

## LA NACIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La nacionalización y sus implicaciones jurídicas*. III. *La proyectada regulación general de los servicios públicos*. IV. *Las reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Servicios Públicos*. V. *La vuelta al Estado prestacional*. VI. *Consideraciones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

La construcción de la noción de servicio público en Venezuela tiene su génesis en el derecho administrativo clásico; sin embargo, ello no implica que esta institución jurídica administrativa haya evolucionado de la misma manera que en el derecho francés.<sup>1</sup>

En oportunidades anteriores se ha dejado establecido que los antecedentes del desarrollo jurídico de la institución del servicio público tienen características propias que los distinguen de otros ordenamientos jurídicos, tanto en Europa como en América.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Brewer Carías, Allan, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 6. 1981, pp. 189-193; Varios autores, *Servicio público. Balance & perspectiva*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999; Brewer Carías, Allan, *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*, Caracas, FUNEDA, 2002, t. I; Araujo Juárez, José, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003.

<sup>2</sup> Hernández-Mendible, Víctor R., “Régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 961-1029; “Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa”,

Esto ha sido así, por la evolución histórica, política, social y jurídica de Venezuela; sin embargo, ello no había impedido que al igual que el resto de los países que tienen un Estado social y democrático de derecho en el continente, se hubiera comenzado a transitar lentamente en la transformación del modelo de Estado prestacional por el modelo de Estado de garantía de prestaciones.<sup>3</sup>

Sin embargo, ha surgido una amenaza en el camino hacia la instauración del modelo de Estado de garantía de prestaciones producto de un conjunto de reformas legislativas, que proponen sin mencionarlo expresamente la nacionalización de los servicios públicos, aunque en realidad lo que se pretende es una auténtica estatización de los servicios públicos, que sugiere un regreso a la década de los setenta del siglo XX venezolano, que culminaron en la década de los años noventa de ese siglo, con el colapso del modelo de Estado prestacional, al haberse tornado éste incapaz de satisfacer las necesidades colectivas y, por ende, desmejorado de manera notoria la calidad de vida de los ciudadanos y afectado la cohesión social.

Ello llevará a analizar las propuestas legislativas destinadas a establecer nuevamente la titularidad exclusiva del Estado sobre los servicios públicos. Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo en cuatro partes, a saber: la nacionalización y sus implicaciones jurídicas (I); la proyectada regulación general de los servicios públicos (II); las reflexiones sobre el proyecto de ley de servicios públicos (III), y la vuelta al Estado prestacional (IV).

## II. LA NACIONALIZACIÓN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

El vocablo “nacionalización”<sup>4</sup> es polisémico, y ha sido utilizado de manera política, jurídica, económica y social; sin embargo, interesa efec-

*Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, 2005, pp. 313-346, y “La actividad de servicio público y la regulación bancaria”, *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, FUNEDA, 2005, pp. 87-94.

<sup>3</sup> Hernández-Mendible, Víctor R., “La reconfiguración dogmática en la regulación de las telecomunicaciones”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, núm. 6, 2006, pp. 86-99.

<sup>4</sup> En la doctrina científica venezolana se formularon las definiciones de nacionalización, a propósito de las llevadas a cabo entre los años 1970-1976, en los sectores de los

tuar su análisis exclusivamente en cuanto a las implicaciones jurídicas que el vocablo genera.

### 1. *La nacionalización respecto a otros poderes públicos*

En principio, la nacionalización ha sido utilizada respecto a los otros poderes públicos descentralizados territorialmente para referirse a aquellas funciones, actividades, bienes, servicios e industrias que son competencia exclusiva del poder público federal, cuyo ámbito de actuación está constituido por todo el territorio nacional.

Ello así, debe entenderse que las competencias atribuidas a los poderes públicos estatales y municipales únicamente pueden ejecutarse dentro de sus respectivos ámbitos territoriales, conforme a las previsiones constitucionales y legales.

Por supuesto, ello no impide que existan competencias concurrentes o compartidas entre los poderes públicos que deban ser objeto de armonización legislativa, de coordinación o cooperación para su ejecución, así como tampoco constituye óbice a la posibilidad de que aquellas competencias del poder público federal que se ejercen en todo el territorio nacional puedan ser objeto de descentralización hacia las entidades territoriales menores, como los estados, que integran la Federación y los municipios, como unidad político-territorial fundamental de la organización del Estado.

Es así como el sistema de distribución política republicana que se tenía en Venezuela, constitucionalmente admitió durante algún tiempo la existencia de un poder federal, integrado por el Ejecutivo Nacional, el Congreso Nacional y una Corte Federal —que ha tenido distintos nombres a lo largo de la accidentada historia política constitucional— con competencia nacional. Luego se encontraban las entidades político-territoriales denominadas estados, que tenían un Ejecutivo estatal, un Parla-

hidrocarburos, gas y los minerales del hierro y del aluminio. En tal sentido, se recomienda Sanso, Benito, *Aspectos jurídicos de la nacionalización del hierro en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977; Duque Corredor, Román José, *El derecho de la nacionalización petrolera*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978; González Bertí, Luis, *La nacionalización de la industria petrolera venezolana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980; Brewer Carías, Allan R. (dir.), *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela*, Caracas, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela, 1981, vol. 3.

mento estatal y las cortes de justicia de los estados, y a nivel local se encontraban los concejos municipales, sin que existiera un auténtico Poder Ejecutivo municipal.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1947 y hasta la actualidad, constituye un lugar comúnmente admitido tanto por los operadores jurídicos como políticos, que la función de administración de justicia se encuentra nacionalizada, lo que supone que constituye una competencia exclusiva y excluyente del poder federal, lo referido a la legislación, organización y administración de justicia, al menos la que imparten los tribunales, que son considerados en su totalidad autoridades públicas nacionales.

De allí que el empleo del término “nacionalización” tenga un significado concreto cuando se utiliza para referirse a las competencias exclusivas y excluyentes que tiene el poder federal dentro del territorio nacional, con respecto a los poderes públicos de las entidades político-territoriales menores, como los estados y los municipios.

## *2. La nacionalización respecto a los particulares*

Ya se dijo que la nacionalización constituye una declaración política, a través de la cual el gobierno, invocando razones de Estado y soberanía, aunque con sometimiento pleno a la Constitución, manifiesta y ejecuta su intención de asumir para los nacionales del país<sup>5</sup> o directamente a través de la propia organización del Estado, las actividades, los bienes, los servicios o las empresas<sup>6</sup> que considere pertinentes para lograr los cometidos establecidos en las políticas públicas que pretende desarrollar, a los fines de satisfacer plenamente determinadas necesidades colectivas.

La nacionalización respecto a los particulares tiene una incidencia fundamental en la posibilidad real y efectiva del ejercicio, goce y disfrute de los derechos y las libertades públicas, en particular de las libertades económicas.

<sup>5</sup> El artículo 301 de la Constitución establece que “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas...”.

<sup>6</sup> El artículo 302 de la Constitución reconoce que “El Estado se reserva[rá], mediante ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

### *3. Las implicaciones jurídicas de la nacionalización con respecto a los particulares*

Esa declaración política que encierra la nacionalización, necesariamente se debe traducir en una fórmula jurídica, que puede ser apreciada desde una múltiple perspectiva:

La primera consiste en que la nacionalización puede comportar una reserva que podría calificarse de “mínima”, sobre determinadas actividades económicas en las cuales se encuentra presente el interés general, guardando a través de tal declaración la gestión a las personas naturales o jurídicas no estatales que son nacionales de ese país, es decir, puede suponer tanto la exclusión plena como la reducción a su ínfima expresión de la inversión de los capitales extranjeros, en provecho de los capitales nacionales, admitiendo para aquéllos una cuota de participación muy reducida.

Ahora bien, en los casos en los cuales la nacionalización implica una reserva a favor de los nacionales de un país, ello debe conllevar a una suerte de migración de los capitales extranjeros a favor de los capitales nacionales, es decir, si bien el Estado no asume la titularidad exclusiva y en consecuencia no asume responsabilidad directa con tal declaración, obliga a los operadores económicos privados que no tengan la nacionalidad del país, a transferir de manera forzosa la titularidad que tenían a los operadores nacionales, quienes deberán pagar un precio razonable por el negocio jurídico que realicen, y los vendedores se encuentran forzados a negociar y vender so pena de incurrir en contravención del ordenamiento jurídico y quedar realizando una actividad u ostentando una titularidad al margen de la ley. Ésta constituye una típica actuación del Estado de carácter proteccionista hacia los inversionistas nacionales privados, que según como se implemente podría ser contraria a los derechos y libertades económicos constitucionalmente reconocidos, en particular en el marco de los procesos de integración económica, como la Comunidad Andina y el MERCOSUR, así como de los tratados bilaterales de protección y promoción de las inversiones extranjeras, los tratados multilaterales y los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio.

La segunda consistirá en el establecimiento de un mayor grado de intervención pública directa, en virtud de lo cual la reserva sobre las actividades, los bienes, los servicios o las empresas implicará la asunción de la titularidad por el Estado, a través de la transferencia de aquello que se

encontraba en manos de los particulares, sean éstos nacionales o extranjeros, quienes tienen derecho a una compensación económica por los derechos que ejercían y los cuales le han sido efectivamente suprimidos, sin que ello excluya la posibilidad de que éstos sean llamados en el futuro como colaboradores a gestionar temporalmente tales actividades, bienes, servicios o empresas.

Se trata de nacionalizaciones a través de las cuales el Estado asume el control de actividades, bienes, servicios o industrias determinadas, sin constituir formalmente un monopolio público, y si bien se excluye la libre participación privada en las mismas, deja una posibilidad abierta para que se produzca tal participación siempre bajo su control, supervisión y dirección, utilizando para ello las técnicas, como la concesión temporal u otras similares que considere más adecuadas conforme a cada ordenamiento jurídico.

Téngase como ejemplo la educación. No existe nada que pueda ser considerado más público y que necesariamente deba tener una regulación nacional que la actividad de la educación, donde el Estado, una vez que la declara como servicio público, asume la titularidad y reconoce el derecho de los ciudadanos a tener una educación pública, obligatoria, gratuita y de calidad, en razón de lo que desarrollan las directrices mediante las cuales se establecerá el sistema educativo y se impartirá una educación democrática, en la cual se formen ciudadanos dignos, iguales, tolerantes, plurales, para el trabajo, y fundamentalmente libres. Conforme a esta concepción, la educación evidentemente pública, por sus propias características, puede ser gestionada por el propio Estado o puede ser gestionada por los particulares, quienes deben obtener la autorización de aquél para realizar una actividad que ha asumido como propia. En fin, se trata de una actividad de titularidad pública, que conforme a las políticas públicas diseñadas sobre la misma pueden ser gestionadas de manera pública o de manera privada, pero bajo la supervisión, control y dirección del Estado.

La tercera también puede comportar una intervención más intensa, que puede implicar la estatización total de actividades, bienes, servicios o empresas, lo que conducirá a la exclusión absoluta de la participación privada —nacional o extranjera—, al establecimiento de un régimen de monopolio público y, en consecuencia, a la supresión de la libertad de empresa, la libre competencia, e incluso de la propiedad privada.

Si la nacionalización es considerada en este último sentido, como la estatización de actividades, bienes, servicios o empresas que se encontraban en manos de operadores privados, entonces deben analizarse las dos posibles situaciones que allí se plantean: una, referida a que la asunción de titularidad pública deberá excluir *ad cautelam* toda potencial actuación futura que pretendan realizar los particulares, pues la nacionalización considerada como la asunción de una titularidad del Estado exclusiva y excluyente conduce al establecimiento de un monopolio, con el desconocimiento de los derechos y libertades públicos de los particulares, lo que consecuentemente impide cualquier iniciativa privada dirigida al ejercicio y disfrute de dichos derechos hacia el futuro, incluso en los supuestos en que los particulares nunca hayan ejercido iniciativa alguna.

Sin embargo, aquellos sujetos particulares que se encontraban ejerciendo sus derechos y libertades económicas, conforme a la Constitución y las leyes, que se ven afectados en el ejercicio de los mismos a partir de la declaración de nacionalización, únicamente podrán ser obligados a la transferencia de los derechos y la supresión del ejercicio de las libertades a través de la institución de la expropiación forzosa, lo que conducirá a la extinción de los derechos que se venían ejerciendo, su traslado a la titularidad estatal y, como contraprestación, a que el Estado efectúe un pago oportuno y una justa indemnización conforme a lo establecido en la Constitución.

En Venezuela, el término “nacionalización” es utilizado por el gobierno de manera política, pues esta expresión produce beneficios electorales y se generan muchos aplausos en la sociedad, pero en realidad a través de ella se encubren auténticas estatizaciones, con la consecuente supresión de los derechos y libertades económicos de los particulares; es decir, se produce un aumento de la organización del Estado y una confiscación de los derechos y las libertades públicos, lo que evidentemente disminuye el Estado de derecho.

Lo anteriormente expuesto revela que la declaración de nacionalización de las actividades, de los bienes, de los servicios o de las empresas puede efectuarse bajo distintas modalidades, que en todo caso deben traducirse en un acto jurídico del Estado sometido a la Constitución y las leyes, es decir, acorde con un auténtico Estado democrático de derecho.

### III. LA PROYECTADA REGULACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Durante el año 2006, en el mes de febrero, el grupo parlamentario oficialista —actualmente constituido por todos los diputados, pues no existen diputados de oposición al gobierno en el Congreso— presentó en el Parlamento un proyecto de Ley orgánica de servicios públicos domiciliarios, que sería sustituido en mayo de ese mismo año por un proyecto de Ley orgánica de servicios públicos, el cual sería aprobado en primera discusión en junio, aun cuando con importantes reformas en cuanto a la versión original.

#### 1. *El anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos domiciliarios*

La exposición de motivos comienza señalando que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, por lo que debe asegurarse su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, organizándolos de la manera más eficiente a los intereses de los usuarios. Ello se concreta a través de dos objetivos específicos: “1. Garantizar que haya recursos suficientes para lograr la existencia misma del servicio. 2. Asegurar la eficiencia del servicio, es decir, menor costo con tarifas bajas, obteniendo la mejor calidad posible en el servicio y asegurando calidad de vida”.

A los fines de lograr las premisas enunciadas, se postulan los siguientes principios:

1. Libertad de entrada a quienes quieran prestar los servicios.
2. Libre competencia entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible.
3. Control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos de posición de dominio.
4. Vigilancia sin obstruccionismo burocrático y sanciones eficaces para los infractores de las normas.

Fundamentado en la tesis de que las “autoridades deben intervenir sin obstruir. Deben hacerlo de forma especializada, sin confundir la función de regular, es decir, velar por el cumplimiento de la norma. Se debe lograr separar las funciones estatales de administración de empresas de las

funciones de reguladores de empresa, pero sobre todo, deben disponer de instrumentos eficaces para cumplir las responsabilidades y para sancionar a los infractores”, se propone la creación de la Comisión Nacional de Regulación de los Servicios Públicos, que tendrá como misión principal evitar los abusos monopólicos, velar por el derecho del usuario a estar informado sobre la prestación del servicio, así como evitar el abuso en el cobro de las tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio.

El texto comenzaba por determinar su ámbito de aplicación, refiriéndose a los servicios públicos domiciliarios de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, distribución de gas, aseo, e incluida la telefonía fija residencial (artículo 1). Debe destacarse que conforme a los artículos 156.29 y 178.6 de la Constitución, los servicios públicos domiciliarios son principalmente los de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, distribución de gas,<sup>7</sup> mientras que el aseo, por su naturaleza, es un servicio público, pero la calificación como “domiciliario” le viene por reconocimiento legal.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 156.28 de la Constitución, las telecomunicaciones no constituyen un servicio público, y menos aún domiciliario, por declaración constitucional, en tanto que el legislador, al regular el sector de las telecomunicaciones, ha considerado que el mismo constituye una actividad económica de interés general, que se presta en régimen de libre competencia (artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Telecomunicaciones). En tal virtud, resultaba ajeno al régimen jurídico sectorial establecido en la Ley especial, calificar a la telefonía fija residencial como un servicio público domiciliario, porque ésa no fue la intención de la Constitución ni del legislador que reguló este importante sector de la economía.<sup>8</sup>

Entre las definiciones relevantes se destacan las actividades consideradas servicios públicos (artículo 9):

- a) Servicio público domiciliario de agua potable. Consiste en la distribución de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará la Ley a las actividades com-

<sup>7</sup> Sandia de Segnini, María Elena *et al.*, *Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad y gas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2002.

<sup>8</sup> Hernández-Mendible, Víctor R., “Régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 979-985.

plementarias, tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

- b) Servicio público domiciliario de aguas servidas. Consiste en la recolección, proceso y tratamiento de aguas residuales por medio de tuberías y conductos.
- c) Servicio público domiciliario de aseo. Es aquel servicio de recolección de desechos y residuos sólidos. También se aplicará la ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.
- d) Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Consiste en el transporte de energía eléctrica desde redes de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará la ley a las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión.
- e) Servicio público domiciliario de telefonía fija. Constituye el servicio básico de transmisión conmutada de voz, a través de la red telefónica conmutada con suscripción del público en general.

Hay que mencionar que aun cuando el texto mencionaba dentro de su objeto al servicio público domiciliario de distribución de gas, luego en las definiciones no se señala en qué consiste dicho servicio.

Las anteriores definiciones de los servicios públicos domiciliarios constituyen en esencia las contenidas en el artículo 14 de la Ley 142, que regula los servicios públicos domiciliarios en la República de Colombia, la cual actualmente se encuentra en proceso de revisión y consulta para su próxima reforma.

## *2. El anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos*

El anterior texto fue sustituido por el anteproyecto de Ley orgánica de servicios públicos, el cual evidencia su diferencia con su predecesor desde el mismo título, que elimina la referencia a los servicios públicos domiciliarios.

Este nuevo texto señala que tiene por objeto el establecimiento de las disposiciones

que regirán todo lo concerniente a la prestación de los Servicios Públicos de agua potable, electricidad y gas, considerando además los Servicios Públicos de aseo urbano, telefonía fija residencial, cementerios públicos y

privados, campos deportivos de carácter público, estacionamientos, mataderos, alcantarillado y las actividades que realicen las personas naturales, jurídicas y organismos públicos en la prestación de Servicios Públicos (artículo 1).

Esta norma, luego de mencionar los constitucionalmente denominados “servicios públicos domiciliarios”, también incluye, aunque impropia-mente, entre los servicios públicos sometidos a la ley, la telefonía fija residencial, que, como se mencionó anteriormente, no puede ser considerada técnicamente como una actividad de servicio público.

Igualmente, se incluyen los cementerios de propiedad pública o privada, los mataderos, el alcantarillado, los estacionamientos, y se consideran como servicios públicos algunos bienes públicos de uso común, como los campos deportivos de carácter público.

Se considera que el servicio público constituye “la función Administrativa del Estado, dirigida a la satisfacción de una necesidad pública, encontrándose su desarrollo y amplitud, estrechamente ligado a la Planificación del Estado y como consecuencia, de las tendencias políticas de orden social que contribuyan al bienestar colectivo” (artículo 43).

Conforme a esta definición, los servicios públicos se clasifican en domiciliarios y colectivos: los primeros son aquellos servicios que están dirigidos específicamente a la atención de los ciudadanos en su residencia particular, debiendo incluirse en esta categoría los servicios de agua potable y saneamiento, electricidad y gas, y los segundos constituyen la actividad del Estado, que va dirigida al beneficio de la comunidad o colectividad como un todo, entre los cuales se encuentran el aseo urbano y la disposición de desechos sólidos, los mercados, los centros de acopio y abastecimiento, las redes de mayoristas, los cementerios públicos y privados, los parques y los campos deportivos y recreacionales de carácter público, las vías urbanas y rurales, el alcantarillado, los sistemas de alumbrado público, el transporte público, los estacionamientos y los mataderos.

El artículo 8 del anteproyecto de Ley establecía las siguientes definiciones:

- 1) Empresa Oficial de Servicios Públicos: Es aquella en donde el Estado tiene el 100% de los aportes del capital.
- 2) Empresa Mixta de Servicio Público: Es aquella en donde el Estado tiene el 50% o más del aporte del capital.

3) Empresa Privada de Servicio Público: Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales o nacionales, que manifiesten el deseo de someterse íntegramente para estos efectos, a la normas que rigen a los particulares, así como también a la Comunidad Organizada.

4) Factura de Servicios Públicos: Es el documento que una entidad prestadora de un servicio público entrega o remite al usuario, o beneficiario del mismo por el consumo y demás servicios inherentes al desarrollo de un contrato de prestación de servicio público convenido.

5) Posición Dominante: Es la que tiene una empresa de servicios públicos con respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa con respecto al mercado de los servicios que presta, cuando sirve a más del 50% de los usuarios que conforman el mercado.

6) Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios y Colectivos. Es la facultad que tiene el Estado de dictar normas de carácter general para orientar la actitud de las entidades responsables de la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios y Colectivos a las reglas, normas, principios y deberes establecidos en la Ley y los reglamentos.

7) Servicio Público Domiciliario de Agua Potable: Es la distribución de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión, medición y cobro. También se aplicará a esta Ley las actividades complementarias tales como: captación de agua, su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

8) Servicio Público de Saneamiento: Es la recolección, procesamiento y tratamiento de aguas residuales por medio de tuberías y conductos de desagüe y se encuentra estrechamente ligado al Servicio Público Domiciliario de Agua Potable.

9) Servicio Público Domiciliario de Aseo Urbano: Es el servicio de recolección, tratamiento y traslado de desechos y residuos sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

10) Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica: Es la conducción de energía eléctrica a través de redes de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión, medición y cobro. También se aplica esta Ley a las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión.

11) Servicio Público de Telefonía Fija: Es el servicio básico de transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con suscripción del público en general.

12) Superintendencia de Servicios Públicos: Es el Organismo de Derecho Público adscrita al Ministerio de Industria y Comercio con la función

específica de supervisar, chequear y verificar que los servicios públicos, tanto domiciliarios como colectivos, se estén prestando en su justa medida y eficiencia y deberá estar en coordinación constante con el INDECU para canalizar las quejas y reclamos que se presenten.

13) Suscriptor: es la persona natural o Jurídica con la cual se ha suscrito un contrato para la prestación de un Servicio Público.

14) Usuario o Consumidor: Es la persona natural o jurídica beneficiaria de la prestación de un Servicio Público.

15) Mancomunidad: Es la agrupación de dos (02) o más Municipios para resolver asuntos comunes.

16) Comisión Nacional Reguladora de los Servicios Públicos: Es el órgano designado por el Estado con la función de diseñar y presentar las políticas generales de administración y control de eficiencia, en relación con el funcionamiento y calidad de la prestación de los Servicios Públicos a nivel Nacional. Su misión fundamental debe ser evitar por encima de todas las cosas, los abusos monopólicos en la prestación de los Servicios Públicos, velar por el derecho del Ciudadano a estar informado siempre acerca de la prestación del servicio, así como evitar los abusos desmedidos en el cobro de tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio y que no se encuentren avaladas por los entes reguladores establecidos por el Estado según la Ley.

17) Empresa Comunitaria: Es la empresa organizada por la comunidad dentro del principio de descentralización y participación ciudadana para la prestación de un servicio o actividad que vaya en el bienestar de los ciudadanos del área jurisdiccional en donde se desarrollan sus actividades.

18) Empresa de Producción Social (E.P.S.): Es la empresa que organizada por los Estados, el distrito Metropolitano, los Municipios y Parroquias, van a proporcionar fuentes de empleo y producción destinada a solventar las necesidades de carácter social que presenta una comunidad.

En términos generales, se puede señalar que al texto completo del anteproyecto se le podrían hacer múltiples consideraciones de carácter técnico, que escapan al objeto de estas reflexiones, pero no se puede pasar por alto que estas definiciones —más allá de su corrección jurídica— contienen variadas contradicciones con las disposiciones que regulan las empresas públicas, en la Ley Orgánica de la Administración Pública e incluso introduce una nueva categoría de empresa pública estatal o municipal, denominada “empresa de producción social”, así como las denominadas empresas comunitarias.

Además, se establecen disposiciones que contravienen la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y aun cuando se incluye entre los servicios públicos domiciliarios al servicio público de gas, no se hace ninguna mención respecto a qué se entiende por tal servicio.

El texto en las definiciones menciona una acepción de posición de dominio que no se ajusta a la técnicamente establecida en la Ley para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia. Sin embargo, debe recordarse que la legislación no prohíbe la posición de dominio; lo que se censura es el abuso en la posición de dominio.

Si bien lo antes dicho pone de manifiesto algunas incorrecciones de técnica legislativa, no puede dejarse de mencionar la mala redacción de alguna de las normas, como sucede con la referida a la creación de la Comisión Nacional Reguladora de los Servicios Públicos, órgano que tiene por objeto, según dice el texto

evitar los abusos monopólicos en la prestación de los Servicios Públicos, velar por el derecho del Ciudadano a estar informado siempre acerca de la prestación del servicio, así como evitar los abusos desmedidos en el cobro de tarifas que no se correspondan con la calidad del servicio y que no se encuentren avaladas por los entes reguladores establecidos por el Estado según la Ley.

Parecieran inferirse de la simple lectura de la redacción anterior dos consecuencias, que resultan a todas luces ajenas al sentido que tienen en la Constitución. La primera es que la autoridad administrativa de servicios públicos tolera los monopolios en general,<sup>9</sup> lo que no acepta es el abuso de quienes se encuentran en tal situación; y la otra, igualmente grave, es el rechazo a lo que califica como “los abusos desmedidos en el cobro de las tarifas”, lo que lleva a inferir que si existe un abuso en el cobro de las tarifas, pero éste parece racional, lógico o mensurable, ese “abuso” podría ser aceptado. Esta manera redactar la norma constituye una inapropiada utilización del castellano que resulta no menos que censurable, en particular, porque conforme al artículo 4 del Código Civil, la

<sup>9</sup> El artículo 113 de la Constitución establece que “No se permitirán los monopolios”, e incluso el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1556, del 8 de diciembre de 2000, y en sentencia 1563, del 13 de diciembre de 2000, también se ha pronunciado sobre este tema, rechazando que el Estado constituya monopolios legales sin ninguna justificación real.

interpretación que debe hacerse de las normas que integran el ordenamiento jurídico, es aquel que “aparece evidente del significado propio de las palabras, según su conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”.

Por último, cabe señalar que sin duda alguna se van a solapar las competencias de la Superintendencia para la promoción y la protección de la libre competencia, el Instituto de Protección al Consumidor y el Usuario, los entes reguladores sectoriales y la Comisión Nacional Reguladora de los Servicios Públicos, produciendo como consecuencia la ineficacia en la gestión administrativa.

### *3. El proyecto de Ley orgánica de servicios públicos*

Posteriormente, el Parlamento inició el trámite legislativo y aprobó en primera discusión el proyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos en junio de 2006, que no hace referencia alguna en su título a los servicios públicos domiciliarios, lo que pone de manifiesto cómo se aparta del anteproyecto original, aunque, como se verá, ésta es sólo una de las varias diferencias con el proyecto que se analiza.

El proyecto de Ley tiene cinco títulos y 38 artículos, el cual tiene por objeto “crear el instrumento jurídico mediante el cual el Estado como responsable de prestar conjuntamente con la Comunidad organizada los servicios públicos, dicte las disposiciones que considere necesarias para prestar, regir, controlar y administrar los mismos con la finalidad de incrementar el nivel de vida y bienestar de los ciudadanos” (artículo 1).

El objeto que pretende regular el texto sancionado en primera discusión no puede considerarse menos que confuso y carente de técnica legislativa, dado que el Estado para garantizar la prestación de las actividades en las cuales subyace un interés general y que deben ser satisfechas a todos quienes las demanden, en condiciones de calidad adecuadas y a precios razonables, no requiere establecer constitucional o legalmente como título de intervención la declaración de servicio público. Es esta declaración regulada técnica y legalmente, la que constituye la técnica de intervención mediante el cual el Estado organiza la prestación de la actividad y establece los mecanismos de gestión y control con la finalidad de incrementar el nivel de vida y el bienestar de los ciudadanos.

Se crea una auténtica novedad con la introducción de la definición de “salario social”, que supuestamente constituye un mecanismo de protec-

ción social que genera el Estado, para la defensa de los derechos ciudadanos en lo concerniente al uso y disfrute de los servicios públicos, que garanticen su calidad de vida (artículo 2).

El empleo de la expresión “salario social” en un texto jurídico distinto a la legislación laboral no sólo resulta inadecuado, sino incluso errado, porque del texto de la ley no se aprecia cuál puede ser el propósito de introducir tal categoría jurídica en una ley que regula los servicios públicos.

Además, surge la pregunta: ¿en qué medida el “salario social” puede servir de mecanismo de protección social y de defensa de los derechos ciudadanos en el uso y disfrute de los servicios públicos? La búsqueda de la respuesta lleva a examinar el contenido del proyecto de ley, el cual emplea el término “salario social”, nuevamente —y luego no lo vuelve a emplear— en la definición de servicio público que se propone en el artículo 4, el cual considera como tal

toda actividad de interés general y público, que presta el Estado en corresponsabilidad con la Comunidad Organizada, que forma parte del salario social, y está dirigida a los ciudadanos que conviven en un espacio geográfico y cuya finalidad es satisfacer las necesidades de interés general y colectivo y que su cumplimiento incida en el aumento de la calidad de vida del pueblo, por lo que el Estado asume su prestación directa, para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, empleando para tal fin, los criterios de eficiencia, calidad y atención, para garantizarle a los beneficiarios o usuarios, la calidad de los mismos.

Esta definición no puede ser más desafortunada, pues, en primer lugar, desconoce la evolución jurídica (normativa, jurisprudencial y doctrinal) del derecho de los servicios públicos en Venezuela.<sup>10</sup>

En segundo término, confunde las técnicas de gestión de los servicios públicos; por ello, comienza por reconocer que existe una corresponsabilidad del Estado y la comunidad organizada en la prestación de los servicios públicos, aunque no termina de reconocer la gestión indirecta y luego establece que el Estado asume la prestación directa.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Araujo Juárez, José, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003.

<sup>11</sup> El artículo 9 del proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos establece que “El Estado, tiene la responsabilidad directa en la prestación de los servicios públicos,

Como tercer aspecto relevante debe mencionarse que la asunción de la gestión directa de los servicios públicos constituye una forma de estatización, que histórica e impropriamente se ha denominado “nacionalización”, en virtud de la cual los operadores privados que prestan servicios públicos deberán transferir la gestión a los órganos o entes públicos que a tales fines designe el Estado.

En cuarto lugar, la asunción de la titularidad y la consiguiente prestación directa de los servicios públicos por el Estado genera una situación de inseguridad jurídica con respecto a la prestación indirecta que han venido realizando los operadores de determinados servicios públicos, en virtud de concesión, autorización o licencia. En efecto, conforme a la Constitución y el decreto con rango y fuerza de ley para la inversión privada en régimen de concesiones, así como a las distintas leyes sectoriales que regulan la gestión de los servicios públicos en régimen de concesión, esta técnica constituye la forma clásica de gestión indirecta de los servicios públicos; sin embargo, el proyecto no hace mención respecto a si las concesiones otorgadas con anterioridad se van a mantener o van a ser extinguidas.

La inseguridad jurídica se agrava si se tiene en consideración que el texto actualmente en trámite legislativo, al asumir la gestión directa a favor del Estado, no establece régimen de transición alguna y menos aun cuáles serán los mecanismos de indemnización por la eventual extinción anticipada de las concesiones, sin que el concesionario haya dado causa para ello.

El texto que se analiza propone una clasificación bipartita de los servicios públicos, en las siguientes categorías: una, los servicios públicos domiciliarios, que son aquellos que presta el Estado a los ciudadanos directamente en sus viviendas, debiendo considerar como tales especialmente los servicios de electricidad, agua potable y saneamiento, aseo domiciliario y gas (artículos 5 y 6); y la otra, los servicios públicos colectivos, que son aquellos que se prestan a la colectividad de manera general para el bienestar común y el incremento del nivel de vida de los ciudadanos,

para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, y conjuntamente con la Comunidad Organizada coordinará las acciones pertinentes para que la prestación de los mismos se encuentre enmarcada en los cánones de calidad, eficiencia y eficacia, que exige la Constitución, basados en los principios de corresponsabilidad y participación para alcanzar sin ningún tipo de discriminación los niveles de calidad de vida y bienestar de todos los ciudadanos y ciudadanas”.

comprendiendo tales servicios el aseo urbano y el manejo de residuos y desechos sólidos; los mercados, centros de acopio, abastecimiento y redes de mayoristas; los cementerios; los servicios de parques recreativos, de esparcimiento y campos deportivos; las vías urbanas, rurales y alcan-tarillado; la telefonía fija residencial y telefonía móvil; el transporte público; los estacionamientos; los mataderos, la salud y la educación (artículos 5, 7 y 8).

Adicionalmente, se ratifica la competencia constitucional en materia de servicios públicos domiciliarios y colectivos, a los que se suman los servicios de salud y educación, agregándose a esta última el calificativo de “pública”, y aunque no se encuentran incluidos en las categorías anteriores, se mencionan los servicios bancarios, las estaciones de servicios de combustibles y lubricantes (artículo 25).

Los artículos 9 y 10 señalan que el Estado tiene la responsabilidad directa en la prestación de los servicios públicos, y como garante de la misma tiene la obligación de intervenir en la prestación. Además de la finalidad tradicional de asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de manera continua e ininterrumpida, que contribuyan al incremento de la calidad de vida y el bienestar social, deberá, a través del Consejo Nacional Integral de los Servicios Públicos, dictar las normas necesarias para evitar los monopolios y las posiciones dominantes en la prestación de los servicios públicos.

También se establece que el Estado mantendrá bajo su control y dirección todo lo relacionado con los servicios públicos específicos que tengan relación con la seguridad y defensa estratégica, política, económica y social del Estado, así como aquellos otros que en su criterio considere que favorecen el bienestar e incremento del nivel de la calidad de vida de los ciudadanos (artículo 37).

Igualmente, propone el legislador que los servicios públicos deben prestarse de manera eficiente, eficaz, con calidad y seguridad, pero sostenidos por un régimen tarifario acorde al ingreso de la población, que se deberá revisar anualmente por el Consejo Nacional Integral de los Servicios Públicos (artículos 11 y 18).

El resto de las disposiciones que integran el proyecto regulan la organización de las autoridades administrativas, que conforman el Consejo Nacional Integral de los Servicios Públicos.

#### IV. LAS REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS

El análisis precedente no deja dudas de la necesidad de reflexionar sobre el uso apropiado de las categorías jurídicas, para evitar las improvisaciones que tanto daño hacen al funcionamiento y progreso de las instituciones y de la sociedad.

##### *1. La orientación de la política económica*

El proyecto del texto legal se encuentra orientado a establecer una intervención total del Estado sobre las actividades económicas en las cuales se encuentra presente el interés general, de allí que no se tenga duda alguna en afirmar que el actual gobierno pretende la estatización de tales actividades mediante la asunción de la titularidad, con exclusión de la participación privada, en desconocimiento de la libertad de empresa, de la libre competencia, del derecho de propiedad y, por supuesto, de los derechos de los usuarios a contar con servicios de calidad y elegir según sus auténticas necesidades.

Ello es producto de una ideología política decimonónica que se pretende revivir dos siglos después, en una realidad distinta a aquella en que surgió, como lo constituye la sociedad de la información en el presente siglo XXI. “Cuando en los países desarrollados hablan de un ‘mínimo de subsistencia’ o ‘mínimo vital’ para todos, lo hacen en el supuesto de que quienes caigan en ese mínimo desearán superarlo en cuanto puedan, ya que los incentivos están firmemente asentados en esas sociedades”. Lo que se cuestiona es que el proyecto de ley aprobado en primera discusión por el Parlamento “lleva consigo grandes probabilidades de destruir tales incentivos, de acabar convirtiendo lo excepcional en normal y, dado que es el único medio para ello, debe estatizar la totalidad de la economía para que puedan prestarse los servicios públicos básicos de modo gratuito a todo el que los precise. Éste es el camino hacia un socialismo empobrecedor, del que Latinoamérica tiene ejemplos cercanos”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Cuétara, Juan Miguel de la y Noriega Sandberg, Raquel, “El Proyecto de Ley Argentina de Servicios Públicos. Análisis crítico”, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 246.

De continuarse la política económica actual, se puede inferir que además de la estatización de los servicios públicos, en un futuro no muy lejano el gobierno va a estatizar la banca y los seguros privados —que no son considerados servicios públicos actualmente—, extinguiendo la posibilidad de participación privada en estas actividades, con las graves consecuencias que se generarán en la economía nacional, ante la desconfianza natural que existe en grandes sectores de la población respecto al manejo de las empresas públicas y en particular de las instituciones financieras<sup>13</sup> y de seguros estatales, más aún después de la crisis económica de 1994.

En la sociedad contemporánea se admite que convivan juntos los derechos y las libertades públicos, como la propiedad privada, la libre empresa, la libre competencia y los derechos de los usuarios, con la intervención pública en la actividad económica nacional, la cual deberá desarrollarse teniendo presente que la actuación del Poder Público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que permitirá limitar o restringir, mas no anular, el ejercicio de los derechos económicos de los particulares, pues ellos deben garantizarse en el marco de la economía social de mercado que reconoce la Constitución.

En las sociedades modernas y auténticamente democráticas, el Estado social debe ser también de derecho;<sup>14</sup> por ello, la intervención del Estado en la gestión de los servicios públicos competitivos se justifica únicamente en aquellos casos en los cuales no se afecte de manera irracional, arbitraria y desproporcionada el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, y siempre que tal intervención tenga como finalidad garantizar la efectiva satisfacción del interés general. De lo contrario, una excesiva intervención del Estado en la gestión de los servicios públicos no sólo puede constituir un potencial atentado a los derechos y libertades públicas, sino que realmente constituye un auténtico desconocimiento de los principios de eficiencia, eficacia y, más grave aún, del deber de la administración de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Lo antes expuesto lleva a reflexionar sobre la actual orientación de la política económica y las reales justificaciones para realizar la estatiza-

13 Hernández-Mendibe, Víctor R., “La actividad de servicio público y la regulación bancaria”, *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, FUNEDA, 2005, pp. 105 y 106.

14 Cuétara, Juan Miguel de la y Noriega Sandberg, Raquel, *op. cit.*, nota 12, p. 234.

ción de los servicios públicos, así como sobre las implicaciones jurídicas que tendrá la misma sobre los derechos y las libertades públicas, en el contexto del Estado social y democrático de derecho.

## 2. *Las consecuencias jurídicas de la política económica*

En Venezuela, la gestión indirecta de los servicios públicos a través de la técnica de la concesión tiene pleno reconocimiento constitucional. En este sentido, el artículo 113 de la Constitución reconoce que el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, con exclusividad o sin ella, para la explotación de recursos naturales propiedad de la República o para la prestación de servicios públicos. La ley debe establecer en las concesiones de servicios públicos, la utilidad que deberá obtener el concesionario y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad administrativa pueda considerar razonables y que deberá aprobar en cada caso (disposición transitoria decimoctava de la Constitución).

Sin embargo, la simple lectura del proyecto de ley aprobado en primera discusión contraviene manifiestamente estas disposiciones de la Constitución, porque si bien pretende regular el régimen general de los servicios públicos, no hace la más mínima mención a la gestión indirecta a través de la participación privada mediante la técnica de la concesión, y menos aún regula las posibles ganancias que deberían obtener los concesionarios, expresión esta última que no se utiliza en todo el texto del proyecto de ley.

Adicionalmente, del texto surgen un conjunto de reflexiones sobre la regulación jurídica, que no se pueden soslayar en esta ocasión:

En primer lugar, debe señalarse que no distingue claramente entre los servicios públicos propiamente tales y las actividades prestacionales que técnicamente no pueden ser consideradas como servicios públicos (*verbi gratia*, las telecomunicaciones).

En segundo lugar, tampoco se acierta a distinguir entre los servicios públicos y los bienes públicos, sean estas infraestructuras públicas o bienes naturales que integran el denominado dominio público.

En tercer lugar, el pretendido establecimiento de una ley general de servicios públicos y la existencia de leyes sectoriales que regulen cada servicio plantea un problema jurídico normativo, dado que la duplicación de

textos jurídicos que concurren en la regulación de un mismo servicio público, como serían las leyes especiales (Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, Ley de Residuos y Desechos Sólidos) y la ley general pueden conducir a una posible colisión de normas jurídicas en un determinado asunto y a la generación de incertidumbre sobre las disposiciones aplicables que deben cumplir los operadores económicos y técnicos.

En cuarto lugar, no se diferencian los servicios públicos competitivos de los servicios públicos sociales (salud, educación), que en función de las asimetrías existentes tienen una regulación distinta de aquellos servicios públicos en los cuales se pueden ejercer las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia, propiedad privada), sin dejar de satisfacer el interés general.

En quinto lugar, se crean nuevas autoridades administrativas que tienen competencias que se encuentran atribuidas en las leyes sectoriales a los entes reguladores de cada servicio público, lo que sin duda va a generar conflictos entre autoridades administrativistas, tal como se ha apreciado en otras oportunidades y que produce la inamovilidad institucional, pues ninguno asume sus responsabilidades, y éstas se proyectan en las otras instituciones.

En sexto lugar, lo que plantea el proyecto de ley es la estatización de la totalidad de los servicios que técnicamente son públicos y de aquellos que no lo son, pero que han sido incluidos, aunque de manera jurídicamente incorrecta, en esta ley.

Esto lleva a comentar los antecedentes de la gestión estatal de los servicios públicos que hemos tenido durante el siglo pasado.

### 3. *La experiencia de la gestión de la empresa estatal de servicios públicos*

El servicio público tradicional, gestionado a través de empresas estatales creadas con tal fin, se ha caracterizado por las prácticas siguientes.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 12 y 13; Cuétara, Juan Miguel de la y Noriega Sandberg, Raquel, *op. cit.*, nota 12, pp. 242 y 243.

1. Se confunden la misión empresarial (ser una empresa competitiva, eficiente, que presta servicios de calidad, a bajo costo para los usuarios y produce dividendos a los accionistas) con la persecución de fines indefinidos de carácter social, cultural y político, que no se corresponde con su objeto social (Petróleos de Venezuela desde el 2003) e incluso los religiosos (Banfoandes).
2. La politización de los cargos directivos, quienes actúan guiados por criterios ajenos al campo de la gerencia eficiente, productiva y competitiva, es decir, de las mejores prácticas gerenciales,<sup>16</sup> cuando la gestión no profesional basada en criterios políticos sustituye a la gestión gerencial basada en criterios técnico-económicos, se genera ineficiencia en la gestión.
3. La contratación de personal no profesional, carente de la cualificación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que exigen una especialización técnica para ejecutar la gestión. Es frecuente la sustitución del personal capacitado, en el cual se han invertido años en su formación, por el entorno de los familiares, amigos o relacionados que más allá de su preparación profesional vienen a buscar qué negocios hacen y cuánto dinero obtienen de una pasantía breve, pero rentable, en la empresa pública.
4. El aumento desproporcionado del número de empleados que ingresan a trabajar en la empresa produce una burocratización no para mejorar la gestión, sino para ocupar plazas de trabajo muchas veces inexistentes e innecesarias, pero que permiten pagar los favores políticos de los directivos de turno.
5. La descapitalización por mala gestión genera el sobreendeudamiento, que no se realiza para mejorar la calidad de los servicios, incrementar la inversión o lograr una mayor eficiencia, sino con la finalidad de afrontar los gastos corrientes de la empresa, como personal, servicios, bienes, etcétera (Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico).

<sup>16</sup> Se sustituyó en el desempeño de la presidencia de Petróleos de Venezuela a una persona técnicamente capacitada que tenía años de gerencia y formación en el negocio petrolero y en su lugar se designó como presidente [C. E. O.] al ministro de Energía y Petróleo, que es y actúa como un político de ideología marxista, según sus propias declaraciones de prensa.

6. La exclusión de la empresa de las reglas de la competencia, lo que además de constituir una violación al principio de sometimiento de la administración pública a la ley y al derecho, constituye un desconocimiento del modelo de economía social de mercado que surge de la Constitución (Anteproyecto de Ley antimonopolio, antioligopolio y la competencia desleal).
7. Las empresas públicas tienen la virtud de que aun estando mal gestionadas, no se atrasan, nunca quiebran y mucho menos se liquidan. Como señala la doctrina científica, se encuentran investidas de la inmortalidad (Banco Industrial de Venezuela).
8. Lo anterior se traduce en ausencia de desarrollo e innovación que contribuyan al progreso de la sociedad, lo que afecta e incluso impide que se desarrollen servicios de calidad técnica adecuada —cuando se prestan si se tiene la fortuna de recibirlos, resultan ineficientes—, no satisfacen las necesidades de los usuarios y los costos que se pagan son sumamente elevados, porque no existen servicios o bienes más caros que aquellos que no se tienen.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> En materia de infraestructuras, debe mencionarse que la autopista que une a las ciudades de Caracas (capital de la República de Venezuela) con La Guaira —donde se encuentran el principal aeropuerto internacional y el principal puerto internacional de Venezuela—, el peaje iba a ser aumentado conforme al contrato de concesión en una suma irrisoria —Bs. 100,00—, y ante la protesta de un grupo de usuarios habitantes de La Guaira, el gobierno decidió no aumentar la tarifa del peaje y ponerle fin al contrato de concesión con la empresa mexicana concesionaria, lo que produjo un conflicto que debió ser resuelto mediante arbitraje internacional, en tanto que la autopista se quedó totalmente abandonada. Después de varios años sin mantenimiento ni del concesionario, ni del Estado, y de las advertencias al gobierno por el Colegio de Ingenieros de Venezuela, respecto a la factibilidad de que uno de los viaductos iba a colapsar y se caería, se tuvo que cerrar temporalmente el tránsito de vehículos por dicha autopista, el 5 de enero de 2006. Ello produjo como consecuencia que los usuarios que se habían negado a pagar el aumento contractual del peaje de Bs. 100 hayan tenido que pagar para transportarse por la carretera alterna sumas que oscilaban alrededor de los Bs. 400,000, que el tiempo de traslado entre ambas ciudades pasase de entre 30 o 35 minutos a tener que realizarse grandes colas, que llevaban a un promedio entre 2 y 6 horas cada día el traslado entre ambas ciudades, lo que produjo que muchas personas que tienen su residencia en una ciudad y trabajaban en la otra hubieran perdido el trabajo. A pesar de la negativa del vocero gubernamental del Ministerio de Infraestructura, Guillermo Rangel, efectuada al periódico *Últimas Noticias*, el 18 de marzo de 2006, que el viaducto no colapsaría, el domingo 19 de marzo de 2006, ante la vista de todo el país, el viaducto se derrumbó, dejando definitivamente interrumpido el tráfico por esa autopista. En fin, el ahorro del aumento del peaje y un acto demagógico del gobierno impidieron la continuación de los trabajos que hacía

## V. LA VUELTA AL ESTADO PRESTACIONAL

La propuesta legislativa que se analiza constituye un retroceso en el proceso de liberalización de los servicios que se venía implementado en la Comunidad Andina, pues significa la aludida vuelta atrás, hacia el control directo por el Estado de grandes áreas económicas, aunque mal justificada y peor instrumentada,<sup>18</sup> que conduce el país hacia el viejo y fracasado estatismo que tanto atraso ha causado no sólo en Venezuela, sino en otros países del Caribe, y que sin duda la distancia del resto de los países en vías de desarrollo, que aspiran ser más competitivos en el orden económico regional y mundial, como Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay.

El proyecto no sólo se aleja de las modernas tendencias en la regulación de los servicios públicos que se llevan a cabo en la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la Unión Europea, sino que supone una involución de los progresos regulatorios alcanzados en los últimos quince años, en la conformación de unos servicios públicos de calidad, eficientes y asequibles.<sup>19</sup>

El conjunto de ambigüedades que caracterizan el texto legislativo genera una enorme inseguridad jurídica en los operadores jurídicos y económicos que actualmente prestan servicios públicos bajo las distintas técnicas contempladas en el ordenamiento jurídico, pues no establece cómo se ejecutará la transición de la gestión privada hacia la gestión pública, y de qué manera se producirán las indemnizaciones económicas a que tienen derecho los actuales operadores privados de los servicios que se pretenden estatizar, lo que deberá efectuarse conforme a los principios de justa indemnización e interdicción de la confiscación.<sup>20</sup>

la concesionaria, el gobierno tampoco asumió el mantenimiento y construcción de la nueva infraestructura, finalmente se produjo el desplome de la vía, y como consecuencia todos han pagado la elevación de los costos y del tiempo por el traslado de personas y bienes entre ambas ciudades, así como el incremento en los servicios, lo que ha hecho que se cumpla el brocardico de que no existe servicio más caro e infraestructura más costosa que aquella que no se tiene.

<sup>18</sup> Cuétara Martínez, Juan Miguel de la y Noriega Sandberg, Raquel, *op. cit.*, nota 12, p. 218.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 226.

La propuesta legislativa supone el regreso a los monopolios legales. En efecto, a través de la ley se pretende asumir la responsabilidad plena de los servicios públicos, pues se establece la gestión directa y exclusiva del Estado.

Ello implica la supresión de la libertad de empresa, de la libre y leal competencia, de los derechos de propiedad sobre las instalaciones e infraestructuras necesarias para prestar los servicios, y, por supuesto, al no haber pluralidad de ofertas, al existir un único operador, desaparece la libertad de elección de los usuarios, que únicamente deben concretarse a escoger entre recibir o no el servicio existente.

La desaparición de la competencia no incentiva la investigación técnico-científica ni la innovación tecnológica, sino que por el contrario, fomenta que se efectúe el mantenimiento mínimo para garantizar la operatividad de la gestión, aunque de manera casi estática, realizando la prestación esencial del servicio público.

Los usuarios tienen desconfianza de la gestión estatal de los servicios públicos, porque en el pasado han visto cómo bajo ésta, la pluralidad de ofertas de los servicios es mínima, y la calidad se deteriora, con lo cual disminuyen significativamente cada vez más los mayores niveles de satisfacción de sus necesidades.

La gestión estatal surge bajo la sombra de un pasado ineficiente en la prestación de los servicios públicos, que de repetirse producirá un aumento de los costos de prestación, lo que se trasladará a los usuarios a través de un aumento de los precios que deben pagar por los servicios, y ello se proyectará en la economía nacional mediante la generación de una mayor inflación.

Finalmente, debe señalarse que el regreso al Estado prestacional hace innecesaria la existencia de las autoridades reguladoras autónomas del poder político y del poder económico, pues ambos poderes convergen en una sola persona: el prestador estatal del servicio público.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Lo dicho conduce a plantear la necesaria regeneración de los servicios públicos, lo que supone deslastrarse de la concepción tradicional de dicha institución y replantear su resurgimiento, adecuado a la economía social de mercado que reconoce la Constitución, en la cual debe desenvolverse la libertad de empresa.

Es así como podría entenderse que la calificación de una actividad como servicio público no predetermina la exclusión o restricción de la libertad de empresa, es decir, que el empleo de la expresión “servicio público” efectuada por la Constitución o la ley no es en sí misma contraria a las libertades económicas. Lo que realmente puede restringir la libertad de empresa es el marco regulatorio legal, que en su conjunto configura la actividad que ha sido denominada como servicio público.

Lo expuesto permite afirmar que la declaración de servicio público que le otorga la Constitución a determinadas actividades económicas, como la energía eléctrica, los hidrocarburos gaseosos, el agua potable y saneamiento, no excluye por sí misma la libertad de empresa de los particulares, y si bien queda implícita la posibilidad de restricción, nunca procederá la supresión absoluta, por ser ello contrario a los principios de progresividad e irrenunciabilidad reconocidos en la propia Constitución.

Por ello, aun cuando la Constitución señale que determinados servicios públicos son competencia del Estado, debe reconocerse que la atribución de tal competencia, en cuanto a su regulación, no constituye al servicio en exclusividad de éste y excluyente de la iniciativa privada, en virtud de lo cual resulta perfectamente posible que la ley regule el ejercicio de la libertad de empresa, en la prestación de estos servicios públicos competitivos.

Es por ello que el legislador, sin desconocer la calificación “formal” de servicios públicos mencionada en la Constitución, debería alejarse de la regulación decimonónica, si se prefiere tradicional de los servicios públicos, conforme a la cual la responsabilidad en la prestación del servicio reposa de manera exclusiva en el Estado, excluyendo en principio el ejercicio de cualquier iniciativa privada, y en caso de que él decida convocar a los particulares para participar en la gestión, lo que ni siquiera se asoma en el proyecto de ley aprobado en primera discusión por el Parlamento, éstos quedarán condicionados en la explotación de la actividad, a obtener el otorgamiento de una habilitación administrativa constituida por una concesión temporal, que se convierte en el título para la gestión en régimen de monopolio legal, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación.

En los ordenamientos jurídicos de los países que tienen un auténtico Estado social y democrático de derecho, actualmente se apuesta de manera resuelta por que la ley establezca la extinción de la *publicatio* genérica, y, por ende, de los derechos de explotación exclusiva y en régimen

de monopolio que ostentaba el operador estatal, lo que implicará el reconocimiento de la presencia de varios operadores que ejercerán la libertad de empresa, y que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión de la actividad económica denominada “servicio público” a los operadores privados, que para explotarla requieren una habilitación administrativa de autorización, y que únicamente estarán obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales, disputándose el mercado entre sí y en los casos en que la libre competencia en el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, que deberán soportar y prestar en las condiciones que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las actividades que son claramente disputables con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal.

La Constitución exige del legislador que se realice una interpretación sistemática y armónica de ella, mediante la cual se garantice la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, sin menoscabo del ejercicio de la libertad de empresa de los operadores privados, quienes podrán concurrir con los operadores públicos, lo que conduciría a que se produzca una reforma de la legislación de inspiración decimonónica, por una que sea acorde con la realidad social y cultural del mundo democrático actual.

Llegado este momento cabe preguntarse qué importancia tiene entonces la calificación de una actividad como servicio público, cuando se encuentra sometida a un régimen de regulación para la competencia. La relevancia consiste en que la declaración de servicio público —superado el modelo tradicional— viene dada por la presencia del interés general en una actividad económica cualificada y de gran relevancia para la sociedad, interés que exige y justifica la intervención del poder público para regularla, ordenarla, controlarla y supervisarla, debiendo explotarse la misma, en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de libre competencia, pero sin desatender la obligación de satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, para que puedan vivir con dignidad y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, en un entorno de cohesión social, solidaridad e igualdad, lo que otorga a dicha obligación una vocación universal y progresiva.

El nuevo derecho de los servicios públicos competitivos debe ser el reflejo de la evolución histórica —no de una regresión— que ha experimentado el Estado social y democrático de derecho, que se encuentra en el tránsito de un Estado productor de bienes y prestador de servicios (Estado prestacional) hacia un Estado regulador (Estado de garantía de prestaciones). Corresponde al operador jurídico afrontar el reto de efectuar el análisis de dicha evolución histórica y tener plena conciencia de la realidad social que le ha correspondido vivir, para contribuir a la construcción del nuevo modelo de regulación para la competencia en la actividad de los servicios públicos.