cuyo texto se afirmó, para el caso de una acción de amparo que: “Lo ideal es que muchas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos; pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitucionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario”. Citada por Hildegard Rondón de Sansó en “El Contencioso de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA. Caracas, 2002, p. 241.

al inicio de este estudio, se hace necesario concretizar lo más posible el concepto de servicio público, y lo que se consideraría son sus fallas, a los fines de dotar su reclamación judicial de un contenido pleno y eficacia en el cumplimiento de sus fines ulteriores, sin invadir la esfera de actuación propia de la rama ejecutiva del Poder Público o cualquier otra.

En un intento para lograr una aproximación a esta noción de servicio público dentro del contexto en cuestión, trataremos de delimitar cabalmente cuales actividades, y cuales sujetos que las ejerzan, deberían ser objeto de este reclamo, así como también identificar en qué consisten y en qué momento se producen las fallas que podrían dar lugar al ejercicio del mismo.

1. El sujeto pasivo y la actividad prestacional

Sobre este particular, pareciera que en principio no cabría duda al respecto, toda vez que, los únicos legitimados pasivamente en las demandas por reclamo de servicio público, no pueden ser otros que los entes y órganos de la Administración Pública. No obstante, es necesario revisar más a fondo sobre el tema en el presente estudio, ya que, como hemos visto, la esencia y carácter a veces multívoco de este concepto, puede dar lugar a confusiones e interpretaciones demasiado amplias que escaparían de la competencia contencioso administrativa, pudiendo infringir la libertad económica de algunos particulares.

En efecto, de la lectura de los numerales 5 y 6 del artículo 7 de la LOJCA¹⁵, podría interpretarse que no solo los entes públicos se encuentran sujetos al control contencioso administrativo, sino que cualquier otra entidad, ya sea que realice *actividades prestacionales*, dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa. De estas tres posibilidades, las últimas dos no significan mayor problema, ya que es hartamente conocido que en la práctica pueden darse casos en los que un concesionario haya sido dotado de potestades con estas características, en cuyo caso el legitimado pasivamente sería en definitiva el ente concedente¹⁶.

En cambio, no existe tanta claridad o certeza cuando se refiere a “entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional”, lo cual pudiera dar lugar a considerar que algunas actividades realizadas por

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 en fecha 22 de junio de 2010.

¹⁶ Jesús González Pérez: “Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público, Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA. Caracas, 2002.

particulares en plena libertad económica pudiesen ser objeto de esta demanda.

Adicionalmente, a la indeterminación de esta disposición, se le suman aquellas actividades que nuestra Constitución y las leyes señalan como no reservadas al Estado, pero sí de servicio público (como por ejemplo los servicios de salud, educación u otras), así como, aquellas que la Jurisprudencia misma ha llegado a calificar como de servicio público¹⁷.

Creemos entonces que se debe delimitar el alcance de esta disposición, en primer lugar, estableciendo que las entidades a las que hace referencia, deben ser indefectiblemente de carácter público, independientemente de si su actividad haya sido erróneamente calificada legal o jurisprudencialmente como de servicio público por alguna ley e inclusive por la misma Constitución (lo cual creemos en todo caso, atentatorio contra derechos fundamentales garantizados constitucionalmente como el de la propiedad privada y, principios de libertad económica). Interpretar lo contrario significaría ampliar las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mucho más allá de su ámbito teleológico, lo cual nos lleva a nuestras consideraciones sobre qué debe entenderse por una actividad prestacional.

De entre los autores venezolanos que han estudiado el contencioso de los servicios públicos, DANIELA UROSA MAGGI es quien más ha resaltado en este tema, para esta autora, existen tres elementos o requisitos que nos ayudan a identificar a las actividades susceptibles de ejercer sobre ellas el reclamo en caso de omisión o fallas, dichos elementos son:

(i) que se trate de ausencia o deficiencia de prestación por la Administración de actividades formalmente declaradas servicios públicos y como tales reservadas al Estado; (ii) que se trate de inactividad de la Administración en la prestación de actividades legalmente declaradas como esenciales o de interés general, aun cuando no exista formal declaración de servicio público, o bien (iii) que la Administración omita el ejercicio de su potestad de control o supervisión de estas dos categorías de actividades prestacionales, cuando las mismas sean prestadas directamente por lo particulares en virtud de un acto administrativo de encomienda. (Resaltado nuestro)¹⁸.

Al respecto, señalamos nuestra discrepancia con el segundo supuesto o elemento de la actividad prestacional y parcialmente con el tercero. En primer

¹⁷ Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, citada *supra*.

¹⁸ Daniela Urosa Maggi: "El Contencioso Administrativo prestacional. Reflexiones sobre la enseñanza del Contencioso Administrativo a 100 años del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela". *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, FUNEDA. Caracas, 2011, p. 1158.

lugar creemos que debe prevalecer exclusivamente el primer elemento, por lo que no bastaría con que una actividad sea simplemente declarada como “esencial” o de interés general, debido a que esto comprendería una gran gama de actividades económicas que al día de hoy, por mucho que influya la noción del Estado Social, se configuran, tanto desde el punto de vista legal, como desde el punto de vista técnico y fáctico, en actividades ejercidas por los particulares en regímenes de libre competencia, las cuales, si bien no se encuentran en absoluto libres de una fuerte regulación por parte de la Administración Pública, dada su importancia en materia de derechos fundamentales o de gran interés general, ello no implica que deban ser consideradas como servicio público, ya que no se encuentran *reservadas* al Estado ni, por ende, se prestan necesaria y obligatoriamente en un régimen de concesión. Los servicios de telecomunicaciones son un ejemplo clásico de este tipo de actividades¹⁹ que originalmente se encontraban en Venezuela y muchos otros países reservadas al Estado, pero posteriormente fueron objeto de una liberalización, no dejando por ello de estar sometidas a una fuerte regulación legal. Mal podría hablarse entonces de una acción por reclamo en la prestación del servicio de telefonía fija o móvil contra una empresa u operadora del sector privado. Sobre el tercer punto, concordamos solo en los casos que la omisión de la Administración en la supervisión o control sea en efecto sobre una actividad cuyo contenido sea del ejercicio de una potestad pública otorgada conforme a la ley, lo cual suele suceder solamente en regímenes de concesión.

Sobre este aspecto del sujeto pasivo y las actividades prestacionales, hemos de señalar también que en el caso que sea una empresa pública, o cualquier otro órgano o ente similar, que este realizando las actividades consideradas como de interés general (mas no reservadas y declaradas como de servicio público estrictamente), no debería considerarse la misma como una actividad prestacional susceptible de ser reclamada judicialmente, ya que nos encontraríamos con actividades propias de gestión económica, en las cuales, y a pesar de contar el prestador del servicio con las prerrogativas de la Administración, se encuentran enmarcadas (en teoría) en regímenes igualmente de libertad económica o de libre competencia. En ese sentido, en el supuesto que el particular o usuario considere que la prestación de un servicio de interés general, esté presentando omisiones o deficiencias de cualquier tipo, aún si el servicio fuera prestado por una empresa pública, pensamos que no habría lugar, o no debería ser admisible, la presentación de una demanda por fallas en el servicio público, sino que bastaría con que este

¹⁹ José Ignacio Hernández: “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”. *Derecho y sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*. Universidad Monteávila. Caracas, 2001.

decida prescindir del servicio, pudiendo escoger cualquier otra oferta en el mercado que si pueda satisfacer sus requerimientos de calidad y conformidad particulares, ello sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar para demandar el cumplimiento de las obligaciones establecidas expresamente en contratos suscritos con empresas prestadoras de estos servicios que pudiesen ser catalogados como de interés general, tanto de empresas públicas como privadas. Solo podría llegar a demandarse patrimonialmente a la empresa o al ente público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si producto de las fallas de la actividad realizada, se llegara a sufrir algún daño cierto, ya sea de origen extracontractual o contractual. Consideramos entonces que, ante todo priva lo que debe entenderse como actividad prestacional o servicio público, de cara al ejercicio de este medio procesal, antes que la categorización misma del sujeto pasivo o demandado.

De tal manera que, el servicio público objeto de la demanda por los reclamos en su omisión o deficiencia, debe ser siempre una actividad que indudablemente haya sido reservada constitucional o legalmente al Estado, lo cual debería implicar que su naturaleza sea aquella de una actividad prestacional que busque satisfacer, antes que nada, las necesidades más básicas de la sociedad, y que, ya sea porque por su naturaleza no ofrezca un atractivo de lucro o ganancia para los particulares, o por sus características propias de ser monopolios naturales, no pueda ser prestada en un régimen de libre competencia. Como consecuencia de ello, consideramos que los entes públicos son los sujetos pasivos o demandados de manera directa e inmediata en caso de la presentación de un reclamo por fallas en Servicios Públicos de la LOJCA; mientras que, los particulares concesionarios lo serán de forma mediata cuando hayan sido autorizados para dictar actos de autoridad en ejercicio de potestades públicas²⁰.

2. Las omisiones y fallas del servicio público

A. Creación del servicio público

En un trabajo sobre el contencioso de los servicios públicos, publicado por el doctrinario español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ²¹, que ya ha sido citado anteriormente en este estudio, este autor esquematizó dentro de tres grandes grupos, los supuestos que pueden dar cabida a la formulación de una pretensión procesal de reclamo por su omisión o deficiencia. Los tres grupos que señala el citado autor son: el relativo al nacimiento del servicio público, al funcionamiento del servicio, y el tercero a la extinción del mismo. Siguiendo

²⁰ Jesús González Pérez: *Contencioso Administrativo de los Servicios...* ob. cit.

²¹ *Ibid.*

este excelente y muy didáctico esquema, con el cual concordamos totalmente, trataremos de aproximarnos a una noción de las fallas en el servicio público dentro del primer y segundo grupo, puesto que creemos que es en estos casos donde con mayor necesidad se requiere precisar el contenido de las deficiencias u omisiones en el servicio público, de cara al medio procesal en estudio.

En primer lugar, sobre el tema del nacimiento o creación de un servicio público, somos de la opinión que esta es una faceta muy difícil de controlar (sino imposible) por la jurisdicción contencioso administrativa y el Derecho en general, ya que, en gran medida, esto forma parte del ámbito discrecional de la Administración Pública. Así, por ejemplo, sería de extrema dificultad la ejecución una sentencia que declare la omisión del servicio público de agua potable, por no haberse construido alguna obra hidráulica en un poblado específico, en los términos planteados por él o los accionantes. De forma similar ocurriría si se demandara la construcción de un hospital o infraestructura sanitaria de cualquier tipo, habiendo alegado el accionante una omisión en el servicio público de la salud, que de hecho se encuentra establecido como tal en nuestra Constitución²². Por esa razón, la Administración siempre podrá alegar en estos casos la ausencia de los recursos presupuestados para la construcción de cualquier obra pública que pueda dar nacimiento a un servicio público, e inclusive podría también argumentar que por razones de conveniencia y oportunidad, ha decidido invertir los fondos públicos necesarios para una determinada obra o servicio, y no para la demandada por el accionante. En ese sentido, creemos que la creación de los servicios públicos concretos, responde más bien a un mandato constitucional de contenido programático, muy a pesar de las opiniones en contrario que hay en la doctrina²³, no solamente por las dificultades fácticas que ello conlleva, sino por la razón que estas son actuaciones de la Administración Pública esencialmente de carácter político, propias y

²² Artículo 84 de la CRBV: “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 de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de 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”.

²³ Entre ellos: José Ignacio Hernández: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carias de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello N° 27*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

exclusivas de la rama ejecutiva del Poder Público, y como tales, solo son susceptibles de ser controladas por los órganos llamados a ejercer ese tipo de control, como por ejemplo la Asamblea Nacional, y ulteriormente los ciudadanos al momento de ejercer el derecho al sufragio.

B. Funcionamiento del servicio público

En cuanto al funcionamiento del servicio público ya existente, nos encontramos ya ante un servicio creado y establecido formalmente, muchas de las veces inclusive por mandato legal expreso. En ese sentido, se hace de vital importancia verificar cuándo exactamente nos encontramos ante una falla o deficiencia que sea merecedora de obtener una condenatoria para actuar conforme a los parámetros o estándares requeridos, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ante este panorama, se debe tomar en cuenta la dificultad que presenta para ello la existencia de una gran variedad de servicios públicos que vienen siendo prestados, cada uno con sus particularidades técnicas propias. Es claro, por ejemplo, que un servicio público domiciliario como lo es el eléctrico, puede que no tenga los mismos requerimientos de calidad y continuidad que el servicio de aguas servidas o de recolección de desechos sólidos urbanos. No obstante, podrían establecerse parámetros generales para cada tipo o grupo de servicios existentes que posean ciertas similitudes entre ellos, como lo sería por el ejemplo el grupo de los llamados servicios públicos domiciliarios. De modo que, se hace necesario ubicar un marco o contexto en el que puedan verificarse las situaciones, de la forma más concreta posible, en las que se den los supuestos de hecho que se traduzcan en verdaderas fallas u omisiones en el funcionamiento de los servicios públicos.

Pensamos que la importancia de establecer qué debe entenderse por falla u omisión concretamente en la realización de actividades prestacionales, radica principalmente en que ello coadyuvaría enormemente en garantizarle a los particulares accionantes el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de obtener sentencias con lugar, ya que el juzgador tendría las herramientas para dictar sentencias que sean verdaderamente condenatorias, obligando a la Administración a actuar expresamente en las formas que se requiera para reestablecer eficaz y eficientemente la prestación del servicio público reclamado.

Ahora bien, el artículo 65 de LOJCA, relativo a los supuestos de aplicación del procedimiento breve de dicha ley, señala expresamente en su literal 1 los “Reclamos por la *omisión, demora o deficiente* prestación de los servicios públicos” (resaltado nuestro), en base a esos tres elementos, trataremos de hacer una aproximación de cada uno, dentro del contexto actual

de los servicios públicos en Venezuela, y de las ideas anteriormente expuestas. Al respecto, es menester mencionar que poco ha dicho la Jurisprudencia venezolana sobre este tema. Sin embargo, entre algunas excepciones, podemos resaltar la sentencia No. 644 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 3 de abril del 2002²⁴, la cual, haciendo mención de la necesidad de los jueces competentes en materia contencioso administrativo de sistematizar la reclamación de los servicios públicos, estableció cinco supuestos de omisiones o fallas: “(i) la supresión o falta del servicio; (ii) la prestación parcial o deficiente; (iii) el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; (iv) los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio y; (v) los actos administrativos de autoridad dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales...”. Con la entrada en vigencia la LOJCA; cada uno de los supuestos establecidos por la Corte (con excepción del (iv) el cual debe ventilarse a través de las demandas de contenido patrimonial), pueden ser subsumidos dentro de los que establece dicha Ley.

Así tenemos por ejemplo que la supresión o falta del servicio se refiere a una omisión total por parte del prestador, haciendo énfasis en que, tal y como dijimos anteriormente, dicha omisión no puede referirse a la falta de creación de un nuevo servicio público previamente inexistente y sin base legal que lo sustente, sino por el contrario, a la supresión y paralización total de un servicio que se haya venido prestando de forma regular o que al menos ya contaba con una asignación presupuestaria²⁵, constituyéndose un derecho subjetivo del particular o de la colectividad a recibirlo en los términos legales o reglamentados, máxime teniéndose en cuenta que se estaría pagando una contraprestación para el disfrute del mismo.

Las omisiones deben referirse también, indudablemente, a los supuestos en que un particular haya cumplido con todos los requisitos y/o actuaciones necesarias para obtener la prestación e instalación de un servicio público en forma individualizada, en el inmueble o lugar donde lo requiera, ya sea para cubrir sus necesidades básicas propias o las de su actividad económica particular, y el prestador del servicio no haya cumplido con la prestación específica de llevar a cabo las actuaciones propias para ello, como por el ejemplo, en el caso que una empresa pública prestadora del servicio público de electricidad omita la instalación de la infraestructura eléctrica requerida

²⁴ Citada en Allan Brewer-Carías: “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección Textos Legislativos N° 47*. 2ª Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 112.

²⁵ Carmelo De Grazia Suárez: “El Contencioso de los Servicios Públicos”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Tomo II. FUNEDA, Caracas, 2002.

para un parque industrial o un conjunto de viviendas, habiendo los particulares interesados cumplido con todas las formalidades legales y reglamentarias requeridas para tales fines.

En cuanto a la *demora* en la prestación de los servicios públicos, subsumible en los supuestos (ii) y (v) de la citada decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, es necesario profundizar un poco en el alcance del vocablo “demora” e introducir en su análisis el concepto de continuidad. El Diccionario de la Real Academia Española²⁶ define “demora” como “la dilación o tardanza en el cumplimiento de una obligación desde que es exigible”, ello, además de contribuir con nuestra percepción sobre lo que deben considerarse actividades prestacionales objeto de reclamo, nos lleva a inferir que esta falla se refiere concretamente a la falta de regularidad en la prestación del servicio público reclamado, en el sentido que los particulares no estarían pudiendo satisfacer sus necesidades en todo momento que así lo requieran, debiendo acudir a otras alternativas (la mayoría de las veces mucho más costosas y sin la calidad necesaria). Especialmente, esta falla se refiere igualmente a la falta de continuidad del servicio público, es decir, cuando se está efectivamente prestando, pero de manera irregular e intermitente, de tal manera que los usuarios no cuentan con seguridad alguna de saber cuándo podrán hacer uso del servicio, o de si van a necesitar recurrir a otros medios o no, lo cual deviene en un detrimento de su calidad de vida.

En el caso de las demoras, opinamos que podría ser de gran utilidad para la jurisprudencia contencioso administrativa, traer como elementos de juicio los estándares de calidad o continuidad mínimos requeridos, establecidos por organizaciones internacionales con prestigio en la materia, reconocidas por organismos multilaterales a los que pertenezca Venezuela, y también por los colegios profesionales y universidades autónomas nacionales, para considerar si un servicio público está cubriendo las necesidades básicas en cada caso.

Sobre la *deficiencia*, subsumible en los supuestos (ii), (iii) y (v), podría inferirse que se produce en los casos en que el servicio se está prestando en forma regular, continua e ininterrumpida, pero la baja calidad del mismo es de tal magnitud que no logra satisfacer las necesidades para las cuales fue creado. Varios ejemplos pueden pensarse al respecto, como lo serían un servicio eléctrico con un voltaje o tensión no indicados por el sistema utilizado en el país, o como sucede últimamente en algunas localidades de Venezuela, la deficiente prestación del servicio público de agua potable que se ha

²⁶ <http://dle.rae.es/?id=CAZPcqj>

verificado en la muy baja, e inclusive algunas veces no apta, calidad del agua proveída a los usuarios.

De forma similar a lo que se dijo sobre las fallas en la demora, los jueces con competencia contencioso administrativa podrían hacer uso de estándares internacionales o nacionales reconocidos, que coadyuven a verificar los contenidos y calidad mínima de todo servicio público. De otra forma, no será muy fácil para el juez contencioso dictar sentencias verdaderamente condenatorias que obliguen a la Administración prestacional a actuar concretamente en el restablecimiento de los servicios, en la continuidad y/o calidad que sea requerida por el accionante titular del derecho subjetivo a ser beneficiario del servicio público.

Es importante destacar, que la Jurisprudencia, haciendo uso de la Teoría General de las Obligaciones y disposiciones de la legislación del derecho privado, en la medida de lo posible, deberá tomar en cuenta los posibles hechos eximentes de la responsabilidad u obligación de actuar de la Administración para el caso de fallas en la prestación de los servicios públicos, en el sentido que podrían darse situaciones en las que la omisión, demora o deficiencia en la actividad prestacional se deba a razones completamente ajenas y comprobadamente fuera del control del prestador, y que además signifiquen un *impedimento* que implique la imposibilidad fáctica probada, para lograr el restablecimiento del servicio en el corto plazo, siempre y cuando no se alegue la falta de recursos o fondos públicos en uno que ya haya sido creado y prestado desde hace un tiempo.

CONCLUSIONES

Hoy en día las actividades prestacionales o de servicio público siguen siendo unas de considerable importancia para la Administración Pública venezolana, por ello es que deben ser entendidas dentro de nuestra realidad socio económica, y de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico constitucional basado en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que a la vez que dieron el mandato al legislador de establecer la figura procesal para ejercer los reclamos por la fallas que presenten esas actividades, también establecieron un régimen de separación orgánica de las ramas del Poder Público y de garantías, derechos y libertades económicas fundamentales, que deben ser tomadas en cuenta al momento de aproximarnos a una noción de servicio público, de cara a la demanda establecida en la LOJCA. Por lo tanto, y tal como le hemos indicado en el presente estudio, somos de la opinión que, tanto para evitar violaciones a la Constitución y la ley, como para hacer de esta figura procesal una eficaz y garantizadora de una tutela judicial efectiva a los usuarios o particulares,

debemos aproximarnos a una noción de servicio público un tanto restringida, en tanto actividad reservada al Estado y dirigida primordialmente a satisfacer las más básicas necesidades de la colectividad, así como también a un entendimiento más concreto y certero, de la forma que lo hemos propuesto, sobre el contenido de los supuestos que den lugar a su reclamación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Importante es también recalcar, que no toda actuación, sobre todo aquellas de índole política de parte de la Administración Pública, puede ser objeto de cualquier tipo de control por el Derecho y la rama Judicial del Poder Público, pero sí aquellas obligaciones prestacionales que ella misma ha creado o se le ha impuesto a través de medios legales, en cuyo caso si nace en cabeza del particular un indudable derecho subjetivo expreso, junto con su correspondiente derecho a accionar y pretender el cumplimiento efectivo de esos servicios públicos para la satisfacción de sus necesidades bajo unos estándares mínimos.

En definitiva, será tarea de nuestros jueces contenciosos administrativos hacer todo en cuanto sea posible para esquematizar y/o sistematizar los parámetros para el juzgamiento concreto de las fallas del servicio público, creemos que al día de hoy eso se hace muy necesario, y contando con el instrumento procesal legal para ello, ha llegado el momento para que los reclamos ejercidos por los afectados, en los casos que haya a lugar, obtengan las correspondientes sentencias que obliguen al Estado a prestar en términos y condiciones, claros y específicos, servicios públicos eficaces y de calidad, en pro de un buen Gobierno.