

EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela
Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

Palabras claves: Desde mediados del siglo XX, el Derecho Administrativo venezolano adoptó un concepto de servicio público inspirado en el Derecho francés. Según esa perspectiva, el servicio público incluye a las actividades que satisfacen necesidades colectivas que, por ello, están sujetas a un marco jurídico de Derecho Público, en el que la Administración Pública tiene el deber de velar por la satisfacción de tales necesidades, siguiendo estándares como la igualdad, la regularidad y la mutabilidad. Durante el siglo XXI, el concepto de servicio público, centrado en el Estado, abrió el camino a políticas predatorias que destruyeron los mecanismos del mercado y provocaron una emergencia humanitaria compleja. En la reconstrucción de Venezuela, el Derecho Administrativo necesitará una nueva teoría del servicio público basada en la complementariedad entre el sector público y el privado.

Palabras clave: Servicio público, marco exorbitante, necesidades colectivas, mecanismos de mercado, regulación económica, emergencia humanitaria compleja.

Abstract: Since the mid-20th century, Venezuelan Administrative Law adopted a public service concept inspired by French Law. According to that perspective, public service includes activities that satisfy collective necessities that, because of this, are subject to a Public Law framework, in which the Public Administration has the duty to ensure the satisfaction of such needs following standards like equality, regularity, and mutability. During the 21st century, the public service concept, centered in the State, paved the way for predatory policies that destroyed the market mechanisms and caused a complex humanitarian emergency. In the reconstruction of Venezuela, the Administrative Law will need to build a new theory of public

service based on the complementary between the public and the private sector.

Keywords: Public service, exorbitant framework, collective necessities, market mechanisms, economic regulation, complex humanitarian emergency:

INTRODUCCIÓN

La teoría del servicio público es, en el Derecho Administrativo venezolano, una pieza central en la definición de los fundamentos y límites de esa disciplina. En tal sentido, esta teoría fue directamente tomada del Derecho Administrativo francés, a los fines de justificar la existencia de un régimen jurídico exorbitante del Derecho Común, de manera paradigmática, en lo que atañe a la actividad administrativa contractual. No fue siempre así, en todo caso. Así, hasta la década de los treinta del pasado siglo el Derecho Administrativo en Venezuela no era definido como un régimen exorbitante, ni el servicio público tenía una especial connotación. Luego de esa década, y en virtud de la jurisprudencia, el servicio público fue asumido no solo como una modalidad de la actividad administrativa sino, además, como el principal título que justifica la existencia del Derecho Administrativo, entendido como régimen exorbitante.

A partir de entonces, la teoría del servicio público fue incorporada a la doctrina y jurisprudencia de Derecho Administrativo, como se dijo, siguiendo el modelo francés. Por ello, prevaleció el concepto de servicio público como la actividad que, al satisfacer necesidades de interés general o necesidades colectivas, es asumida por el Estado para garantizar los principios de igualdad, mutabilidad y regularidad. Esto es, el servicio público como actividad administrativa, y en especial, como signo distintivo del Estado Social y Democrático de Derecho y de la configuración de la Administración Pública prestacional.

Este concepto de servicio público fue tomado y realzado en la Constitución de 1999, la cual incluso -y con muy poca precisión- llevó a regular una suerte de proceso contencioso-administrativo especial, conocido como el contencioso de los servicios públicos. Sin embargo, los primeros años de vigencia de esa Constitución estuvieron marcados por la implementación de políticas de liberalización en los sectores de

hidrocarburos, electricidad y telecomunicaciones, lo que facilitó la incorporación -un tanto mecánica- de la teoría del nuevo servicio público.

Se trató, más bien, de un breve episodio. Hacia 2002 las políticas de liberalización fueron gradualmente abandonadas, a través de políticas predatorias que ampliaron los cauces de intervención del Estado en la economía, reduciendo el rol de la iniciativa privada. Estas políticas económicas estuvieron acompañadas de la degradación del Estado de Derecho en un giro autoritario que se valió del impreciso concepto de servicio público. No es de extrañar, por ello, que las políticas predatorias estuvieran justificadas en la expansión del concepto de servicio público, aplicado a actividades económicas que quedan sometidas a la dirección y control del Estado. De manera especial, el servicio público fue empleado para justificar la arbitraria política de expropiaciones implementada con intensidad desde 2006.

Para abordar este tema, el presente artículo se divide en dos partes. La primera explica los orígenes y evolución del concepto de servicio público en el Derecho Administrativo venezolano del siglo XX. Como se explica, el Derecho Administrativo adoptó un concepto estatista de servicio público, según el cual éste comprende a actividades que, al satisfacer necesidades de interés general, deben quedar sometidas a un marco jurídico de Derecho Público, en el cual el Estado -por medio de la Administración Pública- debe asegurar la correcta satisfacción de esas necesidades. A resultas de este concepto, las actividades de servicio público siempre son actividades públicas, o sea, actividades administrativas.

La segunda parte explica cómo, a fines del siglo XX e inicios del presente siglo, el Derecho Administrativo venezolano recibió, un tanto mecánicamente, el concepto del nuevo servicio público, lo que llevó a matizar el carácter público de las actividades de servicio público, apostando por un mayor rol de la iniciativa privada, bajo la regulación implementada por la Administración. Esta propuesta no tuvo relevancia pues a partir de 2002 la jurisprudencia realzó el concepto estatista de servicio público, el cual fue usado y manipulado para justificar políticas públicas predatorias que destruyeron los mecanismos de mercado, desencadenando una emergencia humanitaria compleja.

I. LOS ORÍGENES DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN VENEZUELA

Hasta la década de los treinta del pasado siglo, el Derecho Administrativo venezolano era estudiado de manera exegética, como el conjunto de Leyes administrativas dictadas, especialmente a inicios de siglo, para organizar al incipiente Estado centralizado. Esas Leyes administrativas eran analizadas como Leyes especiales frente al Derecho Privado, que resultaba en todo caso aplicable, por ejemplo, en lo que respecta a la concesión administrativa. La primera doctrina que interpretó esas Leyes administrativas no asumió el concepto del Derecho Administrativo como una rama exorbitante del Derecho Común, ni tampoco se encargó de dar una definición sustantiva de servicio público¹.

Esa visión comenzó a cambiar en la década de los cuarenta, como quedó reflejado en la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*. Tal sentencia es conocida en el Derecho Administrativo venezolano pues ella es considerada como el primer fallo que incorpora el concepto de contrato administrativo². Sin embargo, en nuestra opinión, la verdadera importancia de esa sentencia es que asumió la definición del Derecho Administrativo como una rama exorbitante del Derecho Común, centrada en el servicio público. A partir de ese momento, el servicio público pasó a ser no solo una modalidad de la actividad administrativa, sino, además, el criterio fundamental para definir el contenido y límites del Derecho Administrativo.

1. *El concepto tradicional de servicio público*

A partir de la década de los cuarenta del pasado siglo, la doctrina comenzó a interpretar al Derecho Administrativo de acuerdo con modelo francés, esto es, como un Derecho exorbitante del Derecho Común, centrado

¹ Sobre los primeros textos del Derecho Administrativo venezolano, véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, "Perspectiva histórica de los textos fundamentales del Derecho Administrativo en el centenario de la cátedra", en *Textos fundamentales del Derecho Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. XI y ss., así como en "Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela", en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Bogotá, 2016, pp. 117 y ss.

² Sobre la importancia histórica de esta sentencia, que, sin embargo, solo sería analizada tiempo después, vid. Pérez Luciani, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela", en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 611 y ss.

en el servicio público³. Así, la doctrina tomó este concepto para construir la teoría del servicio público, entendido como las actividades que, al satisfacer necesidades de interés general o necesidades clectivas, son asumidas por el Estado a través de su Administración Pública. Esto es, que el servicio público fue considerado como una modalidad de la actividad administrativa, cuyo fin es garantizar, por medio de un régimen jurídico exorbitante, la adecuada satisfacción de necesidades de interés general⁴.

La recepción de este concepto no llegó al extremo de definir el Derecho Administrativo como el Derecho de los servicios públicos, pero la teoría general de la actividad administrativa de servicio público pasó a ser el ejemplo paradigmático del régimen exorbitante al cual se somete la Administración Pública. En especial, la gestión del servicio público se consideró una gestión a cargo de la Administración Pública, para lo cual se diferenciaron los modos de gestión directa e indirecta. Así, el servicio público puede ser gestionado directamente por la Administración, incluso, en monopolio. Además, el servicio público puede ser gestionado por la iniciativa privada, cuando la Administración concede el derecho a emprender la actividad de servicio público, o cuando -de manera precaria- el ordenamiento jurídico reconoce el derecho de la iniciativa privada a emprender actividades de servicio público. Pero incluso en este último supuesto, la Administración mantiene potestades inherentes al servicio público, para garantizar que la gestión indirecta se ajuste a los principios de mutabilidad, igualdad y regularidad⁵.

³ Para los inicios de la sistematización del Derecho Administrativo venezolano, véase Hernández Ron, J.M., *Tratado elemental de Derecho administrativo, Tomo I*, Editorial Las Novedades, Caracas, 1944, pp. 73-74. El autor se inspiró en el concepto tradicional de servicio público de Francia, enfocado en las actividades estatales que satisfacen necesidades colectivas y que, por ello, son asumidas por el Estado a través de la Administración Pública, quien bajo un régimen jurídico exorbitante tutela el servicio público para garantizar su gestión de acuerdo con los estándares de igualdad, mutabilidad y regularidad. Esta definición no respondió al estudio exegético del concepto de servicio público en el Derecho Positivo venezolano, sino más bien en la influencia del Derecho Administrativo de Francia.

⁴ De esta forma, para Eloy Lares Martínez el servicio público es "*toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general*". (*Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 2001, pp. 203 y ss.). Cabe apuntar que la primera edición de ese Manual se publicó en 1963. Para una revisión del concepto de servicio público en Venezuela, véase a Caballero Ortiz, Jesús, "La Actividad administrativa de servicio público", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1996, pp. 364 y ss.

⁵ Brewer-Carías, Allan, "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1981, pp. 65-71. Para

Esto dio lugar a dos conceptos de servicio público. Así, el *servicio público en sentido subjetivo* alude a la actividad administrativa por medio de la cual se satisfacen necesidades anejas al interés general, a través de su gestión directa por órganos o entes de la Administración Pública. El *servicio público en sentido objetivo* alude a las actividades que satisfacen necesidades de interés general gestionadas por la iniciativa privada bajo potestades de ordenación y limitación de la Administración Pública⁶.

El título habilitante que permite a la iniciativa privada gestionar el servicio público es, por ello, la *concesión de servicio público*, tal y como ha sido regulado de manera especial en el régimen de los servicios públicos municipales⁷. A estos efectos, la concesión traslada el derecho de emprender actividades económicas de servicio público. Este dato es fundamental pues implica que las actividades de servicio público quedan excluidas de la libre iniciativa privada, o sea, del ejercicio de la libertad de empresa o libertad económica. Mientras que la autorización condiciona el acceso al mercado derivado del derecho de libertad económica, la concesión traslada, discrecionalmente, el derecho a emprender actividades de servicio público. Por ello, en su formulación tradicional, el concepto de servicio público fue asumido como una excepción a la libertad de empresa. En concreto, el concepto supone la *publicatio* de las actividades declaradas -o consideradas- servicio público.

El concepto de *publicatio*, tomado del Derecho Administrativo español -e inspirado, a su vez, en el Derecho Romano- resulta bastante amplio. Así, la *publicatio*, según la doctrina, es la “*legitimación para la intervención administrativa*” en las actividades de servicio público, incluso, gestionadas

Brewer-Carías, “el servicio público, así entendido, se presenta entonces siempre, como una restricción a la libertad económica de los particulares” (p. 66).

⁶ Como recuerda Lares Martínez (*Manual de Derecho Administrativo*, cit.), el concepto subjetivo de servicio público se desprende de la provisión constitucional que, excepcionalmente, permite a la Presidencia de la República crear servicios públicos. Según el artículo 196.4 de la Constitución de 1999, el Poder Legislativo puede autorizar al Poder Ejecutivo “*para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada*”.

⁷ Badell Madrid, Rafael, “El régimen de las concesiones administrativas. Especial referencia a los Estados y Municipios”, en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 165; Brewer-Carías, Allan, “El régimen de los Servicios Públicos Municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, en *Revista de Derecho Público número 9*, Caracas, 1982, p. 14; Hernández-Mendible, Víctor, “El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, en *Temas de Derecho Administrativo. Volumen I, Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 997, y Villegas Moreno, José Luis, “Servicios públicos municipales”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, p. 284.

por la iniciativa privada⁸. En un grado extremo, la *publicatio* puede implicar la reserva de la actividad al Estado, y en un grado mínimo, abarca la gestión del servicio por la iniciativa privada, pero bajo potestades de control, incluso implícitas⁹. Bajo esta concepción, el grado de *publicatio* puede variar, pero siempre la Administración Pública mantendrá títulos para intervenir, de lo cual resulta que las actividades de servicio público no son actividades privadas sino públicas¹⁰.

Este servicio público requiere, como regla, de una declaración formal en la Constitución o la Ley. Esto quiere decir que basta la calificación de servicio público para que, de manera automática, opere la *publicatio*¹¹. No obstante, la doctrina también ha considerado la existencia de los llamados “servicios públicos impropios o virtuales”, es decir, actividades respecto de las cuales no hay declaratoria de *publicatio*, aun cuando sí se someten a un

⁸ Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, especialmente, pp. 336-337. Una nueva edición, a cargo de Nélide Peña, ha sido recientemente publicada por CIDEP. Vid. Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I*, edición actualizada por Nélide Peña, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2021, pp. 53 y ss., en lo que respecta a la definición del Derecho Administrativo como rama del Derecho Público. Hasta ahora no ha sido publicada la actuación del Volumen 3.

⁹ En el Derecho Administrativo venezolano, la reserva es el acto por medio del cual el Estado asume la titularidad de una actividad económica, excluyendo su gestión por la iniciativa privada en ejercicio de la libertad de empresa. La reserva puede extenderse a la gestión -caso en el cual estaremos ante un monopolio *de iure*- o puede circunscribirse solo a la titularidad, admitiendo la gestión privada, pero a través de la concesión, acto por medio del cual la Administración Pública traslada el derecho a emprender actividades reservadas. Vid.: Araujo Juárez, José, *Derecho de las Telecomunicaciones*, FUNEDA-Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, pp. 67-68 y 77, tesis que el autor desarrolló con mayor detenimiento en *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, pp. 70 y ss. Para Araujo Juárez, uno de los elementos modulares del servicio público es su *titularidad pública* o *publicatio*, pues la “*titularidad jurídica del servicio público (...) solo puede pertenecer al Estado mediante la Ley*”, de lo cual resulta la publicación de la actividad que “*se manifiesta por el hecho de asumir la Administración Pública la responsabilidad suprema del servicio*”. Esto implica el reconocimiento de potestades públicas, no solo expresas en la Ley sino además “*potestades inherentes a una determina potestad válidamente atribuida*” (p. 71).

¹⁰ Por ejemplo, vid. Mónaco, Miguel, “El concepto de servicio público en la actualidad en el Derecho administrativo venezolano”, en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*, Tomo I, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 95 y ss. Por ello, la gestión del servicio público por la iniciativa privada es una gestión indirecta de la Administración, para diferenciarla de la gestión directa de la iniciativa privada en ejercicio de la libertad de empresa, en actividades que no son servicio público.

¹¹ En el Derecho Administrativo venezolano la *publicatio* implica, al menos, la existencia de controles por parte de la Administración Pública sobre la gestión indirecta del servicio público por medio de la iniciativa privada. Vid.: Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo general. Servicio público*, Editorial Paredes, Caracas, 2010, pp. 221 y ss.

régimen de servicio público vista su condición de actividades de interés general¹².

Nótese entonces que el elemento determinante es el propio contenido de la actividad de servicio público, pues bienes y servicios que satisfacen necesidades de interés general y se reputan como servicios públicos, quedan siempre sustraídos de las actividades que pueden ser gestionadas directamente por la iniciativa privada en ejercicio de la libertad de empresa. De allí que la sola declaratoria de una actividad como servicio público supone empoderar a la Administración de potestades de ordenación y limitación¹³.

La jurisprudencia también adoptó este criterio basado en el contenido de la actividad. Así, el servicio público fue definido como la “*actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y, por tanto, sometido a un régimen de Derecho Público*”¹⁴.

El elemento del régimen jurídico de Derecho Público inherente al servicio público implica, así, que las actividades de servicio público -como actividades que consisten en la oferta de bienes y servicios- son consideradas en Venezuela como actividades públicas, en el sentido de su régimen jurídico es exorbitante del Derecho Civil y Mercantil. Incluso si la gestión del servicio público se confía a la iniciativa privada, su régimen siempre será de Derecho Público¹⁵.

¹² Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, CIDEP, Caracas, 2021 (versión electrónica, n° 5.432 y ss.)

¹³ La posición que ve en el servicio público un título habilitante de potestades administrativas puede ser consultada en Rodríguez Laverde, Ninoska, “Servicio público y potestad administrativa. Fines y medios del Derecho Administrativo”, *Servicio Público. Balance & Perspectivas*, cit., pp. 52 y 79.

¹⁴ Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 5 de agosto de 2004, caso *DHL Fletes Aéreos*. La jurisprudencia tradicional ha señalado que el servicio público es “*la actividad administrativa destinada a dar satisfacción de las necesidades de interés general, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público*” (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de julio de 1963). Tal posición fue reiterada posteriormente en sentencias de 19 de agosto de 1993 (caso *Cámara Venezolana de Educación Privada*, de 19 de mayo de 2000, caso *Instituto Educativo Henry Clay* y de 3 de octubre de 2001, caso *Unidad Educativa Minerva*, todas de la Sala Político-Administrativa), al señalarse que en la concepción material del servicio público priva “*el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas*”.

¹⁵ Como explica José Araujo Juárez, “la actividad administrativa material y técnica de los servicios públicos determina y caracteriza su propio régimen jurídico-público”, cuando lo cual, la iniciativa privada, en los modos de gestión indirecta bajo concesión, “se somete a una limitación de su libertad y al nacimiento de obligaciones positivas o negativas especiales” (*Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, cit., p. 77). La gestión indirecta, o gestión delegada, bajo el régimen de la concesión o, en general, de los títulos habilitantes que permiten a la iniciativa privada gestionar el servicio público, se

Un ámbito en el cual el concepto de servicio público que hemos expuesto fue especialmente aplicado, es el Derecho Administrativo Económico. Para ello, tomaremos dos ejemplos: la actividad bancaria y los servicios de telecomunicaciones.

Así, la actividad bancaria -entendida como la actividad de intermediación financiera- fue considerada como servicio público por sectores de la doctrina y alguna jurisprudencia, sin mayor precisión conceptual¹⁶. Tras la calificación subyacía la necesidad de justificar las potestades de ordenación y limitación sobre la actividad de intermediación financiera, incluso, más allá de la habilitación legal expresa. Como se explicó, la declaración de servicio público implica reconocer el ejercicio de potestades que siempre están presentes en el servicio público. Finalmente, y en el contexto de las políticas económicas predatorias que se comentan en la sección siguiente, la declaración de servicio público de la actividad bancaria fue finalmente incorporada en la Ley, con la expresa finalidad de justificar potestades de ordenación y limitación más allá de la expresa cobertura legal¹⁷.

Los servicios de telecomunicaciones también han sido considerados como servicio público, aun cuando ello generó menor atención¹⁸. Sin embargo, cuando la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, inicialmente dictada en 2000, obvió la declaratoria formal de servicio público -al haberse incorporado los principios de la liberalización económica a los cuales hacemos referencia en la sección siguiente- cierto sector de la doctrina consideró que, a pesar de la ausencia de calificación formal, los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y que, por lo tanto, son

basa en la asunción del servicio público por el Estado, lo que excluye del sector declarado servicio público a la iniciativa privada (p. 220).

¹⁶ Grau Fortoul, Gustavo, "Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público", en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, cit., pp. 305 y ss., y Hernández-Mendible, Víctor, "La actividad de servicio público y la regulación bancaria", en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, cit., pp. 87 y ss.

¹⁷ Morles Hernández, Alfredo, *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011. Véase nuestra opinión crítica en Hernández G., José Ignacio, "La libertad de empresa y el sector bancario", en *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 182. Asimismo, vid. Hernández Mendible, Víctor, "La libertad de empresa y la regulación de la Intermediación Financiera como Servicio Público", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 93 y ss.

¹⁸ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 102 y ss.

actividades estatales, que estaban fuera del ámbito de la libertad económica, y respecto de los cuales rige como título habilitante la concesión¹⁹.

Estos dos ejemplos colocan en evidencia la imprecisión del concepto de servicio público, pues no existen parámetros que permitan definir, con claridad, cuándo una actividad económica se orienta a satisfacer necesidades de interés general. A esta indeterminación debemos agregar la *vis expansiva* del interés general en el Derecho Administrativo Económico venezolano, como resultado de la impronta del Petro-Estado, esto es, la organización del Estado en torno a la captura y distribución de la renta petrolera²⁰. El Petro-Estado colocó a la Administración Pública como el principal garante de un sinnúmero de actividades que, de una u otra manera, fueron consideradas afines al interés general. Esta visión, realzada por la nacionalización petrolera de la década de los setenta del pasado siglo, derivó en una visión minusvalorada de la libertad de empresa, y en el reconocimiento de cláusulas generales de apoderamiento que permitieron a la Administración Pública intervenir sin necesidad de una expresa habilitación legal²¹, en especial, al amparo del estado de excepción económica que se mantuvo durante buena parte del siglo XX, y que hizo nugatorio el principio de legalidad en la economía²².

De esa manera, la recepción del concepto francés de servicio público en el Derecho Administrativo venezolano encajó muy bien con la *vis expansiva* que ese Derecho tuvo en la segunda mitad del siglo pasado, como resultado de los arreglos institucionales que llevaron a organizar a Venezuela como un Petro-Estado. Diversas actividades económicas fueron consideradas servicio público para justificar, así, la intervención administrativa orientada a la distribución -no en pocas ocasiones, clientelar- de la renta petrolera²³.

¹⁹ Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero*, cit, pp. 428 y ss.

²⁰ Coronil Ímber, Fernando, *El Estado mágico*, Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 301 y ss.

²¹ Mayobre, José Antonio, "Derechos económicos", en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo II*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979, pp. 1127 y ss.

²² Principalmente como resultado de los efectos del ingreso petrolero en la economía venezolana, desde fines de la década de los treinta del pasado siglo la Administración amplió su rol de regulación de la economía a través del estado de excepción, que habilitó a la Presidencia de la República a dictar decretos con rango de Ley para regular el ejercicio de actividades económicas, todo lo cual amplió considerablemente el rol del Estado en la economía. Vid.: Brewer-Carías, Allan, Brewer Brewer-Carías, Allan, "La intervención del Estado en la actividad mercantil", en *Jornadas de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1978, pp. 529 y ss.

²³ Linares Benzo, Gustavo, "Regulación y economía: juntas y bien revueltas", en *Venezuela Siglo XX: Visiones y Perspectivas, Tomo II*, Fundación Polar, Caracas, 2000, pp. 351 y ss. Desde una perspectiva

Por lo anterior, el servicio público es, también, un elemento que justificó la expansión del Derecho Administrativo y la reducción del ámbito del Derecho Privado. Las actividades de servicio público no se rigen por el Derecho Comercial o Civil, sino preponderantemente por el Derecho Administrativo. De allí que, en Venezuela, el servicio público es también el criterio que diferencia el contrato administrativo de los contratos de Derecho Privado suscritos por la Administración: todo contrato cuyo objeto o causa sea el servicio público es un contrato administrativo, sometido a un régimen de Derecho Administrativo caracterizado por las cláusulas exorbitantes²⁴.

De esa manera, y, en resumen, durante el siglo XX el servicio público pasó a ser una institución central en el Derecho Administrativo venezolano, en concreto, por dos razones.

Así, y, en *primer lugar*, el servicio público fue estudiado como una modalidad de la actividad administrativa, en especial, para justificar la aplicación de un régimen exorbitante del Derecho Privado a actividades consideradas afines al interés general, como la banca. Esta visión favoreció la *vis expansiva* de la intervención administrativa en la economía, que durante el siglo XX fue notablemente impulsada en Venezuela como resultado de su gradual organización como Petro-Estado.

Además, y el *segundo lugar*, el servicio público pasó a ser criterio delimitador del Derecho Privado y del Derecho Administrativo, en el sentido que toda actividad orientada al servicio público, solo por esa razón, queda excluida del Derecho Privado, tal y como sucedió con la actividad contractual de la Administración y el concepto de contrato administrativo.

2. Aproximación crítica al concepto tradicional de servicio público en Venezuela

Para comprender el concepto de servicio público en Venezuela, es necesario considerar que la libertad de empresa ha sido, tradicionalmente, un derecho de contenido maleable -y no un derecho fundamental protegido

general, *vid.* Suárez, Jorge Luis, "Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 101*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 144-183

²⁴ En general, *vid.* Araujo-Juárez, José, *Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 255 y ss., así como *La teoría de la cláusula exorbitante*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2017, pp. 26 y ss.

por diversas garantías jurídicas²⁵. Así, el concepto de servicio público se asumió en oposición a la libertad de empresa: las actividades declaradas o consideradas servicio público -y que son actividades de oferta de bienes y servicios- no pueden ser desplegadas directamente por la iniciativa privada en ejercicio de la libertad de empresa. Esta visión no niega que la iniciativa privada pueda gestión actividades de servicio público, pero no en tanto “actividades privadas”, sino más bien, como un modo de gestión indirecta del servicio público²⁶. Ello ha llevado a formular tres grades críticas.

La *primera crítica* al concepto tradicional de servicio público es, precisamente, que él asume que existen actividades que implícita o tácitamente están reservadas al Estado. Sin embargo, constitucionalmente, la reserva es una dramática técnica de intervención pública en la economía que solo procede ante texto legal expreso, de lo cual resulta que la reserva no puede derivarse de la declaratoria de una actividad como servicio público²⁷. Así llegó a interpretarlo cierta jurisprudencia, que aclaró que no toda actividad de servicio público está reservada al Estado, ni toda actividad reservada al Estado es servicio público²⁸.

La *segunda crítica* al concepto es que él coloca en riesgo la garantía formal de la libertad económica. En efecto, la Administración Pública solo puede limitar el ejercicio de la libertad de empresa, según se trate del derecho de acceso al mercado, de desenvolvimiento de la empresa emprendida y de cese de la actividad, mediante expresa habilitación legal. Los títulos a través de los cuales la Administración puede ordenar y limitar la libertad de empresa son muy variados: desde autorizaciones hasta

²⁵ Visión minusvalorada que hemos criticado en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004.

²⁶ Véase en general a Araujo-Juárez, José, “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, cit., pp. 34-39. Asimismo, vid. Hernández-Mendible, Víctor, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 313 y ss.

²⁷ En realidad, y como reconoce el artículo 302 de la Constitución de 1999, la reserva solo procede ante una Ley Orgánica que, de manera expresa, reserve una actividad al Estado.

²⁸ Sala Constitucional, sentencia n° 2436 de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González S.* Nuestros comentarios en Hernández G., José, “¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? a propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 17, Caracas, 2003, pp. 235 y ss.

prohibiciones u órdenes de hacer. Pero la habilitación de la Administración solo puede provenir del texto legal expreso²⁹.

Sin embargo, el servicio público ha sido considerado como una habilitación para el ejercicio de potestades administrativas, lo que puede derivar en la admisión de restricciones a la libertad de empresa que no derivan de una disposición legal expresa, sino de la declaratoria genérica de la actividad como servicio público. Esto es, que la sola declaratoria de servicio público en la Ley habilitaría, según esta interpretación, el ejercicio de potestades de ordenación y limitación.

No obstante, desde la garantía formal de la libertad de empresa, debe recordarse que la Administración solo puede desplegar las potestades que expresamente reconoce la Ley. Por ello, de acuerdo con Allan R. Brewer-Carías, las actividades de servicio público “*pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, en el sentido de que esencialmente y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas*”³⁰. De allí que hemos considerado que la sola declaratoria legal de una actividad como servicio público no produce consecuencia jurídica alguna, pues las limitaciones a la libertad de empresa deben provenir de previsiones legales expresas³¹.

Finalmente, y, en *tercer lugar*, se ha cuestionado la idea según la cual las actividades de servicio público se someten al Derecho Público. En una visión más moderada, Brewer-Carías ha aclarado que, en realidad, la actividad administrativa se somete a un régimen jurídico mixto de Derecho Público y Derecho Privado, lo que implica que la actividad administrativa de servicio público -incluso en la actividad contractual- no se opone a la aplicación del Derecho Privado³².

Desde el punto de vista constitucional, solo hay dos tipos de actividades económicas: aquellas reservadas al Estado mediante Ley Orgánica, y las que no están reservadas. Estas últimas siempre son actividades privadas, en el sentido que su ejercicio por la iniciativa privada

²⁹ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit.

³⁰ Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V. La acción de la Administración: poderes, potestades y las relaciones con los administrados*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 620.

³¹ Hernández G., José Ignacio, “*Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano*”, cit.

³² Brewer-Carías, Allan, “*La actividad administrativa y su régimen jurídico*”, *Las formas de la actividad administrativa*, cit., pp. 10 y ss.

puede llevarse a cabo con base en la libertad de empresa, sin más limitaciones que las establecidas expresamente en la Ley. El ejercicio de las actividades económicas privadas puede ser restringida por la Administración, únicamente con base en la habilitación legal expresa, pero jamás con base en la declaratoria de servicio público³³.

Por lo anterior, la declaratoria de una actividad económica como servicio público no produce ninguna consecuencia jurídica. Así, esa declaratoria no puede implicar la reserva al Estado, pero tampoco puede habilitar a la Administración a ordenar y limitar el ejercicio de la libertad de empresa, pues para ello se requiere texto legal expreso. En pocas palabras: lo que habilita a la Administración Pública a ordenar y limitar la libertad de empresa es la Ley, no el servicio público.

Con lo cual, y en realidad, frente a las actividades que se consideran servicio público, la Administración Pública solo puede conducir dos tipos de actividades. Así, la Administración puede optar por proveer bienes y servicios de manera directa a través de su actividad prestacional, o puede optar por ordenar y limitar la gestión económica a cargo de la libre iniciativa privada, bajo el principio de legalidad. No hay así, en sentido técnico, una “actividad administrativa de servicio público” que no pueda reconducirse a esas dos categorías.

Lo anterior no niega los mandatos positivos que la Administración Pública debe cumplir para garantizar el acceso a bienes y servicios anejos a derechos prestacionales, o sea, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Ciertamente, esos bienes y servicios han sido considerados o calificados como servicio público, como sucede con la educación³⁴. Empero, lo que es importante es identificar cuáles son las técnicas de intervención administrativa que la Administración Pública debe

³³ Brewer-Carías, Allan, “Sobre la “publicatio” en el derecho público y las nociones de “reserva al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público,” en Pernía Reyes, Mauricio Rafael (ed), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Táchira*, CIDEP, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 2020, pp. 21 y ss. El profesor Brewer-Carías cita nuestro trabajo Hernández G., José Ignacio, “Disciplina jurídica Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social,” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer Carías. E principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica. Tomo I*, FUNEDA, Caracas 2004, p. 200 y ss.

³⁴ Herrera Orellana, Carlos, “La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 3, Caracas, 2014, pp. 101 y ss.

desplegar para garantizar el acceso a los DESCAs, más allá de la confusa declaratoria de servicio público. Tal es, por lo demás, la aproximación del Derecho Administrativo Interamericano, en el cual se realza el rol garante del Estado, a través de cualquiera de esas dos técnicas de la actividad administrativa³⁵.

Con lo cual, y, en resumen, el servicio público no debe ser considerado como una actividad administrativa, sino como un objetivo que, en el marco del bien común, justifica la actividad administrativa para garantizar el acceso equitativo a los DESCAs, todo lo cual podrá traducirse en la actividad de limitación o la actividad de prestación, incluyendo la gestión económica directa³⁶. Empero, la doctrina sigue centrándose en el concepto subjetivo de servicio público, entendiendo que éste es siempre una actividad prestacional del Estado, o sea, una actividad que, en virtud de la *publicatio*, queda excluida del libre intercambio de bienes y servicios por la iniciativa privada, e imbuida en un régimen jurídico preponderante de Derecho Público³⁷.

II. DEL NUEVO SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO PÚBLICO COMO CAUSA DE LA DESTRUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE MERCADO

A fines del pasado siglo el auge de políticas de liberalización económica llevó a reformular, en el Derecho Administrativo Comparado, la teoría del servicio público, a los fines de adecuar este concepto a la primacía del mercado. Para ello la doctrina española acuñó el concepto del nuevo servicio

³⁵ Entre otras, vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

³⁶ En Venezuela, cuando el servicio público es gestionado por medio de empresas públicas, suele aludirse a los servicios públicos industriales y comerciales. Cfr.: Araujo Juárez, José, "Los servicios públicos industriales y comerciales", en *Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 105 y ss., y Grau, María Amparo, "Constitución económica y servicio público de contenido económico en Venezuela", en Urdaneta, Gustavo, et al., *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz, Tomo II*, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 603.

³⁷ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, cit., n° 5.706 y ss. El autor cita en su apoyo la sentencia de la Sala Constitucional n° 925 de 8 de julio de 2009, caso *Jania Josefina Noriega*, en la cual el servicio público es definido como una actividad prestacional asumida por el Estado. Turuhpial, en todo caso, aclara que *publicatio* o reserva no son necesariamente equivalentes pues el servicio público puede ser gestionado por la iniciativa privada. Pero la *publicatio* supone la existencia de potestades inherentes de ordenación y limitación, y, por ende, de restricciones a la libertad, todo lo cual supone la aplicación de un régimen netamente de Derecho Público.

público, que fue incorporado en América Latina³⁸. Venezuela no escapó de esta influencia: entre fines del siglo XX e inicios del presente siglo, la liberalización de los sectores de hidrocarburos, telecomunicaciones y electricidad llevó a recoger, en el Derecho Administrativo venezolano, la tesis del nuevo servicio público.

Estas políticas de liberalización, sin embargo, resultaron ser más bien la excepción a intervención pública de sesgo estatista, que comenzó a aumentar a partir de 2002. Desde el 2006 esta intervención se orientó a imponer controles centralizados y a adoptar arbitrarias medidas de expropiación que destruyeron los mecanismos de mercado y contribuyeron a generar una emergencia humanitaria compleja. La ejecución de estas políticas predatorias encontró, en el concepto de servicio público, un punto de anclaje importante³⁹.

1. *La breve impronta del nuevo servicio público y el llamado contencioso de los servicios públicos en la Constitución de 1999*

Luego de la llamada década pérdida, América Latina se enrumbó a fines del siglo XX en un ambicioso programa de reformas económicas que, bajo el rótulo general de Consenso de Washington, se orientó a reformular la relación entre el Estado y la economía. Los resultados de esas políticas fueron más bien pobres, pero lo cierto es que ellas dejaron su impronta sobre el Derecho Administrativo en la región⁴⁰.

Venezuela no fue la excepción. Así, hacia fines del siglo pasado la doctrina analizó la necesidad de repensar el Estado Social, que de un Estado omnipresente -y por ende frágil- debía transformarse en un Estado garante que, con eficiencia, pudiese asegurar el acceso equitativo a necesidades

³⁸ Por todos, y del recordado profesor Gaspar Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)", en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17 y ss., así como Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos, *Servicios Públicos, regulación y renegociación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 9 y ss.

³⁹ Entendemos como políticas predatorias, las decisiones adoptadas por el Estado orientadas a destruir derechos económicos en la sociedad civil y, por ello, apropiarse ilegítimamente de la riqueza generada en la sociedad civil (Robinson, James, "When is a State Predatory?", 2001). También se ha empleado la expresión "políticas extractivas", para describir estas medidas arbitrarias que extraen ilegítimamente la riqueza de la sociedad civil (Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, Nueva York, 2012, pp. 335 y ss.).

⁴⁰ Hausmann, Ricardo, "Structural Transformation and Economic Growth in Latin America", en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

esenciales asociadas a los DESCA⁴¹. En 1999 -y mientras se debatía una nueva Constitución- esta visión llevó a reformar el marco regulatorio de los hidrocarburos gaseosos y electricidad, de acuerdo con políticas de liberalización que incidieron en el concepto de servicio público⁴².

El rasgo distintivo de las reformas adoptadas en esos sectores es que el rol del Estado, a través de la Administración Pública, cambió. Así, por un lado, se abandonó la técnica de la reserva, como en especial sucedió con los servicios de telecomunicaciones, que pasaron a ser servicios que podían ser gestionados por la iniciativa privada en ejercicio del derecho de libertad de empresa, según la Ley dictada en 2000⁴³. Así también sucedió con el sector del gas no-asociado, pues la Ley dictada en 1999 reconoció a la libre iniciativa privada el derecho a emprender actividades de producción que, en el pasado, habían sido reservadas al Estado⁴⁴.

Por el otro lado, la intervención administrativa se orientó a atender fallos de mercado para recrear condiciones de competencia efectiva. Un principio aplicado para este propósito fue el acceso de terceros a la red. Así, en el sector eléctrico, con base en la Ley de 1999, la Administración asumió como cometido garantizar el acceso de terceros a la red, en condiciones objetivas, transparentes y no-discriminatorias⁴⁵.

Debido a estos fallos, se reconoció que los mercados eran incompletos, y que el libre intercambio podía dejar desatendidos servicios cuya gestión debía garantizarse en el marco de la protección jurídica de los DESCA. Bajo esta hipótesis, por ejemplo, la regulación de telecomunicaciones incorporó el concepto de servicio universal, a través del cual la Administración

⁴¹ Brewer-Carías, Allan, "Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, Caracas, 1997, pp. 31 y ss.

⁴² Para un repaso de esas políticas, vid. Badell Madrid, Rafael, "La liberalización de servicios públicos", en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El nuevo servicio público*, Tomo I, Caracas, 2002, pp. 113 y ss. Véase nuestro estudio Hernández G., José Ignacio, "Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 10, Caracas, 2000, pp. 61 y ss.

⁴³ Hernández-Mendible, Víctor, *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 332 y ss.

⁴⁴ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 456 y ss.

⁴⁵ Badell, Rafael, et al., *Comentarios a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*, Caracas, 2002, pp. 345 y ss. En relación con el acceso de terceros a la red, la interconexión y el servicio público de telecomunicaciones, vid. Peña, Nélida, "La interconexión de redes en el servicio público de las telecomunicaciones en Venezuela", en *Revista de Derecho* N° 15, Caracas, 2005, pp. 295 y ss.

garantiza la oferta universal y asequible a ciertos servicios de telecomunicaciones⁴⁶.

Frente a estos cambios legislativos, una parte de la doctrina del Derecho Administrativo venezolano incorporó el concepto del nuevo servicio público⁴⁷. Así, en este nuevo concepto la Administración Pública no acudió a la gestión directa en monopolio a través de la reserva, sino que orientó su actividad a promover condiciones de competencia efectiva, al mismo tiempo que se garantizó el acceso universal a servicios considerados esenciales⁴⁸. Esto llevó a realzar el rol de la Administración Pública en la ordenación y limitación de sectores económicos, lo que se tradujo en la creación de Administraciones sectoriales inspiradas en el modelo de las llamadas Administraciones Independientes⁴⁹. De manera especial, se realzó el rol de la Administración como garante del acceso a bienes y servicios anejos a los DESCA⁵⁰.

Para esos efectos, también se introdujo el concepto de regulación económica. Esto es, que el concepto de regulación -de origen anglosajón- fue incorporado bajo las fórmulas tradicionales de la actividad administrativa, de origen francés, todo lo cual generó tensiones no resueltas del todo. En cualquier caso, la actividad administrativa de regulación fue reconocida como una alternativa a la actividad administrativa tradicional de servicio público, en el sentido que la gestión de actividades consideradas como servicio público se confiaba a la libre iniciativa privada, correspondiendo a la Administración la regulación de esas actividades, tanto para atender fallas de mercado como para garantizar la oferta de bienes y servicios considerados esenciales⁵¹.

⁴⁶ Hernández G., José Ignacio, *Régimen legal del servicio universal en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2005.

⁴⁷ Entre otros, vid. Sisco Ricciardi, Octavio "Hacia un nuevo concepto de servicio público. Su visión en la Constitución venezolana de 1999", en *El Estado constitucional y el Derecho administrativo en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 20005, pp. pp. 678 y ss.

⁴⁸ Brewer-Carías, Allan, "El régimen constitucional de los servicios públicos", en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, cit., pp. 19 y ss.

⁴⁹ Hernández-Mendible, Víctor, "El ente regulador de los servicios públicos" de agua potable y saneamiento, en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, cit., pp. 217 y ss.

⁵⁰ Lo que llevó a proponer la importación del concepto europeo de servicios de interés económico general. Vid.: Ortiz, Rafael, "Derechos fundamentales y las actividades económicas de interés general", en *Revista de Derecho* N° 22, Caracas, 2006, pp. 123 y ss. Véase, en especial, a Araujo-Juárez, José, "Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II*, Civitas, Madrid, 2003 pp. 1.969 y ss.

⁵¹ Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte General*, Ediciones paredes, Caracas, 2007, pp. 351 y ss., y Hernández-Mendible, Víctor, "La regulación económica", *Estudios de Derecho Público. Tomo II*,

En comparación con el concepto tradicional de servicio público, el nuevo servicio público se caracterizó por la predominancia de la arista objetiva por sobre la arista subjetiva. Esto es, lo distintivo no es que la Administración Pública asume la gestión -directa o indirecta- del servicio público, sino que existen ciertas actividades económicas que no pueden ser ofrecidas en condiciones adecuadas de universalidad por el mercado, todo lo cual justifica la intervención de la Administración Pública, por medio de su actividad de ordenación y limitación, a los fines de garantizar el acceso a esos servicios. Por ello, el concepto de servicio público fue reformulado, para aclarar que éste sí es compatible con la libertad de empresa, aun cuando el ejercicio de esa libertad siempre quedaba subordinado a las necesidades del servicio público⁵². Todo lo anterior, en un contexto de liberalización, orientado a reducir el rol de la Administración Pública en la economía, rol que quedaría concentrado en la actividad administrativa de regulación⁵³.

Es importante reflejar que el concepto del nuevo servicio público y de la regulación económica fueron incorporados sin modificar los fundamentos del Derecho Administrativo venezolano, que como se dijo, están inspirados por el Petro-Estado. Se trató más bien del intento de cierto sector de la doctrina por compaginar el concepto estatista de servicio público por una visión basada en la reducción del rol del Estado y la primacía de la iniciativa privada. Pero en la práctica, esta visión no tuvo ninguna incidencia, en el sentido que no solo no se abandonó el concepto estatista de servicio público, sino que éste fue adoptado por la Constitución y luego realizado a partir de 2002⁵⁴.

Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 135. Más recientemente, vid. Turuhpial, Héctor, "El Estado regulador", en *Revista de Derecho Público* N° 67-168, Caracas, 2021, pp. 51 y ss.

⁵² Es decir, que el reconocimiento del derecho de libertad de empresa se hace bajo las condiciones y obligaciones de la gestión del servicio, incluso, en relación con los llamados servicios públicos competitivos, o sea, aquellos en los cuales la gestión del servicio se compatibiliza con el mercado, incluso, con técnicas de privatización. Cfr: Araujo-Juárez, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, cit. pp. 101,104 y 107.

⁵³ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, cit., loc. 9.034 y ss.

⁵⁴ Mientras que el concepto tradicional de servicio público considera a éste una actividad pública, el nuevo servicio público intentó construir una visión de éste como actividad privada. Frente al rol protagonista de la Administración Pública en el concepto estatista, en el nuevo concepto de servicio público el rol del Estado se reduce -consecuencia de la liberalización de la economía- para concentrarse en la actividad administrativa de regulación, basada en la preeminencia del sector privado. Pero lo cierto es que esta visión no encuadraba ni con la construcción dogmática del Derecho Administrativo venezolano entendido como un Derecho exorbitante, ni con la economía política del Petro-Estado, que en la práctica otorgaba al Estado el rol protagónico de la economía. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, "Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española", en *Derecho*

Así, el cambio resumido en la propuesta del nuevo servicio público no fue reflejado en la Constitución de 1999, cuyo texto era debatido justo cuando la liberalización de los hidrocarburos gaseosos y la electricidad era implementada mediante reformas legislativas. En realidad, las cláusulas económicas de esa Constitución no variaron mucho de las cláusulas de la Constitución de 1961, en lo que respecta al reconocimiento del sistema de economía social de mercado, en todo caso, con cierto rasgo estatista propio de los arreglos formales del Petro-Estado⁵⁵. En cuanto al servicio público, y salvo algunas normas relacionadas con competencias, lo cierto es que la Constitución no incorporó ninguna previsión especial⁵⁶.

El principal cambio de la Constitución fue la incorporación de una disposición que asignó, a la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para conocer reclamos relacionados con el servicio público, lo que sería conocido como el contencioso de los servicios públicos⁵⁷. El ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se había basado, hasta entonces, en las pretensiones deducidas con ocasión a la actividad e inactividad de la Administración, pero ahora, se introducía un concepto extraño, como es el servicio público⁵⁸. Tras esta incorporación

administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz, La Ley, Madrid, 2011, pp. 877 y ss.

⁵⁵ Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999: Estado democrático y social de Derecho. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 858 y ss.

⁵⁶ La Constitución alude al servicio público al garantizar ciertos derechos prestacionales, como la salud (artículo 86). Además, el concepto se emplea para la distribución las competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal, en especial, en los llamados servicios públicos domiciliarios. Sobre esto último, véase a Hernández-Mendible, Víctor (ed.), *Los servicios públicos domiciliarios*, CERECO-Universidad Monteávila, Caracas, 2015.

⁵⁷ El artículo 259 de la Constitución de 1999 atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para conocer de reclamos por la prestación de los servicios público, todo lo cual dio lugar a una jurisprudencia que creo el así llamado “contencioso de los servicios públicos”. Entre otros, vid. Urosa, Daniela, “Demanda por prestación de los servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4, Caracas, 2014, pp. 89 y ss.

⁵⁸ Hasta la Constitución de 1999 el servicio público no había tenido mayor relevancia para definir el ámbito de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en lo que respecta al reconocimiento de la competencia de esos tribunales para conocer de los llamados actos de autoridad, o sea, los actos dictados por el sector privado equiparables al acto administrativo, como, por ejemplo, ciertas decisiones dictadas por instituciones educativas privadas. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 2010, adoptó la visión amplia del contencioso de los servicios público a través de las pretensiones de condena en contra de los gestores de servicio público, más allá de su naturaleza pública o privada. Cfr.: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, “El ámbito objetivo de aplicación del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la luz de la obra de José Araujo-Juárez. Luces

subyace la idea según la cual las actividades de servicio público siempre son actividades administrativas, razón por la cual las pretensiones deducidas con ocasión a la gestión -o falta de gestión- del servicio público, deriva en pretensiones contencioso-administrativas, incluso, si se trata de la gestión por la iniciativa privada. Esto evidencia que, en su esencia, la Constitución de 1999 mantiene la idea estatista de servicio público⁵⁹.

De esa manera, y a modo de resumen, hacia fines del siglo XX e inicios del presente siglo, las reformas legislativas en los sectores de hidrocarburos, electricidad y telecomunicaciones llevó a la doctrina a reformular el concepto de servicio público, de acuerdo con el concepto del nuevo servicio público. Bajo esta visión, el servicio público no alude a actividades cuya gestión debe asumir la Administración, sino a actividades cuya gestión debe ser garantizada por la Administración, en especial, bajo la teoría de la regulación económica. Sin embargo, esta visión chocó con ciertas disposiciones de la Constitución de 1999 basadas en el concepto estatista de servicio público, de acuerdo con el cual, las actividades declaradas o consideradas como servicio público siempre son actividades administrativas, incluso, por lo que respecta al control contencioso administrativo.

2. *La vuelta del servicio público y la destrucción de los mecanismos d mercado*

Las políticas de liberalización económica comenzaron a ser desmontadas a partir del 2002, cuando el Gobierno implementó políticas orientadas al control centralizado de la economía, desmantelando los mecanismos de mercado, o sea, las instituciones que permiten el libre intercambio de bienes y servicios⁶⁰. En 2003 esto se extendió a la adopción de controles

y sombras del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, Caracas, 2019, pp. 201 y ss.

⁵⁹ Es por lo anterior que hemos criticado la existencia del “contencioso de los servicios públicos”, pues su indeterminación no facilita la tutela de derechos prestacionales y, además, crea riesgos a la libertad de empresa. Vid.: Hernández G., José Ignacio, “Pasado, presente y futuro de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Volumen I*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 112 y ss.

⁶⁰ Seguimos el concepto económico de instituciones, como las reglas que inciden en el libre intercambio de bienes y servicios, cuyo principal propósito es reducir los costos de transacción. Estas instituciones han sido llamadas “inclusivas”, en oposición a las instituciones extractivas antes comentadas. Vid. Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, cit. En cuanto al concepto de mecanismos de mercado de acuerdo con las políticas económicas implementadas en Venezuela a partir de 2002, vid. Santos, Miguel Ángel, “La Venezuela del día después (y del día antes)” en Fajardo, Alejandro y Vargas,

centralizados sobre la economía, en especial, por medio del control de cambio y de precio⁶¹. A partir de 2005 las políticas predatorias avanzaron por medio de medidas de expropiación y otras medidas equivalentes, que ampliaron notablemente el rol del Estado en la economía⁶².

La implementación de estas políticas predatorias encontró en el servicio público un apoyo conceptual importante. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó al servicio público como un título que justifica la amplia intervención de la Presidencia de la República en la economía, sin necesidad de contar con habilitaciones legales expresas⁶³. Así, el mandato superior de la Administración Pública es garantizar el acceso los servicios públicos, todo lo cual justifica -para la Sala Constitucional- la desprotección jurídica de la libertad de empresa. Esto llevó a negar la aplicación de las garantías jurídicas de la libertad de empresa y la propiedad privada, al otorgarse prevalencia al rol de la Administración Pública como el director central de la economía.

Para estos fines, se manipularon conceptos del Derecho Administrativo venezolano que, en su esencia, se basan en una visión estatista, como sucede con el concepto del contrato administrativo, pero, en especial, el servicio público. Como explica Allan R. Brewer-Carías, el concepto de servicio público fue manipulado como justificación de ciertas políticas de expropiación, bajo la hipótesis según la cual toda actividad de servicio

Alejandra, *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS)-International Development Research Centre (IDRC), Bogotá, 2021, p. 46.

⁶¹ Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio en Venezuela. Auge y colapso institucional (2003-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 52 y ss.

⁶² Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014, y Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014. Para un análisis detallado de los casos más emblemáticos de esta política de expropiación, véase a Abadi, Anabella y García, Carlos, *Expropiación: la política expropiatoria del socialismo del siglo XXI*, CEDICE-Universidad Católica Andrés Bello-Universidad Monteávila, Caracas, 2019.

⁶³ La sentencia base esta línea fue dictada por la Sala Constitucional el 24 de enero de 2002, en el caso *Asodeviprilara*. La Sala Constitucional interpretó que toda actividad que se orienta a satisfacer derechos prestacionales -como el derecho a la vivienda- es una actividad de servicio público y, por ello, queda sometida a poderes inmanentes de control. Es decir, que la Sala Constitucional partió del concepto estatista de servicio público, pues las actividades que reciben tal calificación siempre pasan a ser actividades estatales, o actividades en las cuales el Estado interviene por mandato constitucional. A partir de esa sentencia, el servicio público fue convertido en una institución clave para las políticas predatorias. Véase la crítica que formulamos en su momento, en Hernández G., José Ignacio, "Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado Social en el Derecho Venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda", en *Jurídica* N° 3, Universidad Arturo Michelena, Valencia, 2005, pp. 41 y ss.

público, por su propia naturaleza, es siempre una actividad estatal y por ello, una actividad en la cual el Estado puede moldear discrecionalmente derechos económicos⁶⁴.

La manipulación del concepto de servicio público fue además facilitada por el Poder Judicial y, en especial, por el Tribunal Supremo de Justicia y, en general, la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, diversas medidas arbitrarias de expropiación fueron avaladas por tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, quienes incluso llegaron a dictar medidas de ocupación, todo ello, justificado en el interés social presente en actividades consideradas servicio público, como la alimentación. Esta manipulación, efectiva en Venezuela ante la ausencia de separación de poderes, fue sin embargo revisada por tribunales arbitrales internacionales, todo lo cual ha derivado en condenas patrimoniales de miles de millones de dólares en contra de Venezuela⁶⁵.

Es importante advertir que esta manipulación fue facilitada por la imprecisión del concepto de servicio público, y su amplia difusión en Venezuela, en especial, en la segunda mitad del siglo XX, al amparo del Petro-Estado. Tal y como se explicó, en el Derecho Administrativo formado durante el siglo XX, declarar una actividad como servicio público siempre implica reconocer al Estado poderes de intervención, en especial, al considerarse que, en el intercambio de bienes y servicios, la demanda (o sea, los consumidores y usuarios) tienen el derecho a acceder al servicio público, derecho que debe ser garantizado por el Estado, típicamente, por medio de la Administración Pública⁶⁶. Han sido pocas las voces críticas que han

⁶⁴ Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 164 y ss.

⁶⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de la arbitraria expropiación de una empresa de producción de envase de vidrios, política justificada en la protección del servicio público de alimentación. Véase el laudo arbitral de 10 de marzo de 2015, en el asunto *OI European Group vs. Venezuela*, caso CIADI N° ARB/11125. Sobre el abusivo uso de medidas de ocupación por la jurisdicción contencioso-administrativa, vid. García, Carlos, "La (con) fusión de los conceptos de ocupación temporal y ocupación previa en la expropiación", en *Anuario de Derecho Público* N° 2, Caracas, 2008, pp. 215 y ss. En cuanto al impacto del arbitraje internacional de inversiones sobre el servicio público, vid. Hernández G., José Ignacio, "El tratamiento de los servicios públicos en los arbitrajes de inversión: una propuesta desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 76, Lima, 2016, pp. 181 y ss.

⁶⁶ Así, por ejemplo, la intervención administrativa en las aguas ha sido recientemente explicado a través de la teoría del servicio público. Al ser el agua un servicio público, su gestión encuadra en las modalidades de gestión directa e indirecta del servicio público, bajo el control de la Administración

denunciado los riesgos derivados del concepto de servicio público, tomando en cuenta la experiencia venezolana⁶⁷.

Más allá de las críticas al concepto de servicio público expuestas en la sección anterior, la experiencia de las políticas predatorias impuestas a inicios del siglo XXI deja en evidencia que, en la práctica del Derecho Administrativo venezolano, el servicio público ha sido empleado para justificar políticas públicas autoritarias, que reducen las garantías jurídicas de las personas. Así, y al amparo del Petro-Estado, innumerables actividades económicas han sido calificadas como anejas a necesidades colectivas que, en su condición de servicio público, siempre son controladas por la Administración Pública, bajo un régimen de Derecho Público⁶⁸.

La concepción estatista del servicio público, realizada en las políticas públicas predatorias adoptadas en el siglo XXI en Venezuela, resultó determinante para la emergencia humanitaria compleja evidenciada hacia 2017. Así, la destrucción de los mecanismos de mercado arrastró no sólo el colapso de la economía, con una caída del producto interno bruto cercano al ochenta por ciento (80%). Este colapso económico, junto al desmantelamiento de la democracia constitucional, arrastró el colapso del Estado, que hoy es un Estado frágil sin capacidad para cumplir cometidos básicos. El efecto acumulado del colapso económico y el colapso de la capacidad estatal se ha traducido en la destrucción de actividades usualmente consideradas como servicio público, como la electricidad, la salud y la educación⁶⁹.

Pública. Vid.: Hernández-Mendible, Víctor, "El régimen de las aguas en Venezuela", en *Revista de Derecho Público* N° 165-166, Caracas, 2021, pp. 252 y ss.

⁶⁷ Además del análisis de Brewer-Carías, criticando la manipulación de este concepto, véase la posición crítica de Reverón, Carlos, "La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina", en *Revista de Derecho Público* N° 169-170, Caracas, 2022, pp. 185 y ss.

⁶⁸ Por ejemplo, recientemente, la jurisprudencia ha acudido al servicio público para desconocer la aplicación de la garantía de la presunción de inocencia en procedimientos sancionadores relacionados con el sector de la alimentación. Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 6 de agosto de 2019, caso *Alimentos Polar Comercial*. Véase nuestros comentarios críticos sobre esta línea jurisprudencial en Hernández G., José Ignacio, "El concepto de Derecho Administrativo y los riesgos a la libertad. Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso *American Airlines*", en *Revista de Derecho Público* N° 123, Caracas, 2010, pp. 215 y ss.

⁶⁹ Hemos analizado el efecto jurídico de estas políticas ancladas en una visión estatista de servicio público, en Hernández G., José Ignacio, "La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas", en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 299 y ss. Para un análisis de los efectos económicos, vid. Hernández G., José Ignacio, "El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado

Debe aclararse que el colapso estatal y la emergencia humanitaria compleja no son consecuencia única de la visión estatista tradicional del servicio público adoptada en el Derecho Administrativo venezolano. Pero lo cierto es que esa visión facilitó, en cierto modo, la implementación de las políticas públicas predatorias adoptadas desde 2002. Esas políticas fueron de una u otra manera justificada en la calificación de servicio público, como de manera paradigmática sucedió con la alimentación⁷⁰. Así, al considerarse que los bienes y servicios anejos a la alimentación son servicios públicos, se justificaron políticas predatorias como el control de precio y, en suma, medidas de expropiación o de efecto equivalente a la expropiación. Y en estricto sentido, lo cierto es que no podía discutirse, desde el Derecho venezolano, que la alimentación es una actividad de servicio público⁷¹. Como consecuencia de esas políticas predatorias sobre el sector de la alimentación, se estima que en Venezuela hay más de seis millones de personas con necesidades alimentarias insatisfechas⁷². Lejos de beneficiar al derecho a la alimentación, la tesis de la alimentación como servicio público derivó en la sistemática violación de ese derecho.

CONCLUSIONES

Hacia de la década de los cuarenta del siglo XX, el Derecho Administrativo asumió el concepto de servicio público inspirado en el régimen administrativo francés. Este concepto, consolidado a lo largo de ese

fallido y la responsabilidad para proteger”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 16, Caracas, 2018, pp. 501 y ss.

⁷⁰ Véase la crítica en Herrera Orellana, Luis Alfonso y Matheus Hidalgo, Majerlin, “La actividad administrativa de limitación en una economía social de mercado”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* N° 7, Caracas, 2016, pp. 641 y ss.

⁷¹ La seguridad alimentaria fue considerada como un servicio público, todo lo cual implicó reconocer a la Administración Pública el deber de asegurar el acceso a alimentación, justificándose de esa manera los mecanismos de mercado en el sector de alimentación. Véase la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativa de 31 de enero de 2011, caso *Alimentos Polar Comercial*. Lo cierto es que, bajo el concepto de servicio público en el Derecho Administrativo venezolano, es razonable concluir que la oferta de alimentos es un servicio público. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “Sobre la “publicatio” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservas al Estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público.”, en *XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 2017.

⁷² Food and Agriculture Organization, *The State of Food Security and Nutrition in the World 2022*, Organización de las Naciones Unidas, Roma, 2022, p. 157.

siglo en la doctrina y la jurisprudencia, quedó marcado por tres elementos centrales.

El *primer elemento* definitorio es su concepción como actividades económicas por medio de la cual se ofrecen bienes y servicios a la demanda, o sea, a consumidores y usuarios. El servicio público siempre alude, así, a esta oferta de bienes y servicios.

El *segundo elemento* atiende al tipo de necesidades que son satisfechas con la oferta de estos bienes y servicios, las cuales atienden a necesidades colectivas, inherentes al interés general o al interés público. Un parámetro empleado para identificar cuáles son esas necesidades colectivas, es su relación con la satisfacción de derechos prestacionales o DESCAs. Por ello, la oferta de bienes y servicios que se orienta a satisfacer derechos prestacionales, son servicios públicos.

Por último, y el *tercer elemento* es el deber del Estado -cumplido especialmente a través de la Administración Pública- de garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas mediante la oferta de bienes y servicios. Este deber ha sido calificado como *publicatio*, pues la oferta del servicio público se somete a un régimen exorbitante de Derecho Administrativo, a través del cual el Estado garantiza la satisfacción de necesidades colectivas de acuerdo con estándares como la igualdad, la regularidad y la mutabilidad. Esta *publicatio* no impide que la iniciativa privada ofrezca estos bienes y servicios, pero esta gestión será siempre indirecta, en el sentido que la Administración retiene potestades para limitar la oferta de estos bienes y servicios por la iniciativa privada. Por ello, en las actividades de servicio público, la iniciativa privada no es libre, en tanto queda sujeta a potestades administrativas, incluso, implícitas.

Este concepto de servicio público inspirado en el régimen exorbitante del Derecho común fue ampliamente aplicado en la práctica, ante el incremento del rol del Estado en la economía a la sombra del Petro-Estado. Así, al haberse Venezuela organizado como Petro-Estado, la Administración Pública asumió cada vez más mayores cometidos para regular la economía e intervenir directamente por medio de la empresa pública. Esto llevó a una concepción minusvalorada de la libertad de empresa, y a la exaltación del servicio público como el título jurídico a través del cual la Administración Pública justificó la distribución de la renta petrolera.

Esta visión es estatista, pues asigna al Estado la primera responsabilidad para garantizar el acceso a los servicios públicos, lo cual siempre se traduce

en limitaciones a la libre iniciativa privada. La *publicatio* supone así que la oferta de estos bienes y servicios no responde a una actividad privada, sino a una actividad pública, en la cual la iniciativa privada puede ofrecer esos bienes y servicios, pero bajo modos de gestión indirecta, cuando la Administración decida conceder el derecho a emprender actividades de servicio público.

Hacia fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, la implementación de políticas de liberalización en los sectores de la electricidad, hidrocarburos y telecomunicaciones llevó a cierto sector de la doctrina a plantear un nuevo concepto de servicio público, en el cual el rol del Estado se centraba en la regulación económica para promover la gestión privada de las actividades de servicio público. Esta nueva visión tuvo, sin embargo, un alcance muy limitado, en especial, cuando a partir de 2002 el modelo económico venezolano cambió para ampliar el rol del Estado en la economía.

Po ello, el concepto prevalente de servicio público en Venezuela sigue siendo un conceto estatista, tal y como se desprende además de la Constitución de 1999, la cual asignó a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, incluso respecto de actividades gestionadas por la iniciativa privada. A partir de 2002, el Tribunal Supremo de Justicia se apoyó en esta visión estatista para justificar amplias potestades administrativas para intervenir en las actividades de servicio público, desprotegiendo a la libre iniciativa privada para garantizar la “protección del pueblo”.

Esta interpretación autoritario-populista de la Constitución económica facilitó la adopción de políticas predatorias que gradualmente destruyeron los mecanismos de mercado por medio de controles centralizados y medidas expropiatorias. El análisis de estas políticas permite identificar cómo un patrón común fue la calificación de servicio público de las actividades en las cuales se destruyeron los mecanismos de mercado, desde el sector de la alimentación hasta los hidrocarburos. Esta visión estatista del servicio público no solo contribuyó a la emergencia humanitaria compleja en medio del colapso del Estado, sino que, además, ha derivado en laudos arbitrales de condena por miles de millones de dólares.

Por ello, la reconstrucción institucional y económica de Venezuela debe venir acompañada de un nuevo Derecho Administrativo, que abandone aproximaciones como el servicio público, anclado en la predominancia del sector público frente al sector privado. En realidad, el sector público y el

sector privado no son rivales, sino complementarios, todo lo cual precisa reconocer los mecanismos de mercado, incluso, en actividades consideradas o declaradas como servicio público⁷³. A estos fines, en nuestra opinión, es necesario abandonar definitivamente el concepto de servicio público como una actividad administrativa, para partir de un esquema más simple y menos riesgoso para la libertad, según el cual, la actividad administrativa orientada al bien común puede traducirse en la actividad prestacional o en la actividad de ordenación y limitación.

Cambridge, M.A., 2023

⁷³ Mazzucato, Marianna, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented approach*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2022, pp. 58 y ss.