

# SERVICIO PÚBLICO Y AUTONOMÍA MUNICIPAL

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila

## INTRODUCCIÓN

En el presente artículo desarrollamos la tesis de acuerdo con la cual el régimen jurídico de los llamados “servicios públicos municipales” en Venezuela constituye una amenaza no solo para el derecho fundamental de libertad económica, sino en especial, para la autonomía municipal. En concreto, este artículo examina cómo la imprecisión que rodea al llamado “servicio público municipal”, y en especial, al llamado “servicio público domiciliario”, puede derivar en un indebido ejercicio del control judicial sobre la Administración Pública Municipal.

Estos controles son ejercidos, básicamente, en el marco de dos tipos de acciones: la demanda de intereses difusos y colectivos y la acción derivada del llamado “contencioso de los servicios públicos”. A través de tales acciones -teóricamente- se ejerce el control sobre el ejercicio de las competencias municipales relacionadas con el “servicio público”, especialmente, en supuestos de inactividad de la Administración municipal. Sin embargo, la imprecisión que rodea al servicio público eleva los riesgos de un indebido control judicial, violatorio del principio de separación de poderes y de la autonomía municipal.

Para desarrollar esta tesis, el presente artículo tratará de los siguientes aspectos. En *primer* lugar, se efectúa una breve síntesis del concepto de “servicio público municipal” como una supuesta especie de la “actividad administrativa municipal”. Ello es abordado a fin de denunciar la imprecisión de ese concepto. Luego, y en *segundo lugar*, se exponen algunos aspectos teóricos y prácticos de las acciones judiciales existentes para el control de la actividad administrativa de “servicio público municipal”, explicando cómo esas acciones constituyen una amenaza cierta a la autonomía municipal. El artículo culmina con algunas breves propuestas

para replantear la relación entre servicio público y autonomía municipal.

## I. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL. PROPUESTAS PARA SU REDEFINICIÓN

Como consecuencia de la impronta del Derecho administrativo francés en la construcción del Derecho administrativo, la tesis del servicio público ha tenido un gran auge entre nosotros. Incluso hoy día, el Derecho administrativo en Venezuela se define –entre otros factores- a partir del servicio público<sup>1</sup>. Ese concepto, como se expone en esta primera sección, ha tenido especial relevancia en la interpretación de las competencias municipales.

### 1. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO VENEZOLANO

De acuerdo con la explicación convencional, el servicio público es una manifestación de la actividad administrativa. Así, la actividad administrativa de servicio público es aquella por medio de la cual la Administración satisface necesidades de interés general bajo los principios de igualdad, continuidad, regularidad y mutabilidad. El servicio público es definido, de esa manera, como una actividad propia de la Administración, o sea, como una *actividad estatal*. Por ello, la gestión del servicio siempre será pública, admitiéndose en todo caso una gestión directa o indirecta, ésta última, por medio de la “concesión de servicio público”.

Bajo esta visión tradicional<sup>2</sup>, el concepto de servicio público se construye, en *primer* lugar, en función a la “titularidad administrativa”. Es decir, debe existir una vinculación directa e intensa entre la actividad y el Estado, para lo cual se ha referido a la expresión “*publicatio*”, es decir, el grado de control de la Administración sobre el servicio, todo lo cual supone la existencia de limitaciones a la libertad de empresa<sup>3</sup>.

Este elemento subjetivo se ha pretendido diferenciar de la reserva. Es decir, mientras que la reserva supone la extinción del derecho de liber-

tad de empresa -y por ende, una transferencia de la actividad, que pasa del sector privado al sector público- la declaratoria de una actividad como servicio público, aun admitiendo la *publicatio*, no implicaría necesariamente una reserva en estricto sentido<sup>4</sup>. Empero, bajo su visión tradicional, el servicio público implica siempre una limitación a esa libertad<sup>5</sup>.

El *segundo* elemento del concepto de servicio público es el “interés general”. La actividad de servicio público debe orientarse a satisfacer necesidades de interés general, en concreto, garantizando la satisfacción de las necesidades catalogadas o consideradas de interés general, mediante un conjunto de prestaciones, es decir, de actividades materiales que consisten en un *hacer*. Este concepto de “necesidades de interés general” se relaciona con la figura de los “derechos fundamentales prestacionales”, llamados también -indebidamente a nuestro juicio- “derechos sociales”<sup>6</sup>.

Por último, y en *tercer* lugar, a consecuencia de todo lo anterior, el servicio público queda sometido a un “régimen jurídico exorbitante”, o sea, un régimen jurídico derogatorio del Derecho Civil.

De manera especial, tal es el concepto que se ha formado, como luego ampliaremos, en el contexto del llamado “contencioso de los servicios públicos”. De esa manera, ese “contencioso” procede respecto de actividades que, bajo estas características, son consideradas servicio público. Entre muchas definiciones de la jurisprudencia, podemos tomar ésta<sup>7</sup>:

“Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público”

Este concepto se ha llevado al ámbito municipal, al estudiarse los “servicios públicos municipales”, o sea, las actividades de servicio públi-

co cuya *publicatio* pertenece a los Municipios. Tal concepto ha tenido relevante importancia, en tanto muchas de las competencias municipales -artículo 178 constitucional- coinciden con actividades consideradas servicio público<sup>8</sup>.

Junto con el servicio público municipal, se ha propuesto el estudio de una especial modalidad, a saber, el llamado “servicio público domiciliario”. Aquí, el concepto de servicio público se orienta a la satisfacción de necesidades vinculadas con la vivienda, necesidades que en muchos casos responden a servicios públicos municipales, dado que la satisfacción de tales necesidades es, al menos en su gestión concreta, un asunto propio de la vida local<sup>9</sup>.

Sin embargo, como estos servicios públicos municipales y domiciliarios suelen ser actividades infraestructurales –que se prestan a través de una red- se ha reconocido la competencia al Poder Nacional para su ordenación jurídica. Por ello, la Constitución asigna al Poder Nacional el *régimen general* de estos servicios -artículo 156.29- mientras que el *régimen local* deberá entenderse incluido dentro de las competencias del Municipio, al tratarse de un asunto propio de la vida local, conforme al artículo 178<sup>10</sup>.

El servicio público municipal, y su especie del servicio público domiciliario, se definen entonces, de manera clásica, como una actividad propia de la Administración, o sea, una actividad pública o administrativa, que podrá ser gestionada directamente por la Administración (central o descentralizada) o de manera indirecta por empresas privadas, pero mediante concesión. De allí que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal regula, en general, a la concesión de servicio público domiciliario, regulación complementada por las Leyes sectoriales aplicables<sup>11</sup>.

A ello cabe enfatizar que este concepto de servicio público se ha construido sobre la base de su relación con los derechos fundamentales prestacionales, en el sentido que tales derechos exigen, precisamente, prestaciones concretas por parte de los sujetos encargados de gestionar el servicio público. Derechos prestacionales considerados, en adición, derechos

difusos y colectivos vinculados, en general, con el derecho a una “adecuada calidad de vida”<sup>12</sup>. Como se observa, se trata de conceptos de muy poca precisión, lo que ha influenciado en su indebido tratamiento por parte de la jurisprudencia que se comenta.

## 2. EL SERVICIO PÚBLICO EN LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES Y SU TRATAMIENTO EN EL MARCO DEL ESTADO COMUNAL

El concepto de servicio público, como ha quedado señalado en la sección anterior, ha encuadrado en el estudio de las competencias municipales basadas en los “asuntos propios de la vida local”. En tal sentido, al Poder Municipal corresponde la ordenación de los servicios públicos municipales sólo en lo que atañe a aquéllos aspectos que atiendan a asuntos propios de la vida local, es decir, la dotación y prestación de esos servicios. Quizás por ello el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal reconoce el principio de *libertad de gestión*, conforme al cual corresponde a los Municipios decidir, autónomamente, el modo de gestión más conveniente de sus competencias, incluyendo las competencias asignadas en materia de servicios públicos. Tan sólo la Ley limita esa autonomía al enunciar los servicios que, obligatoriamente, deberán siempre ser atendidos por los Municipios (artículo 68).

En comparación con la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, el tratamiento dado por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal a la gestión de los servicios públicos municipales es bastante tímido. La regulación de esos modos de gestión queda inserta en el Capítulo II del Título III de la Ley, el cual se refiere en general a las *competencias* del Municipio. Con ello, los servicios públicos se confunden con las competencias del Municipio, por lo que hay que recordar que no toda competencia municipal se refiere a actividades que pueden considerarse servicio público. Por lo anterior, dentro de ese Capítulo II, son sólo pocas las normas que regulan, específicamente, la gestión de los servicios públicos municipales.

En relación con estos servicios públicos, y en especial, con los servicios públicos domiciliarios, la Ley Orgánica del Poder Público

Municipal tiene más bien carácter supletorio, desde que tales servicios han sido objeto de regulaciones específicas por parte del Poder Nacional, regulaciones que abarcan sus diversas formas de gestión. Por ello, el régimen que al respecto delinea la citada Ley debe siempre concordarse con la regulación general o sectorial existente para cada uno de esos servicios públicos domiciliarios.

Esta distribución de competencias responde a la interacción entre los artículos 156.29 y 178 de la Constitución, ya tratados: el régimen general de los servicios públicos domiciliarios corresponde al Poder Nacional, mientras que el régimen local pertenece a la competencia de los Municipios. Ello, tomando en cuenta que los servicios públicos domiciliarios al responder a asuntos propios de la vida local, serán considerados servicios públicos municipales<sup>13</sup>.

Ahora bien, ese régimen local, que comprende a la dotación y prestación de los llamados servicios públicos municipales, abarca en realidad a un conjunto de competencias heterogéneas. En concreto, pueden distinguirse *tres* tipos de competencias:

. - En *primer lugar*, encontramos la *regulación legal* de las actividades consideradas servicios públicos municipales, la cual se implementará a través de la Ordenanza. Como sea que las actividades que se catalogan como servicios públicos municipales pueden ser ejercidas por los particulares en virtud del derecho fundamental de libertad de empresa, su ordenación debe ser acometida por un acto con rango y fuerza de Ley, como es el caso de la Ordenanza, tal y como ha concluido la Sala Constitucional en la sentencia de 16 de marzo de 2005, caso *Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal*. Luego volveremos sobre este aspecto.

.- En *segundo lugar*, encontramos la competencia de la Administración Pública Municipal para *ordenar y limitar* el ejercicio de esas actividades a través de potestades administrativas, siempre de acuerdo con las Leyes y Ordenanzas aplicables. Tal actividad ha sido generalmente

estudiada como *policía económica*, aun cuando preferimos aludir al término más apropiado de actividad administrativa de limitación.

- Por último, y en *tercer lugar*, el Municipio puede gestionar, directamente, los servicios públicos municipales como derivación de la iniciativa pública económica directa de la cual ha sido apertrechado el Poder Municipal por el artículo 300 de la Constitución.

En este sentido, el precitado artículo 69 reconoce que las competencias municipales podrán ser ejercidas directamente por los propios Municipios o por “medio de organismos que dependan jerárquicamente de ellos”. Igualmente, podrán gestionar esas competencias “mediante formas de descentralización funcional o de servicios”. La Ley se refiere, así, a la gestión de los servicios públicos por la Administración Pública Municipal Central y por la Administración Pública Municipal Descentralizada.

Junto a este modo de gestión directa, la Ley Orgánica de Poder Público Municipal regula, en su artículo 73, la gestión *indirecta* de servicios públicos municipales a través de la *concesión*. La regulación de la concesión como título habilitante para el ejercicio de servicios públicos municipales por el sector privado coincide con el concepto general de acuerdo con el cual, el servicio público es una actividad *estatal* y que por ello, su gestión por la iniciativa privada solo es posible a través de la llamada concesión de servicio público<sup>14</sup>.

Sin embargo, el citado artículo 73 tiene en la práctica una aplicación subsidiaria, en tanto prevalece la ordenación contenida en las Leyes nacionales que, con carácter de especialidad, llevan a cabo la ordenación jurídica del derecho de acceso al mercado de los llamados servicios públicos municipales y en especial, en los servicios públicos domiciliarios. En esta materia no hay uniformidad, pues en algunos casos la Ley especial regula a títulos como el permiso (por ejemplo, artículo 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos)<sup>15</sup> o a la concesión (artículo 46.e de la Ley Orgánica de Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento)<sup>16</sup>.

En cualquier caso, el régimen de la concesión de servicios públicos municipales ha sido modificado en el contexto de la regulación del Estado comunal, con ocasión a regular la transferencia de competencias el Poder Municipal a las “organizaciones del Poder Popular”. En este contexto, hay una clara preferencia por trasladar a tales organizaciones la gestión de los servicios públicos municipales, como incluso se admite, con mayor generalidad, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Esta regulación, sin embargo, supone una indebida intromisión del Poder Nacional en el ejercicio de competencias municipales, pues en suma, la gestión de los servicios municipales por el Poder Popular se enmarca en el principio de centralización del Poder Nacional<sup>17</sup>.

Dentro del Estado comunal, la gestión de los llamados servicios públicos municipales por las instancias del Poder Popular se enmarca en la regulación de la “transferencia” de actividades y bienes regulada en el artículo 184 de la Constitución, transferencia que ha sido desnaturalizada. En efecto, el sentido de esa norma es transferir actividades gestionadas por la Administración -en concreto, de los Estados y Municipios- a la sociedad civil organizada, lo que claramente constituye un caso de privatización. Por el contrario, en el marco del Estado comunal, como recientemente ha sido regulado, la transferencia es abordada como un proceso coactivo por el cual se transfiere competencias solamente a las instancias del Poder Popular y bajo el control del Poder Nacional, a través del Consejo Federal de Gobierno y el Ministerio del Poder Popular con competencia en las comunas<sup>18</sup>.

Ese régimen, insistimos, es una indebida intromisión en la autonomía municipal, pues el Poder Nacional determina cuáles son las formas de gestión de las competencias municipales, estableciendo además controles sobre esa gestión. Por el contrario, como se ha desarrollado, la gestión y dotación de los llamados servicios públicos municipales es competencia exclusiva del Municipio, sin que la “regulación general” que corresponde al Poder Nacional pueda inmiscuirse en tales asuntos. Además, la regulación derivada del proceso de transferencia se aparta de los principios constitucionales de la descentralización, en tanto esa transferencia solo podrá realizarse a favor de instancias registradas y controladas por el



Poder Nacional con el único propósito de promover el socialismo.

### 3. HACIA LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL Y LA ACOTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN

El concepto de servicio público municipal, como acaba de resumirse, aparece notablemente influenciado en la concepción de acuerdo con la cual el servicio público es, siempre, una *actividad administrativa*, en este caso, una actividad propia de la Administración Municipal. Tal concepción apareja, cuando menos, una consecuencia básica: la gestión de ese servicio por la iniciativa privada será una forma de “gestión indirecta”, en especial, a través de la concesión de servicio público municipal.

Si la gestión es indirecta, y siguiendo con este razonamiento, la iniciativa privada no debería tener el derecho a emprender la actividad considerada servicio público municipal. Todo lo contrario, ese derecho es condicionado al correspondiente título habilitante concesional. De lo cual deriva una responsabilidad general en cabeza del Municipio.

Aquí reside la crítica que hemos venido efectuando al concepto de servicio público, pues hay cierta confusión entre el concepto de reserva y el concepto de servicio público. De esa manera, al exigirse como requisito la “titularidad pública” o “publicatio” -en este caso, en cabeza del Municipio- se admite que la declaratoria de servicio público es suficiente para eliminar o limitar el derecho previo a emprender la actividad económica considerada servicio público, al ser necesario el respectivo título concesional<sup>19</sup>.

Esta conclusión se aparta del principio constitucional conforme al cual toda limitación a la libertad de empresa es de interpretación restrictiva. Por lo anterior, solo puede admitirse la existencia de tal limitación ante un texto legal expreso. Por el contrario, la declaratoria de una actividad como servicio público -como puede suceder con los llamados “servicios públicos municipales”- es insuficiente para admitir limitaciones

a la libertad de empresa y, menos todavía, para reconocer la “titularidad” de esa actividad en cabeza del Municipio.

Siendo ello así, parece adecuado, desde la interpretación constitucional de esta figura, escindir el “concepto” de servicio público de la actividad servicial o prestacional subyacente. Así, el servicio público alude por lo general a un servicio: por ejemplo, el servicio de agua potable o de aseo urbano. Trátese de una concreta actividad económica prestacional respecto de la cual debe regir el artículo 112 constitucional, en el sentido que la iniciativa privada tiene derecho a emprender, explotar y cesar en el ejercicio de dicha actividad, salvo las limitaciones establecidas de manera expresa. Y solo de manera expresa, cumpliéndose las formalidades del artículo 302 constitucional, podrá eliminarse ese derecho para reconocer así la titularidad del Estado sobre la actividad<sup>20</sup>.

Por ello, debe descartarse que la sola declaratoria -expresa o implícita- de una actividad como “servicio público municipal”, pueda traducirse en limitaciones al derecho de libertad de empresa y, mucho menos, en la “titularidad” pública de esa actividad.

Lo que hemos propuesto, por ello, es asumir que el “servicio público municipal” comprende a actividades económicas prestacionales respecto de las cuales la Administración podrá llevar a cabo dos tipos de actividades: la actividad de limitación y la actividad de prestación<sup>21</sup>.

.- La *actividad de limitación* se orienta a ordenar jurídicamente la actividad económica considerada servicio público, siempre, de acuerdo con el marco legal aplicable. En la actividad de limitación la iniciativa privada gestiona la actividad prestacional considerada servicio público, bajo las limitaciones legales existentes.

.- Pero puede también la Administración Municipal ejercer la *actividad de prestación*, a fin de gestionar directamente esa actividad en ejercicio de la habilitación prevista en artículo 300 constitucional y desarrollada en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En sentido estricto, no existe una actividad administrativa de servicio público, o sea, una actividad propia del Municipio. Cuando la Ley

Orgánica del Poder Público Municipal alude a tales servicios, en realidad, está definiendo las competencias Municipio respecto de las cuáles éste podrá intervenir a través de su actividad administrativa de limitación o actividad administrativa de prestación. Tan solo en el artículo 68 podría inferirse una obligación legal de gestión de las actividades prestaciones consideradas servicio público, pero ello en modo alguno veda la gestión privada directa. Todo lo contrario, de acuerdo con el principio de subsidiariedad –que encuentra aquí reconocimiento expreso en el artículo 184 constitucional- el Municipio debe preferir la gestión económica privada frente a la gestión pública de las actividades consideradas “servicio público”<sup>22</sup>. De hecho, actualmente, algunos de esos servicios públicos son gestionados por el Poder Nacional –alumbrado público, por ejemplo- lo que corrobora que el citado artículo no impone al Municipio la obligación de gestión exclusiva de esos servicios.

Tomemos otro ejemplo: el aseo urbano, considerado un servicio público domiciliario y municipal<sup>23</sup>. Esa actividad comprende a una actividad económica servicial o prestacional, respecto de la cual, la Administración Municipal puede realizar dos tipos de actividades: (i) limitar el ejercicio de ese servicio por la libre iniciativa privada (u otro ente del Poder Público) o (ii) gestionar directamente ese servicio. Pero en modo alguno puede concluirse que el Municipio está obligado a la gestionar dicho servicio de manera directa, pese a estar incluido en el citado artículo 68.

Con esta propuesta de redefinición, además, se acotan los títulos de intervención de la Administración Municipal sobre la iniciativa privada. Consecuencia de ello es la sentencia, ya comentada, de 16 de marzo de 2005, en la cual se reconoce que la libertad económica es el derecho que justifica el ejercicio de servicios públicos municipales sujetos a concesión, como el aseo urbano. Con lo cual, necesariamente, deberá concluirse que tal “concesión” es en realidad una “autorización”, en tanto presupone el previo derecho a emprender la actividad declarada servicio público<sup>24</sup>. En esa sentencia, en efecto, la Sala Constitucional concluyó:

“Estima esta Sala que, ciertamente, la libertad económica se encuen-

tra sujeta a diversas restricciones, en lo que respecta a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, conforme a lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal; aún cuando esas Leyes, e incluso, y de manera indirecta, la propia Constitución en su artículo 156, cardinal 29, califican a esa actividad como servicio público, ello en modo alguno implica la negación absoluta del derecho de libertad económica.

Ya esta Sala aclaró, por un lado, que no toda actividad que se catalogue como servicio público se encuentra reservada al Estado (sentencia no. 2436 de 29 de agosto de 2003, caso Arnaldo González S.) y, por otro lado, que la configuración estricta o tradicional del servicio público debe limitarse a aquellas actividades que por Ley Orgánica han sido reservadas al Estado (sentencia no. 825 de 6 de mayo de 2004). Además de ello, ya esta Sala Constitucional señaló que la ordenación jurídica de los llamados servicios públicos domiciliarios puede ser efectuada por los Municipios en promoción de la libre competencia, la cual es uno de los valores del ordenamiento socioeconómico, según el artículo 299 constitucional (sentencia no. 1563 de 13 de diciembre de 2000, caso Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas).

**En consecuencia, estima la Sala que la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario puede realizarse en ejecución del derecho constitucional de libertad económica, cuyo ejercicio quedará restringido según lo que disponga la Ley, y en particular, la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, especialmente para que el Municipio asegure la eficaz prestación de ese servicio, en cumplimiento de los mandatos positivos que derivan de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho” (destacado nuestro).**

Además, la anterior precisión acota también las responsabilidades del Municipio frente al servicio público. De esa manera, cuando el Municipio asume la gestión, la responsabilidad se extiende hasta las condiciones de satisfacción de las necesidades de los usuarios, en su condi-

ción de proveedor de servicios. Por el contrario, si la gestión es privada, la responsabilidad del Municipio se circunscribe al correcto ejercicio de la actividad de limitación sobre el gestor del “servicio público”.

Aquí es preciso insistir en que las competencias municipales referidas a los “servicios públicos” no implican ni una reserva al Estado de las actividades declaradas servicio público, ni tampoco la obligación de la Administración Municipal de asumir la gestión de dichos servicios garantizando un resultado determinado. Por el contrario, esa competencia reconoce que es al Municipio a quien le corresponde desarrollar su actividad administrativa orientada a satisfacer los derechos de los usuarios de tales servicios, de acuerdo con el artículo 117 constitucional y demás derechos relacionados con el servicio de que se trate. Ello podrá hacerlo a través de la actividad de limitación o a través de una actividad de gestión o prestación.

Solo aclarando este aspecto, podrá entonces comprenderse mejor cuáles son las consecuencias de la indebida prestación del servicio público respecto de la Administración Municipal. Bajo la visión tradicional, como siempre el servicio público supone una “publicatio”, su indebida prestación siempre podrá imputarse a la Administración Municipal. Pero bajo la propuesta de redefinición que efectuamos, la indebida prestación del llamado servicio público municipal no podrá imputarse, sin más, a la Administración Municipal, pues será necesario determinar qué tipo de actividad administrativa se debió desplegar respecto de tal servicio.

La debida precisión del tipo de actividad administrativa que corresponde al Municipio es fundamental para acotar su responsabilidad y consecuentemente el límite del control judicial. Un aspecto sobre el cual se pronunció la Sala Constitucional en sentencia de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*:

“Sin embargo, no escapa a la Sala la relación obligatoria que existe entre políticas económicas, sociales y culturales y derechos económicos, sociales y culturales, pues del desarrollo, eficacia y efi-

ciencia de las primeras dependerá, indefectiblemente, el ejercicio o transgresión de los segundos, lo que justifica, como se desarrollará en los párrafos subsiguientes, que esa imposibilidad de control jurisdiccional sobre las políticas sea objeto de algunas matizaciones.

La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. **El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces.** Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social” (destacado nuestro).

Una acotada definición del “servicio público” se traducirá en un control judicial acotado, que respete el principio de separación de poderes y en concreto, la autonomía municipal. La Sala Constitucional lo reconoce, en la sentencia precitada, al señalar que o “*el Estado goza de una*

*libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial*. Una “libertad” -es preferible hablar de “ámbito de apreciación”- reconocida expresamente por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal desde la perspectiva del artículo 178 constitucional: el control judicial no puede inmiscuirse en el ejercicio de actividades propias del Municipio, cuando no es posible efectuar un análisis de legalidad sino más bien de oportunidad y mérito.

De esa manera, si la gestión del servicio está a cargo del sector privado, lo que deberá determinarse es si la Administración ha ejercido debidamente su actividad de limitación sobre el gestor del servicio público. Por el contrario, si la gestión del servicio está a cargo de la Administración Municipal, entonces, deberá analizarse si se ha ejercido, correctamente, esa actividad prestacional.

Por lo anterior, no toda prestación indebida del servicio público supone un caso de inactividad administrativa contraria a Derecho<sup>25</sup>. Por el contrario, insistimos, en cada caso deberá determinarse si la gestión del servicio está o no en manos de la Administración. Si la gestión es asumida por la Administración Municipal, entonces, podríamos encontrarnos ante una inactividad administrativa en la gestión económica del llamado “servicio público municipal”. Por el contrario, cuando la gestión es responsabilidad de un tercero -otro órgano del Poder Público o la libre iniciativa privada- entonces, deberá precisarse si ha habido una inactividad en la limitación sobre la gestión de tal servicio.

La indebida conceptualización del servicio público municipal como una actividad administrativa municipal, lleva al equívoco de considerar que toda deficiencia en la prestación de tal servicio es responsabilidad de la Administración local. En realidad, es necesario considerar que no toda indebida prestación del servicio puede ser imputable a la Administración, pues en la mayoría de los casos, la Administración solo es responsable de desplegar una actividad de limitación sobre la gestión llevada a cabo por la iniciativa privada o por otro órgano del Poder Público, típicamente, del Poder Nacional<sup>26</sup>.

A ello hay que agregar que la obligación de la Administración Municipal respecto de los llamados servicios públicos municipales no puede equipararse a la categoría civil de “obligaciones de resultado”. Todo lo contrario, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, las obligaciones de la Administración respecto a estas actividades se asemejarían a las “obligaciones de medio”, pues lo que se exige es el adecuado desarrollo de sus técnicas de actividad administrativa, en especial, si la gestión está confiada a un tercero<sup>27</sup>.

En resumen, no toda falla en la prestación del “servicio público municipal” supone una inactividad administrativa justiciable. Ello, pues no es posible mantener el concepto de acuerdo con el cual el servicio público municipal –y su especie, el servicio público domiciliario- constituye una actividad prestacional municipal cuya gestión siempre será responsabilidad de la Administración, de manera directa o indirecta. Antes por el contrario, será preciso definir el tipo de intervención de la Administración municipal -intervención de limitación e intervención de prestación- para poder precisar el tipo de inactividad administrativa justiciable.

Si por el contrario prevalece la visión tradicional y se considera que el servicio público municipal es siempre y en todos los casos una actividad administrativa municipal, entonces, se incrementará el riesgo de considerar que toda falla en la prestación del servicio supone una inactividad administrativa, lo que ampliará la posibilidad de esgrimir pretensiones de condena contra el Municipio. Ello derivará en un control judicial amplio que considere que toda falla en la prestación es siempre responsabilidad del Municipio, el cual consecuentemente será condenado, al margen de la existencia técnica de una inactividad administrativa.

Precisamente ello es lo que sucede con las pretensiones de condena que pueden ejercerse contra el Municipio en el contexto del llamado “contencioso de los servicios públicos” y las “demandas de derechos difusos y colectivos”, tal y como lo acreditan algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que comentaremos en la sección siguiente.



#### 4. RECAPITULACIÓN

Frente al concepto tradicional de servicio público municipal, aquí se propone partir de una visión distinta. Las actividades consideradas “servicios públicos municipales” o “servicios domiciliarios” quedan sujetas a la intervención municipal, a fin de asegurar su correcta prestación. En modo alguno cabe considerar que esas actividades están reservadas al Estado, sencillamente, pues no hay norma expresa de reserva de acuerdo con el artículo 302 constitucional. Tampoco creemos posible mantener la tesis de una “titularidad” o “publicatio” del Municipio, dada su poca precisión.

Por el contrario, en ausencia de una Ley Orgánica que de manera exprese reserve al Estado tales actividades, deberá concluirse que ellas pueden ser desarrolladas por la libre iniciativa privada –artículo 112 constitucional- y también por la Administración Municipal –artículo 300 constitucional, en concordancia con las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y las Ordenanzas.

Desde la perspectiva de las técnicas de intervención administrativa, y frente a las actividades declaradas o consideradas servicios públicos, la Administración Municipal deberá preferir su gestión en manos privadas, atendiendo al principio de subsidiariedad. Aquí es preciso reconstruir el título habilitante que permite esa gestión privada, pues la “concesión” regulada en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al no versar sobre una actividad reservada al Estado de acuerdo con el artículo 302 constitucional, debe ser considerada una técnica autorizatoria. Así, la iniciativa privada habilitada para la gestión de la actividad de “servicio público”, quedará sujeta a las potestades de limitación de la Administración Municipal que inciden sobre el derecho de libertad económica de quien gestiona el “servicio público municipal”.

Pero además, y siempre de acuerdo con los principios de subsidiariedad y menor intervención, la Administración Municipal podrá optar por gestionar directamente esos servicios, a través de sus órganos y entes.

Cada modalidad de la actividad administrativa podrá generar una concreta modalidad de inactividad, la cual será controlable judicialmente.

A tal fin, estudiaremos críticamente los medios procesales actualmente admitidos para el ejercicio de esa tutela judicial, insistiendo en los riesgos derivados de la indebida conceptualización del servicio público municipal.

## II. LOS MECANISMOS JUDICIALES TRADICIONALES DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

Bajo la visión tradicional según la cual el servicio público municipal es una *actividad administrativa del Municipio*, se ha venido admitiendo que los interesados afectados por la indebida prestación de tal servicio podrán esgrimir la correspondiente pretensión de condena ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del llamado “contencioso de los servicios públicos”. A su vez, se ha admitido que los derechos de los usuarios del servicio público domiciliario son derechos supraindividuales, considerados “derechos difusos o colectivos”, que como tales, permitirían interponer la correspondiente “demanda de intereses difusos y colectivos”, igualmente, contra el Municipio.

Ambos remedios judiciales, al partir de una concepción bastante equívoca del “servicio público municipal”, constituyen un riesgo cierto de control judicial indebido frente al Municipio, como ha quedado demostrado en algunos recientes excesos del Tribunal Supremo de Justicia. Tal es la premisa desarrollada en esta sección.

### 1. EL LLAMADO CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La doctrina –H. Rondón de Sansó<sup>28</sup>– había apostado por la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de incluir el control de los servicios públicos. Esta propuesta se basó en la concepción tradicional del servicio público como una *actividad administrativa*. Si ello es así, consecuentemente, toda indebida prestación del servicio público supondría una indebida manifestación de la actividad administrativa, tutelable por la justicia administrativa.

La propuesta, que no se había traducido en un cambio estructurado dentro de la justicia administrativa, fue asumida en la Constitución de 1999, cuyo artículo 259 atribuyó a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para reconocer de los “reclamos por la prestación de los servicios públicos”<sup>29</sup>. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa acogió la propuesta y creó, incluso, un procedimiento especial para tramitar tales reclamos<sup>30</sup>.

Casi no hace falta destacar que el obstáculo fundamental de tales “reclamos” es la indefinición conceptual del servicio público, que a tales efectos, ha sido asumido con criterios amplios, como toda actividad que se orienta a satisfacer necesidades de interés general y que como tal, ha sido asumida por el Estado. Este último requisito se adopta con bastante laxitud, lo que ha llevado a admitir los “reclamos” contra “servicios públicos” gestionados por la iniciativa privada<sup>31</sup>. Por lo anterior, el llamado “contencioso de los servicios públicos” evolucionó como un conjunto heterogéneo de pretensiones que pueden esgrimirse en casos de falta de prestación, prestación indebida o interrupción en la prestación de actividades que puedan ser consideradas servicios públicos, incluso, cuando su gestión recaiga en la libre iniciativa privada<sup>32</sup>.

Esta situación no varió mucho con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se limitó a reconocer la competencia para conocer de los “reclamos por la prestación de los servicios públicos”, sin acotar qué debe entenderse por tal. La jurisprudencia posterior a esa Ley ha mantenido la definición amplia de servicio público, lo que ha permitido reconocer la competencia respecto de diversas actividades, sin que parezca prevalecer algún criterio específico<sup>33</sup>.

Quizás lo único que se ha acotado, es que los “reclamos” contra la prestación de servicios públicos responden en realidad a la pretensión de condena<sup>34</sup> que podrá interponerse en casos de indebida gestión de tales servicios. Por ello, y en todo caso, la pretensión de condena –basada en la indebida prestación del servicio público– debería ser presentada contra la Administración a quien corresponde la gestión de dicho servicio, con la finalidad de obtener de éste el restablecimiento de la situación ju-

rídica infringida<sup>35</sup>. A ello abona el artículo 7.9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual, están sujetos a esa jurisdicción “*las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional*”.

En la práctica, sin embargo, ha prevalecido una visión amplia del servicio público, de acuerdo con la cual tal servicio es siempre una *actividad administrativa municipal*. Con base en esto, el “reclamo” por la indebida prestación del servicio se admite respecto al Municipio, al margen de cuál sea la concreta actividad administrativa desplegada: la limitación sobre la gestión del servicio confiada a un tercero, o la gestión directa del servicio. Ello es así por el equívoco manejo del concepto de “*publicatio*”, tal y como se establece en la sentencia de 15 de diciembre de 2005, caso *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico*, en la cual se acota que, de cara al artículo 259 constitucional, la actividad prestacional de servicio público debe ser “*asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta (“publicatio”)*”. Pero –nótese bien– no se exige que esa *publicatio* o *asunción* implique una reserva bajo las formalidades del artículo 302 constitucional. Empero, basta que exista una “intensa” relación entre el servicio y la Administración, para que se considere que opera una “*publicatio*” en cuya virtud la Administración municipal siempre puede ser demandada en casos de indebida gestión del servicio.

Como se observa, la indeterminación del llamado “contencioso de los servicios públicos” es consecuencia de la indeterminación del servicio público, asumido en un sentido amplísimo en este contexto, en función a su relación con el derecho colectivo o difuso a la “calidad de vida”<sup>36</sup>:

“En concordancia con lo establecido por la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, tenemos que las características distintivas del servicio público vienen determinadas por la necesidad, la cual, debe ser de carácter general o colectiva, en cuanto al sujeto destinatario de la prestación, *vale decir, dirigida a la satisfacción de necesidades de cada persona que en suma son colectivizadas* y que para su materialización se requiera el desarrollo de una actividad técnica especializada que se encuentre reglada con

los principios propios de las ciencias, las artes, la industria u oficios determinados, así como su realización en determinadas instalaciones, con equipos e instrumentos específicos y de un personal especializado, siempre que la actividad se encuentre diseñada para producir efectos útiles en un ámbito determinado y sin cuyo desempeño no fuere posible prestar el servicio.

De esta manera el servicio público, podría definirse como toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo debe ser permanentemente *asegurado, regulado y controlado por el Estado, con sujeción a un dinámico régimen jurídico exorbitante del derecho privado, en beneficio de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela*” (destacado nuestro)

Nótese cómo se define el servicio público desde la “colectivización” de los derechos fundamentales en juego, lo que abre las puertas para una clara concepción estatista del servicio público. Por ello, para la sentencia, una vez la actividad es declarada servicio público “*el Estado, o la persona, o ente habilitado tiene el deber de asegurar su prestación mientras subsista la necesidad, conserve su carácter general y durante plazo de tiempo que disponga la Ley*”.

Este equívoco concepto no solo atenta contra la libertad general del ciudadano sino que afecta el alcance del llamado contencioso de los servicios públicos, pues en suma, la jurisdicción contencioso administrativa termina asumiendo la competencia para conocer de la pretensión de condena por la indebida gestión de tales servicios públicos municipales, pretensión que es deducida contra el Municipio a pesar que técnicamente no estemos siempre ante una actividad prestacional administrativa<sup>37</sup>.

En resumen, la indeterminación del concepto de servicio público municipal impide precisar qué actividad específica debe desarrollar la Administración Municipal, todo lo cual impide la debida concreción de la pretensión de condena. De ello solo puede derivar un indebido control judicial sobre el Municipio.

## 2. LA DEMANDA DE DERECHOS DIFUSOS Y COLECTIVOS Y SU DISTINCIÓN DE LA DEMANDA POR LA INDEBIDA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

La doctrina y jurisprudencia reconocieron que la legitimación activa en el contencioso administrativo, usualmente circunscrita a la defensa de derechos e intereses personales, podía extenderse a la tutela de derechos e intereses supraindividuales, como son los derechos difusos y colectivos. Tal legitimación fue expresamente reconocida en el artículo 26 constitucional, que reconoce el derecho a la acción<sup>38</sup>.

Lo que en principio era solo un tipo de legitimación activa, fue “transformado” en una pretensión de condena de naturaleza especial, denominada “demanda por intereses difusos y colectivos”. Esto es, la pretensión de condena que interponen los titulares de esos derechos, de forma tal que la sentencia que acuerda dicha pretensión surte efectos no solo para los accionantes sino en general, para los demás sujetos que participan en la titularidad de esos derechos<sup>39</sup>. Así quedó establecido en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Ley que reconoce la competencia de la Sala Constitucional para el conocimiento de estas demandas, solo cuando ellas versen sobre un asunto de trascendencia nacional; caso contrario, corresponderá a los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil.

Como sea que el concepto de servicio público se relaciona con derechos fundamentales prestacionales –que pueden ser considerados derechos difusos o colectivos- la distinción entre esta demanda y la demanda por la prestación de servicios públicos no es clara. Este aspecto fue tratado por la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2005, caso *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico*, reiterada entre otras, en sentencia de 8 de julio de 2009, caso *Janía Josefina Noriega Urbaneja y otros*:

“En atención al razonamiento delineado en el presente fallo, este órgano jurisdiccional considera imprescindible aclarar que en el pasado el criterio sostenido por esta Sala era asumir la competencia de este tipo de ac-

ciones -demandas por intereses difusos o colectivos- con similares características a la que aquí se plantea, en las cuales se perseguía “calidad de vida” (Vid. sentencias N° 1571 del 22 de agosto de 2001, caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal [ASODEVIPRILARA]; N° 2354 del 3 de octubre de 2002, caso: Elecentro); no obstante, y en atención al criterio sostenido por este sentenciador en el presente fallo, resulta oportuno aclarar que toda reclamación por la prestación de un servicio público de contenido general, implica una demanda o acción colectiva (intereses colectivos o difusos); sin embargo, si existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo ad hoc, esto es, la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos (artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), esta será la vía a la cual deberán acudir las personas afectadas por la deficiente prestación del servicio para obtener la satisfacción de sus pretensiones”

De acuerdo con este criterio, la demanda por la prestación de servicios públicos es una especie del género de las demandas de derechos difusos y colectivos, pero que al contar con un mecanismo procesal específico (regulado, según vimos, en la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), debe ser tramitado por tal mecanismo, como quedó reconocido en el artículo 150.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>40</sup>.

La demanda de derechos difusos y colectivos no se basa, así, en la previa calificación de una actividad como servicio público, pero emplea un criterio no menos confuso, que otorga al Juez –especialmente a la Sala Constitucional- un ámbito de control que queda poco delimitado<sup>41</sup>.

Por ello, no sería posible acudir a la demanda por intereses difusos y colectivos en caso de indebida prestación de los llamados servicios públicos municipales –o los servicios públicos domiciliarios- pues en tal caso, la acción procedente es la demanda por la prestación de servicios públicos, de conformidad con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Recientemente ese principio ha sido desconocido en menoscabo de la autonomía municipal.

### 3. LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DE LA DEMANDA POR INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE LOS MUNICIPIOS SAN CRISTÓBAL, SAN DIEGO, BARUTA, EL HATILLO Y SUCRE

En contra de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de su propia jurisprudencia, la Sala Constitucional ha admitido la procedencia de la demanda por intereses difusos y colectivos para resolver pretensiones que, en el fondo, encuadran con las denominadas demandas por la prestación de servicios públicos, demandas que como vimos, suponen un grado notable de imprecisión, por la vaguedad con la cual ha sido acotado el concepto de servicio público como criterio determinante de competencia.

El primer antecedente que queremos comentar se originó a propósito de dos acciones de defensa de intereses difusos y colectivos presentadas por personas que alegaban la violación de diversos derechos (como el derecho al libre tránsito, por ejemplo) en ciertos Municipios<sup>42</sup>. Según los demandantes, tales violaciones derivaban de la supuesta inactividad de los Alcaldes en atender a las situaciones de protesta que implicaban cierres de calles.

En sentencias N° 136 y 137, de 17 de marzo de 2014, la Sala Constitucional admitió las acciones intentadas. Al pronunciarse sobre las medidas cautelares que habían sido solicitadas, la Sala, *de oficio*, consideró que en realidad la medida pertinente era el amparo cautelar, con base en el artículo 3 de la –entonces vigente– Ley Orgánica de Amparo. El mandato de amparo cautelar consistió en cinco órdenes, que por indeterminadas, eran de imposible cumplimiento:

“1. Realicen todas las acciones y utilicen los recursos materiales y humanos necesarios, a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos y se mantengan las vías y zonas adyacentes a éstas libres de residuos y escombros y de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana;



2. Cumplir con su labor de ordenación del tránsito de vehículos a fin de garantizar un adecuado y seguro desplazamiento por las vías públicas de sus municipios;
3. Velar por la protección del ambiente y el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario;
4. Girar las instrucciones necesarias en sus respectivos cuerpos de policía municipal, a fin de dar cumplimiento efectivo a lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana; y, en este sentido,
5. Desplegar las actividades preventivas y de control del delito, así como, en el ámbito de sus competencias, promover estrategias y procedimientos de proximidad con las comunidades de sus espacios territoriales, a fin de lograr la comunicación e interacción con sus habitantes e instituciones locales con el propósito de garantizar y asegurar la paz social, la convivencia, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de la ley”

Las órdenes eran indebidamente amplias. No se indicó qué específicas conductas debían ser realizadas por los Alcaldes. En muchos casos, además, las órdenes se limitaron a reproducir competencias genéricas del Municipio, como por ejemplo, “cumplir con su labor de ordenación del tránsito” o “velar por la protección del ambiente y el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario”.

Más grave todavía, la orden relacionada con la actuación de la policía municipal omitió considerar las restricciones existentes para la intervención de esa policía en prevención de protestas. Así, en el marco de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, se ha establecido que la prevención de manifestaciones es competencia privativa de ciertos cuerpos de seguridad, estableciéndose de manera específica que la policía municipal no puede adquirir equipos destinados a la prevención del orden público en manifestaciones o protestas. Los estándares globales de protección de derechos humanos impiden que policías armadas participen en el control de manifestaciones, pues ese

control solo puede ejercerse por medio de armas no letales<sup>43</sup>.

El panorama anterior se agravó todavía más, cuando la Sala Constitucional decidió ampliar los efectos de las órdenes de amparo –y con ello, del juicio principal en el caso de los Municipios El Hatillo y Baruta- a otros Municipios, incluyendo el Municipio San Cristóbal. La sentencia N° 137/2014, de 17 de marzo, consideró así que *“del planteamiento presentado por los terceros intervinientes, además por hecho notorio, público y comunicacional esta Sala tiene conocimiento que en los municipios Chacao del estado Miranda; San Cristóbal del estado Táchira; Diego Bautista Urbaneja del estado Anzoátegui; y Maracaibo del estado Zulia, desde hace más de un mes se está dando una situación idéntica a la denunciada en la presente demanda (...)”*.

Como es sabido, estas demandas derivaron en un inconstitucional “trámite” en el cual la Sala Constitucional valoró y acordó el desacato de la medida cautelar de amparo acordada, en los casos de los Municipios San Diego y San Cristóbal, declarándose además la ausencia absoluta de los Alcaldes de ese Municipio<sup>44</sup>.

Poco después la Sala Constitucional insistió en esta interpretación. En sentencia de 14 de octubre de 2014, la Sala Constitucional admitió la demanda de intereses difusos y colectivos ejercida contra el Municipio Sucre del Estado Miranda, por indebida prestación del servicio de aseo urbano. De similar manera, pero invocando el poder cautelar general de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional acordó una medida cautelar con las siguientes órdenes:

“Se DECRETA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA y, en tal sentido, se ORDENA al ciudadano Carlos Ocariz, alcalde del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda, que realice todas las acciones y utilice todos los recursos materiales y humanos necesarios, en el marco de la Constitución y la Ley, para recolectar inmediatamente, sin dilaciones y de forma regular y periódica, la basura y los desechos existentes y que se generaren en las distinta

parroquias que comprenden el municipio en el cual debe ejercer sus competencias, especialmente, en las cercanías a las instituciones educativas, centros de salud, zonas residenciales y comerciales, así como en las principales vías públicas. En tal sentido, se le ordena mantener libre de desechos y escombros las vías de comunicación que existieren en el referido municipio que le corresponde gobernar, y ejercer todo el control sanitario en general que les es inherente a su cargo público, para evitar la afectación de los derechos que sustenta la presente demanda en tutela de intereses colectivos ejercida por habitantes del municipio en cuestión. Igualmente, se le ORDENA que vele por la protección del ambiente, la salud, la educación, el libre tránsito y demás bienes jurídicos que le corresponde tutelar como jefe del ejecutivo municipal, en el marco de sus atribuciones y deberes constitucionales y jurídicos en general, particularmente en lo relativo a garantizar que las aguas servidas contaminadas con los desechos no recolectados en ese ámbito geográfico, no afecten las cuencas hidrográficas, perjudicando el equilibrio ecológico de esas zonas”

Se trata, como puede observarse, de órdenes indeterminadas e imprecisas, que como tales, son de imposible cumplimiento. Lejos de tratarse de ordenes específicas –como debería ser el caso de las medidas cautelares en el marco de una pretensión de condena- estas órdenes versan sobre un contenido indeterminado que impide valorar, objetivamente, su cumplimiento o incumplimiento.

Puede entonces afirmarse que las sentencias comentadas constituyen una indebida mutación de la demanda de intereses difusos y colectivos para dilucidar lo que deberían ser pretensiones propias de las demandas por servicios públicos. En efecto:

.- En *primer* lugar, e incluso desde el régimen de las demandas por intereses difusos y colectivos, notamos que no estamos ante situaciones de trascendencia nacional sino, de ser el caso, ante situaciones de trascendencia local, todo lo cual permitía considerar la incompetencia de la Sala

Constitucional<sup>45</sup>. Para tratar de justificar su competencia, la Sala acude a criterios ajenos a los parámetros de competencia de la Ley, como la “trascendencia constitucional” de los derechos supuestamente violados.

- En *segundo* lugar, la pretensión de condena, en los casos comentados, versaban sobre competencias municipales que han sido consideradas –o podrían ser consideradas– como “servicios públicos municipales”, como es el caso de la actividad de ordenación y tránsito terrestre y, todavía más claro, de aseo urbano. Como se analizó, la amplitud conceptual del servicio público permitía concluir que las demandas por intereses difusos y colectivos, en realidad, versaban sobre alegatos de indebida prestación de servicios públicos municipales, lo que acreditaba la inadmisibilidad de esa demanda, ante la previsión de un cauce procesal específico en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Aquí es importante recordar que el concepto de servicio público municipal es tan amplio que no se limita a actividades de gestión económica, como el aseo urbano, sino que puede alcanzar a la actividad de policía de tránsito terrestre<sup>46</sup>. Por lo tanto, si dicha actividad es considerada servicio público, entonces, debería haberse admitido que el cauce procesal era el correspondiente a las “demandas contra los servicios públicos”, pues lo que estaba en discusión era la indebida prestación del “servicio público”

- Por último, y en *tercer* lugar, la Sala Constitucional consideró que el Municipio tiene una especie de obligación de resultado respecto de estas actividades, al imponer órdenes que solo se cumplen con la satisfacción efectiva de un fin. Empero, como ha quedado dicho, las actividades consideradas “servicios públicos” no pueden ser valoradas en el contexto de “obligaciones de resultados” en el marco de la actividad administrativa, sino en todo caso, en “obligaciones de medio”.

De hecho, como vimos, la Sala Constitucional asumió que el Juez no puede sustituirse en el diseño y ejecución de políticas públicas del Estado, siquiera, en materias relacionadas con derechos prestacionales (sentencia de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*). Tal criterio fue asumido por la Sala Constitucional respecto del Poder Nacional pero olvidado respecto del Poder Municipal, todo lo cual de-

nota, o una ausencia de criterio definido o, lo que es peor, un sesgo en el ejercicio de la función judicial.

Pues en el fondo, en los casos comentados, la Sala Constitucional se erige en una especie de contralor de gestión de actividades declaradas o consideradas servicios públicos y que, como tales, se consideran actividades “asumidas” por el Municipio quien tiene, por ello, una suerte de obligación de resultado.

Esta es la crítica más grave, de cara a la autonomía municipal. La imprecisión que rodea a la demanda de intereses difusos y colectivos fue aprovechada indebidamente por la Sala Constitucional para considerar que existía un incumplimiento objetivo de obligaciones a cargo del Municipio y relacionadas con un concepto amplio de “servicio público”, que abarca a actividades de limitación –policía- e prestación –aseo urbano- incluso, cuando la gestión de esos servicios quedaba confiada a la iniciativa privada, a través de la respectiva concesión, como sucede con el servicio de aseo urbano.

Esto evidencia que a través de la mutación de la demanda por intereses difusos y colectivos, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido un indebido control judicial que menoscaba la autonomía municipal, pues es el Tribunal quien asume la competencia para definir, a su arbitrio, las obligaciones del Municipio respecto de los “servicios públicos municipales” y, consecuentemente, es quien se sustituye indebidamente en el Municipio en decidir cómo podrán ser ejercidas las competencias municipales relacionadas con tales servicios.

La situación, sin embargo, tampoco hubiese sido muy distinta si la demanda hubiese sido canalizada como una pretensión de servicios públicos y conocida por el Juez Municipal. La imprecisión del servicio público marca, como ha sido señalado, una absoluta indeterminación en el contenido de esa pretensión, todo lo cual queda trasladado al control judicial que por indebidamente amplio, es una amenaza a la autonomía municipal.

### III. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA MUNICIPAL RELACIONADA CON LOS LLAMADOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

#### 1. PRELIMINAR. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL MUNICIPIO

El control judicial sobre el Municipio y en especial, sobre su Administración, debería quedar rodeado de características especiales, de cara al régimen derivado del artículo 168 constitucional. La autonomía municipal reconocida en este artículo supone, entre otras garantías, una prohibición de injerencias indebidas de otros órganos del Poder Público en el ejercicio de las competencias municipales, que pivotan sobre los asuntos propios de la vida local a los que se contrae el artículo 178 de la Constitución. Esta garantía es reforzada en el último párrafo del artículo 168, de acuerdo con el cual *“los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y la Ley”*.

Esa garantía específica no solo prohíbe que los actos del Municipio puedan ser revisados por órganos distintos al Poder Judicial sino además, marca un límite especial a la revisión que puede llevar a cabo el Poder Judicial, revisión judicial que no puede implicar una injerencia en el ejercicio de las competencias del Municipios. La línea de distinción es ciertamente tenue, por la aparente antinomia entre dos principios: aquel que postula que todos los actos del Municipio se someten a la Constitución y por ello, al control judicial (artículo 137) y el principio que impide una indebida sustitución de las competencias del Poder Municipal por parte del Poder Judicial (artículo 168).

Esta limitación al control judicial no puede derivar, claro está, en el reconocimiento de actos exentos del control judicial o de inmunidades de control. Todo lo contrario, se insiste, los actos del Poder Municipal

quedan sujetos al control judicial integral, incluyendo la actividad e inactividad de la Administración, cuyo control recae en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero tal control judicial, en el marco del principio de separación de poderes, debe salvaguardar la autonomía municipal en el ejercicio de sus competencias.

Ese debe ser el sentido del último párrafo del artículo 168 constitucional. La prohibición de medios de impugnación de los actos del Municipio distintos al control judicial debe suponer el reconocimiento de límites ciertos a dicho control, para evitar que sea el Poder Judicial quien termine decidiendo cómo podrán ser ejercidas las competencias municipales. En el caso de la justicia administrativa, esto responde al problema clásico relacionado con los límites del control judicial sobre la Administración<sup>47</sup>. Tales límites deben extremarse en el caso del control judicial del Municipio, de cara a asegurar la efectividad de la autonomía municipal reconocida en el citado artículo 168.

Claramente esos límites fueron irrespetados por las sentencias comentadas de la Sala Constitucional, que no solo mutaron la naturaleza de la demanda de intereses difusos y colectivos sino que además, asumieron el control judicial sobre los llamados “servicios públicos municipales” considerando que las competencias del Municipio responden a “obligaciones de resultado” y no a “obligaciones de medio”. Al haber establecido un catálogo amplio e indeterminado de obligaciones del Municipio que solo se cumplen con la obtención de un resultado específico, la Sala Constitucional terminó usurpando el ejercicio del Poder Municipal y menoscabando la autonomía municipal constitucionalmente garantizada.

Es el Municipio -y no el Poder Judicial- quien debe decidir, dentro del marco aplicable, cómo llevar a cabo la gestión de las competencias municipales consideradas “servicios públicos municipales”, lo que es reconocido por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal al reconocer la “libertad” del Municipio para decidir sobre la gestión de sus competencias. Esto justifica, como se expone en el punto siguiente, redefinir el control judicial sobre los llamados “servicios públicos municipales”.

## 2. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

El control judicial sobre los servicios públicos municipales, de acuerdo a lo antes planteado, se ejerce actualmente a través de la “demanda por la prestación de los servicios públicos”, que ha sido considerada una especie del género de las demandas de derechos difusos y colectivos. De acuerdo con su configuración en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal demanda podrá ejercerse en casos de indebida prestación de aquellas actividades “asumidas” por el Municipio, en su condición de “servicios públicos municipales”.

De entrada, la demanda por la prestación de servicios públicos encuentra un punto débil, cual es la imprecisión del concepto de servicio público, cuestión ya tratada. La confusión deviene por cuanto en este ámbito sigue prevaleciendo la idea según la cual, todo servicio público supone una “titularidad” o “publicatio”, en este caso, en cabeza del Municipio, con lo cual, la actividad de servicio público es siempre una *actividad municipal*<sup>48</sup>.

Si se considera que toda actividad de servicio público municipal es siempre una actividad municipal, entonces, se ampliará notablemente el control judicial sobre la Administración, pues toda deficiencia en la prestación de tal servicio podrá ser considerada como un caso de indebido ejercicio de la “actividad administrativa de servicio público”. Si a ello le agregamos el riesgo de que las competencias municipales sean consideradas como “obligaciones de resultado”, en el sentido que ellas exigen obtener específicos resultados en la gestión de esa “actividad administrativa de servicio público”, entonces, el control judicial sobre la Administración Municipal tendrá el riesgo cierto de derivar en una usurpación de las competencias municipales.

El llamado contencioso de los servicios públicos no podrá articularse como un medio efectivo de tutela judicial, en la medida en que siga dependiendo de un concepto tan impreciso y riesgoso como el servicio público, concepto que en el ámbito municipal adquiere incluso mayor



imprecisión, ante la tendencia por equiparar todas las competencias municipales a actividades de servicio público que como tal, suponen siempre una actividad administrativa. Bajo esta distorsionada visión, cualquier falla en la prestación de los servicios públicos municipales -incluyendo a los llamados servicios domiciliarios- podrá derivar en una pretensión de condena contra la Administración.

Es necesario reconstruir todo este sistema de control judicial a partir del concepto técnico de inactividad administrativa, lo que a su vez exige partir del concepto técnico de actividad administrativa. Y aquí reside la causa del equívoco, pues en realidad, no existe una “actividad administrativa de servicio público”, con lo cual, mal puede pretenderse el control judicial de la “inactividad administrativa de servicio público”<sup>49</sup>. El control judicial debe versar, así, sobre los conceptos técnicos de actividad e inactividad administrativa.

Lo cierto es que frente a las actividades económicas de servicio consideradas “servicios público” (aseo urbano, por ejemplo), y según vimos, la Administración Municipal podrá asumir dos tipos de actividades: *actividad de limitación* sobre la gestión de esas actividades asumidas por un tercero, o la *actividad prestacional*, cuando la Administración asume directamente la gestión del servicio. Consecuentemente, solo hay dos tipos de inactividad administrativa: la inactividad en la limitación de la gestión del servicio, o la inactividad en la gestión del servicio.

Esta propuesta va en sintonía con la redefinición actual del concepto de servicio público, en la cual se abandona la tradicional visión estatista (que concibe al servicio público como una actividad estatal) para asumir que el servicio público también puede comprender a actividades entregadas a la libertad económica y la libre competencia, pero bajo el control de la Administración<sup>50</sup>. Una visión asumida incluso en Francia, y en general, en Europa<sup>51</sup>, y que desecha la tradicional concepción estatista del servicio público por una visión centrada en el ciudadano<sup>52</sup>.

Que la anterior conclusión no se preste a confusiones. Bajo la Constitución es innegable que los Poderes Públicos deben intervenir para

*satisfacer o garantizar la satisfacción* de necesidades sociales relacionadas con los derechos prestacionales, como corresponde a la cláusula del Estado social y Democrático de Derecho. El estudio de la actividad administrativa relacionada con tal actuación no precisa, sin embargo, acudir al servicio público, pues bien puede ser analizada desde la doble visión de la actividad prestacional y la actividad de limitación. Comprendiendo, además, que la actividad prestacional admite grados: desde el estímulo a la libre iniciativa privada a la asunción de la gestión directa de la actividad, todo ello, en respeto a los principios de menor intervención y subsidiariedad.

Bajo esta redefinición sería equívoco sostener que toda indebida gestión de la actividad considerada servicio público permite el ejercicio de la pretensión de condena contra la Administración. En realidad, es necesario distinguir el supuesto en el cual la Administración asume la gestión de ese servicio de aquel en el cual el servicio es gestionado por un tercero, típicamente por la libre iniciativa privada pero bajo el control de la Administración. En el primer caso, la pretensión de condena sí podría esgrimirse contra la Administración por la inactividad de su actividad de prestación, siempre acotando cuál es la obligación incumplida; en el segundo caso, por el contrario, la pretensión de condena no podrá dirigirse contra el gestor privado del servicio –en tanto, en su condición de particular, no puede ser juzgado por la justicia administrativa<sup>53</sup>.- sino solo contra la Administración, pero por su inactividad en la limitación sobre la gestión privada.

El concepto de inactividad administrativa se ha adoptado al Estado social, al aludirse así la inactividad prestacional y a la pretensión prestacional (Urosa Maggi)<sup>54</sup>. De acuerdo con esta posición, la pretensión prestacional tendría por objeto procurar la tutela judicial frente a (i) la inactividad administración en la gestión de servicios o (ii) la inactividad administrativa en la limitación de la gestión privada de servicios<sup>55</sup>.

Sin embargo, pareciera adecuado concretar este concepto a la pretensión de condena ejercida respecto de la omisión de la Administración en llevar a cabo su actividad prestacional, es decir, la inactividad relaciona-

da con la gestión de servicios a cargo de la Administración<sup>56</sup>.

Bajo esta noción estricta, la pretensión se orientaría a una condena a la Administración para restablecer la adecuada gestión de la actividad prestacional. De esa manera, no es necesario entrar a resolver sobre el complicado concepto de servicio público (como sucede con los artículos 8, 9.5 y 65.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pues la tutela judicial se ejercerá respecto de la inactividad de la actividad prestacional, procurando así, de la Administración, la corresponde gestión del servicio. En parte, ello está presente en el artículo 7.5 de la Ley, que reconoce la competencia de la justicia administrativa para conocer de la “actividad prestacional”. Como se observa, aquí no es necesario entrar a determinar qué es servicio público, pues lo relevante será la existencia de una actividad prestacional de la Administración.

¿Podría ejercerse esta pretensión contra la Administración, cuando la gestión del “servicio público” esté en manos privadas? Si se admite el concepto restrictivo, la pretensión prestacional solo puede tener por fundamento la inactividad en el ámbito de la actividad prestacional a cargo de la Administración. Sin embargo, en este supuesto, la pretensión de condena puede también ser ejercida respecto de la inactividad de la Administración en el ejercicio de la actividad de limitación sobre la gestión privada del servicio, lo que en sentido estricto, no sería un supuesto de inactividad prestacional.

Si asumimos esta posición, entonces, tendríamos que denunciar la confusión entre el “contencioso de los servicios públicos” y la tutela judicial frente a la inactividad administrativa, tanto más cuando la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula ambos supuestos bajo el mismo “procedimiento breve”<sup>57</sup>. Cabe recordar que la propuesta inicial considerada por la Asamblea Nacional –como pudimos comprobar al haber participado en las primeras consultas públicas iniciadas respecto de esa Ley- era establecer un procedimiento común –incluso para la tutela frente a la inactividad- y un procedimiento breve –para casos de urgencia, incluso, relacionados con la inactividad administrativa en los “servicios públicos”. Aun cuando ese no sea el resultado final –lamenta-

blemente toda pretensión frente a la inactividad es tramitada por el juicio breve- lo cierto es que pudiera entenderse que, para la Ley, el reclamo de los servicios públicos es un tipo especial de tutela judicial frente a la inactividad.

### 3. RECAPITULACIÓN

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto respecto del control judicial de los llamados “servicios públicos municipales”, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- En *primer* lugar, conviene insistir en la necesidad de no acudir al equívoco concepto de “servicio público municipal” para determinar las competencias municipales y para fijar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto su indeterminación amplía, indebidamente, la responsabilidad que el Municipio pueda tener en casos de indebida gestión de las actividades consideradas o declaradas servicios públicos. En especial, ante la prevalencia de la visión según la cual, el servicio público es, siempre, una actividad administrativa, incluso cuando su gestión esté en manos privadas.

- En *segundo* lugar, el control judicial debe enfocarse en la tutela de la inactividad de la Administración Municipal en la gestión de su actividad prestacional. Aquí es irrelevante calificar o no a tal actividad prestacional como un “servicio público”. En realidad, el Municipio puede asumir directamente la realización de actividades económicas en las materias de su competencia. Toda inactividad en esa gestión económica podrá ser tutelada ante la justicia administrativa, por medio del procedimiento aplicable a los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos (artículo 65.1, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por ello, lo que se propone es que ese procedimiento de “reclamos de servicios públicos”, aplique solo en casos de inactividad prestacional de la Administración<sup>58</sup>.

- En *tercer* lugar, cuando sea la iniciativa privada –u otro órgano del Poder Público- quien asuma la gestión directa de actividades cuya regu-

lación corresponde al Municipio, al ser competencias en asuntos propios de la vida local, podrá ejercerse la correspondiente pretensión de condena por la inactividad de la Administración en el ejercicio de las potestades de ordenación y limitación sobre esa actividad económica. La pretensión no se dirige, en este caso, a obtener de la Administración la actividad prescricional omitida, sino en obtener de la Administración la actividad de limitación que ha sido obviada y que coadyuvaría a la correcta gestión de la actividad. En tal caso, estaríamos ante una de las “abstenciones” a las cuales se contrae el artículo 65.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esto supone erradicar la práctica –admitida por los Tribunales– de admitir la pretensión de condena contra el Municipio por la indebida gestión de las actividades consideradas servicios públicos, incluso, cuando su gestión recae en un tercero, como sería el caso de la empresa privada que opera el servicio en virtud de una “concesión”<sup>59</sup>. Como vimos, no estamos ante una estricta concesión, pues esa actividad no está reservada al Estado de acuerdo con el artículo 302 constitucional. Por ello, mal podría esgrimirse una pretensión de condena contra la Administración para que lleve a cabo la prestación de un servicio que es prestado por la iniciativa privada en ejercicio de su derecho de libertad económica.

- En *cuarto* lugar, la pretensión de condena debe basarse en un concepto específico de inactividad, todo lo cual supone el incumplimiento de la obligación que, dentro del ordenamiento jurídico, compele a la Administración Municipal a actuar, sea para asumir la gestión del servicio –actividad prestacional– sea para limitar la gestión privada de tal servicio –actividad de limitación. La pretensión de condena, así, debe ser específica y concreta, sin que se admitan pretensiones indeterminadas que no identifiquen con precisión la obligación que ha omitido la Administración<sup>60</sup>.

- Por consiguiente, y en *quinto* lugar, la condena del juez debe ser igualmente específica, como lo exigen por lo demás las normas procesales aplicables. Una condena indeterminada no sólo es ineficaz, sino que además, constituye un riesgo claro de injerencia del Poder Judicial en el ejercicio de las competencias propias de la autonomía municipal. Tampoco es posible una condena indeterminada que obligue al Municipio a alcanzar

un cierto resultado general, en tanto tal resultado dependerá de factores ajenos al propio Municipio.

Por ello, la tendencia de la Sala Constitucional de mutar la demanda de intereses difusos y colectivos como mecanismo de control judicial sobre los servicios públicos municipales, admitiendo condenas imprecisas contra el Municipio que además requieran obtener un resultado específico, constituyen un claro exceso en el control judicial que lesiona la autonomía municipal constitucionalmente garantizada.

La Unión, diciembre 2014

(ENDNOTES)

- 1 Para la bibliografía básica de este punto, vid. Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 235 y ss.
- 2 Vid. Araujo Juárez, José, *Derecho administrativo general. Servicio público*, Paredes, Caracas, 2010, pp. 58 y ss.
- 3 La actividad de servicio público comprende a las prestaciones que deben ser gestionadas obligatoriamente por el Estado, razón por la cual ellas se encuentran sustraídas de las actividades que pueden ser libremente realizadas por los ciudadanos. Brewer-Carías, Allan, “Prólogo”, *Los servicios públicos domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, CERECO, FUNEDA, Caracas, 2012, p. 19.
- 4 Por ello, se admite que la iniciativa privada puede ejercer actividades de servicio público, sujeta a una previa habilitación. Vid. Hernández-Mendible, Víctor, *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 67 y ss. Con todo, la diferencia entre la “reserva” y la “publicatio” no queda del todo clara. Pareciera que solo cuando la “publicatio” es intensa hay reserva de titularidad, pero si la “publicatio” es mínima, no existe tal reserva, aun cuando sí limitaciones a la libertad de empresa.
- 5 De manera tradicional, la gestión del servicio público por la iniciativa privada es posible a través de la concesión, lo que implica la gestión temporal del servicio bajo el control de la Administración. Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho administrativo*. XIV edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013, p. 278.
- 6 Los derechos fundamentales prestacionales son aquellos cuya satisfacción requiere de una prestación o *hacer*, a cargo de la Administración pero también a cargo de la iniciativa privada.

- Estos derechos prestacionales coinciden en muchos casos con las actividades consideradas de servicio público, como sucede por ejemplo, con el derecho a la vivienda y a la salud. En general, vid. Casal, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2010, pp. 22 y ss.
- 7 Sentencia del Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital de 1 de octubre de 2013, caso *FAPUV*.
  - 8 Sobre los servicios públicos municipales, nos remitimos a las consideraciones y bibliografías contenidas en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit., pp. 609 y ss. Respecto del citado artículo 178, vid. Villegas Moreno, José Luis, *Doscientos años de municipalismo*, Universidad Católica del Táchira-FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 121 y ss.
  - 9 Recientemente, vid. Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte General. Servicio Público*, cit., pp. 197 y ss.
  - 10 Recientemente, véase la obra colectiva, ya citada, *Los servicios públicos domiciliarios*, cit. Igualmente, véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, “Servicio domiciliario y servicio público”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Volumen 53, Número 129, Caracas, 2007, pp. 321 y ss.
  - 11 Véase nuestro anterior estudio en este tema, en Hernández G., José Ignacio, “El régimen de los servicios públicos municipales”, en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 291 y ss. El artículo 73 de esa Ley reconoce así, como principio, que “la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser objeto de concesión, sólo mediante licitación pública a particulares”.
  - 12 Como es el caso, entre otros, del derecho prestacional a la dotación de agua. Véase entre otras, la sentencia de la Sala Constitucional de 30 de marzo de 2007, caso *Coopejunko*.
  - 13 Resalta en este sentido la imprecisión terminológica de la Constitución. El artículo 156.29 emplea la denominación “servicio público domiciliario” para referir a servicios como el agua potable, mientras que el artículo 178.6 alude al servicio de agua potable dentro de las competencias municipales, pero sin calificar a tal actividad como servicio público.
  - 14 Además de las citas efectuadas, vid. Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo*, Paredes, Caracas, 2013, pp. 390 y ss.
  - 15 Jiménez Guanipa, Henry, “El régimen del gas natural como servicio público en Venezuela”, en *Los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 365 y ss.
  - 16 Hernández-Mendible, Víctor, “El servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento”, en *Los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 43 y ss.
  - 17 Este es uno de los argumentos que sostienen la inconstitucionalidad del Estado Comunal. Para el caso del Municipio, vid. Villegas, José Luis, “Jaque al municipio constitucional. La irrupción de la Comuna en el sistema territorial municipal”, en *Anuario de Derecho Público V-VI*,

- Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 57 y ss. Recientemente, vid. Brewer-Carías, Allan “El Estado totalitario y la ausencia de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, de economía mixta y descentralizado”, y Sánchez Falcón, Enrique, “Inconstitucionalidad del Estado Comunal”, ambos en *XII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho administrativo y Proceso*, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 31 y ss., y 163 y ss. Véase en general la obra colectiva *Leyes del Poder Popular*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.
- 18 Véase el Decreto N° 1.389, mediante el cual se dicta el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones (GO N° 40.540 de 13 de noviembre de 2014)*. En cuanto al régimen del Decreto-Ley original, véanse los distintos comentarios contenidos en la *Revista de Derecho Público N° 130*, Caracas, 2012.
- 19 Recientemente, como vimos al comentar la posición de Araujo-Juárez, jurisprudencia y doctrina venezolana han matizado esta conclusión, al entender que no toda actividad de servicio público se encuentra reservada al Estado en los términos del artículo 302 constitucional. Por ello se ha afirmado la compatibilidad entre servicio público y libertad de empresa. Fundamental resulta, en este sentido, la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González Sosa*. Nuestro comentario en Hernández G., José Ignacio, “¿Superación de la crisis conceptual del servicio público”, en *Revista de Derecho Administrativo número 17*, Caracas, 2003, pp. 123 y ss. Aun así, se insiste, no queda claro, en la práctica, cuál sería la distinción entre la “reserva” y la “publicatio”.
- 20 Es por ello que, en nuestra opinión, no puede diferenciarse la “reserva” de la “publicatio”. En su sentido común, la “publicatio” supone que la titularidad de la actividad pasa al Estado, lo que solo puede efectuarse a través de la reserva. Esa titularidad puede admitir la gestión pública o la gestión privada de la actividad, pero tal gestión privada no será ya consecuencia del derecho de libertad de empresa, sino del acto traslativo del derecho a realizar la actividad, o sea, la concesión.
- 21 Esta distinción bipartita es de arraigo alemán y ha sido trabajada por la doctrina española. Véase la obra colectiva *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La actividad de las Administraciones Públicas. Volumen III. El contenido*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13 y ss. De manera especial, vid. Wolff, Hans-Julius, “Fundamentos del Derecho administrativo de prestaciones”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso, Tomo V*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 349 y ss.
- 22 Recordamos que de acuerdo con el artículo 68, “la ley estatal respectiva determinará los servicios públicos mínimos que cada Municipio deberá prestar de manera obligatoria”. No obstante, la “prestación de los servicios de agua potable, de recolección de basura, de alcantarillado de aguas



- servidas y pluviales, de alumbrado público, de plazas y parques públicos, será obligatoria para todos los municipios*”.
- 23 Riesta, Juan Lucas, “El régimen del servicio público de gestión de residuos y desechos sólidos”, en *Los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 221 y ss.
  - 24 La distinción entre concesión y autorización no depende de la terminología empleada por la Ley sino del derecho económico ejercido: si es un derecho propio -libertad de empresa- estaremos ante una autorización; si el derecho es otorgado por la Administración -a consecuencia de una reserva previa- estaremos ante una concesión. Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, IESA-Funeda, Caracas, 2004, pp. 335 y ss.
  - 25 Para el concepto de inactividad administrativa, vid. Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 44 y ss.
  - 26 Recalcamos que la práctica, buena parte de los servicios públicos municipales son gestionados por la Administración Pública Nacional, lo que reduce todavía más la autonomía municipal. Notable es el caso del servicio de agua potable, en manos de empresas públicas nacionales.
  - 27 El tema ha sido estudiado en el contexto de la Administración prestacional del Estado social, y respecto de las consecuencias jurídicas de su inactividad. Véase sobre ello a Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, cit., pp. 277 y ss. Se advierte allí sobre los riesgos de un control judicial desmesurado.
  - 28 Véase su inicial propuesta en “Ampliación del ámbito contencioso-administrativo”, en *Revista de Derecho Público N° 22*, Caracas, 1985, pp. 33 y ss. Con posterioridad, la autora ha vuelto sobre esta idea en *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2001, pp. 199 y ss., entre otras obras.
  - 29 Para el análisis sobre la incorporación de esa norma en el artículo 259 constitucional, vid. Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, cit., pp. 99 y ss.
  - 30 En cuanto a los antecedentes de estos “reclamos”, nos remitimos a nuestro estudio anterior Hernández G., José Ignacio, “Las pretensiones procesales administrativas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de Derecho Administrativo N° 20*, Caracas, 2005, pp. 121 y ss. Sobre la regulación de estos reclamos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vid. Brewer-Carias, Allan, “Introducción general régimen de la jurisdicción contencioso administrativa”, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 9 y ss. Véase también, entre otros, a Herrera, Carlos Eduardo, “Constitución, Servicios Públicos y “Poder Popular”. Consideraciones generales sobre el contencioso administrativo de los servicios públicos en Venezuela”, en *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-*

*administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 317 y ss.

- 31 Un ejemplo prototípico de tal noción amplia es la sentencia de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Allí se sostuvo que para que una actividad pueda ser considerada servicio público debe reunir las siguientes notas: (i) ha de tener contenido prestacional; (ii) ha de estar “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida –directa o indirecta-mente- por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras. Por ello, tales reclamos se han intentado contra sociedades mercantiles privadas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2003, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela*, y de 18 de septiembre de 2003, caso *CANTV*).
- 32 Por ejemplo, véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3 de abril de 2002, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II* así como la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 5 de noviembre de 2004, caso *C.A. Electricidad de Caracas*.
- 33 Para el estado actual de los “reclamos” por la prestación de servicios públicos, vid. Urosa Maggi, Daniela, “Demandas por prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 4*, Caracas, 2014.
- 34 La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 14 de noviembre de 2007, caso *Luz Eléctrica de Venezuela III*, entendió que los “reclamos” contra la prestación de los servicios públicos pueden deducirse a través de la *pretensión procesal administrativa*, bajo la tesis conforme a la cual, ante la justicia administrativa puede formularse cualquier tipo de pretensión, aun no contando con reconocimiento expreso en la Ley procesal. Como apunta la sentencia, “la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de cualquier tipo de reclamo acerca de la prestación de servicios públicos; es decir, es competente para conocer de cualquier tipo de pretensión procesal acerca de la prestación de servicios públicos; bien sea una pretensión de condena, declarativa, anulatoria, restitutoria, etc.”.
- 35 Como parece sostener la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 20 de marzo de 2014, caso *Italcambio*. En este mismo sentido, entre otras, véase la sentencia del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de 17 de febrero de 2011, caso *Hidrocapital*.
- 36 Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de febrero de 2012, caso *Hidrocapital*.
- 37 Algún sector de la doctrina ha pretendido acotar el concepto de servicio público a estos fines, por ejemplo, excluyendo a las actividades económicas no esenciales o respecto de las cuales no existe obligación de prestación del Estado (Pasceri, Pier Paolo, “Control contencioso administrativo sobre los servicios públicos”, en *XXXVII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Avances*

- jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 2013, pp. 172-173). Esta misma distinción entre servicio público y actividad prestacional es asumida por Canónico, Alejandro, “La demanda para el reclamo por la prestación de servicios públicos”, en *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*, FUNEDA, Caracas, 2013, p. 407. Otro sector insiste en la idea general de una “asunción de titularidad” o “publicatio” de grado variable, pero admitiéndose que tal titularidad se mantiene incluso cuando la intervención administrativa solo se extiende a la regulación de la actividad. Silva Bocaney, José Gregorio, “De los servicios públicos. De las demandas que interpongan los usuarios por su prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 336-337.
- 38 Sobre estos antecedentes, vid. Grau, María Amparo, “Los intereses difusos y colectivos”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 2, 2001, pp. 195 y ss.
- 39 Véase a Badell Madrid, Rafael, “La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 2, Universidad Monteávila, Caracas, 2013, pp. 13 y ss. Con mayor amplitud, del autor, vid. *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela. Class Action*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 93 y ss.
- 40 La sentencia de 6 de junio de 2011, caso *ANAUCO*, reitera este criterio y concluye que la demanda por intereses difusos y colectivos es inadmisibile cuando se base en la prestación de servicios públicos. Véase sobre este punto, lo tratado en Badell Madrid, Rafael, *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela*, cit., pp. 102 y ss., así como Urosa Maggi, Daniela, “Demandas por prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio”, cit.
- 41 Todo lo cual se traduce en un riesgo cierto a la libertad general del ciudadano, ante la intención de ver a esos derechos colectivos y difusos desde una perspectiva colectivista. La base de los derechos prestacionales –que son “derechos difusos y colectivos”- es la libertad del ciudadano, lo que parece no tenerse en cuenta en el tratamiento de esta demanda. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, “Los derechos humanos y la necesaria transformación de la justicia administrativa”, en *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*, cit., pp. 629 y ss.
- 42 La primera acción fue interpuesta el 5 de marzo de 2014, respecto de los Municipios Baruta y El Hatillo del Estado Miranda. La segunda acción, ejercida el 7, se relacionó con el Municipio San Diego del Estado Carabobo.
- 43 De conformidad con *Normas para la adquisición, posesión, uso, registro y control de armamentos, municiones, equipos y accesorios para los Órganos de Seguridad Ciudadana, Cuerpos de Seguridad del Estado y demás Órganos y Entes que excepcionalmente ejerzan competencias propias del Servicio de Policía* (Gaceta Oficial N° 39.627 de 2 de marzo de 2011) y las *Normas*

sobre la actuación de los Cuerpos de Policía en sus diversos ámbitos políticos territoriales para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones (Gaceta Oficial N° 39.658 de 18 de abril de 2011), el control de orden público supone el uso de armas y equipos no letales, como las bombas lacrimógenas. De acuerdo esas Normas, se prohíbe “el uso de equipos y vehículos para control de orden público, por parte de las Policías Municipales”. Por ello, esos cuerpos “no portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas”.

- 44 Brewer-Carías, Allan, “La condena y encarcelamiento de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer-Car%C3%ADas.%20Sobre%20la%20sentencia%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20encarcelando%20Alcaldes.%2021-3-2014.pdf> [Consulta: 06.12.14]
- 45 En ninguna de las demandas examinadas la Sala Constitucional era el Tribunal competente, pues no se trataba de demandas de intereses difusos de alcance nacional. Sin embargo, la Sala Constitucional concluyó que las pretensiones deducidas “requieren de tutela especial por parte de la Sala Constitucional”. Por ejemplo, en la sentencia N° 136, al admitir una de esas acciones, se señaló que “*esta Sala observa la relevancia constitucional que tienen los derechos constitucionales que se denuncian vulnerados por parte de los presuntos agraviantes, los cuales pueden vincularse, en este caso, a intereses jurídicos de especial importancia como la alimentación, salud, la vida (en la demanda se alude expresamente al derecho a la vida) y la libertad de tránsito, por lo que la Sala estima que el asunto de autos posee la característica a la que se refieren los citados dispositivos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que atribuyen competencia a esta Sala*”. La “relevancia constitucional” no es un parámetro de competencia en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
- 46 Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “Prólogo”, *Los servicios públicos domiciliarios*, cit., pp. 26 y ss.
- 47 Para el caso de la inactividad administrativa, vid. Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad*. Véase de la autora, sobre el control judicial del Municipio, su artículo “De la actuación del Municipio en juicio”, en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, cit., pp. 443 y ss. De manera especial, para un detallado análisis de este tema y adicionales referencias, véase a Urdaneta Troconis, Gustavo, “Innovaciones en el contencioso-administrativo municipal”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 129*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 381 y ss.
- 48 Este elemento de la “publicatio” ha sido realizado desde la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2005, caso *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico*, en la cual se intenta -sin mucho éxito- una distinción de “rigor conceptual” entre el servicio público y las otras actividades de interés general. En realidad, la “publicatio” es asumida, en

- este contexto, como todo vínculo intenso entre la actividad prestacional y la Administración, más allá que se trate de una actividad expresamente reservada por Ley al Estado. Entre otras, véase la sentencia de la Sala Constitucional de 6 de mayo de 2013, caso *Corpoelec Yaracuy*.
- 49 Además de las citas antes efectuadas, para mayores referencias en cuanto al concepto de actividad administrativa, vid. Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 53 y ss.
- 50 Es la tesis del nuevo servicio público, por ejemplo, tratada entre otros por el profesor Ariño Ortíz. Vid. Hernández G., José Ignacio, “Servicio Público y Regulación económica. Una perspectiva desde la América Española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 879 y ss.
- 51 En cuanto a la visión actual francesa, vid. Esplugas, Pierre, *Le service public*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 73 y ss. En general, vid. Bauby, Pierre, et al (coordinadores), *Los servicios públicos en Europa*, Universidad Externado, Bogotá, 2010.
- 52 Véase en general a Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.
- 53 ¿Podría ejercerse esta prestación contra los sujetos del sector privado que lleven a cabo actividades prestacionales consideradas o declaradas servicios públicos? Bajo la visión tradicional, sin duda, tales empresas privadas podrían ser demandadas ante la justicia administrativa, lo que supone un exceso, de cara al ámbito de la justicia administrativa en el artículo 259 constitucional. Esa justicia se justifica en tanto técnica de control de la Administración, pero en modo alguno puede admitirse su extensión a los particulares Sin embargo, en Venezuela se ha admitido que los particulares pueden dictar “actos de autoridad” equiparables a los actos administrativos, en dos casos: (i) cuando ejerzan servicios públicos y (ii) cuando ejerzan potestades administrativas.
- 54 Urosa Maggi, Daniela, “El contencioso administrativo prestacional”, *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*, Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público-FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 1141 y ss.
- 55 Urosa Maggi, Daniela, “El contencioso administrativo prestacional”, cit., p 1157.
- 56 Puede verse en general a González-Varas Ibáñez, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, pp. 403 y ss.
- 57 De acuerdo con el artículo 65, “se tramitarán por el procedimiento regulado en esta sección, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, las demandas relacionadas con: 1. Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos. 2. Vías de hecho. 3. Abstención”. Sobre ello, véase a Urosa Maggi, Daniela, “Tutela judicial frente a la inactividad

administrativa a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa venezolana”, en *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*, cit., pp. 439 y ss.

- 58 Esta distinción en la práctica es, sin embargo, inútil: la tutela frente a la inactividad de limitación también será tramitada por medio del mismo procedimiento breve.
- 59 Por ejemplo, véase la sentencia de 19 de septiembre de 2012 del Juzgado Primero de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, caso *Municipio Libertad del Estado Mérida*.
- 60 No se pretende volver al concepto restrictivo de “abstención” como la omisión específica a dictar un acto determinado. Pero entendemos que la inactividad administrativa requiere precisar, con claridad, cuál es la obligación que ha sido omitida.