

Tema 25. Principios

Sumario: DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: Concepto. Naturaleza. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CLÁSICOS: Principio de igualdad. Principio de continuidad. Principio de mutabilidad. PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS CONTEMPORÁNEOS: Principio de neutralidad. Principio de imparcialidad. Principio de transparencia. Principio de participación. Principio de eficacia administrativa. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: Servicios públicos constitucionales. Servicios públicos nacionales, estatales y municipales. Servicios públicos domiciliarios. Servicios públicos industriales y comerciales.

DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A. CONCEPTO

§1072. **Planteamiento** — Una vez delimitada o descrita la categoría de servicio público, debemos proceder a perfilar en sus líneas estructurales el régimen jurídico de ese conjunto de actividades que se califican como tal, y que pese a su heterogeneidad, se caracterizan por la comunidad o similitud de elementos institucionales; si bien se sostiene que es riesgoso hablar de un régimen de los servicios públicos por cuanto no poseería ya más unidad, y no sería exagerado hablar de que cada servicio público tendría su propio régimen jurídico.

En este orden de ideas, para un sector de la doctrina al cual nos adherimos, dicho régimen adquiere el carácter de Derecho de los servicios públicos, por cuanto existe un conjunto de principios y normas que tienen por objeto la organización y funcionamiento de los servicios públicos. A su vez, estaría conformado por principios, normas y reglas de naturaleza pública y, por ende, exorbitantes al Derecho común.

En cuanto a la determinación del ámbito y significados del Derecho de los servicios públicos se utiliza una perspectiva sustantiva, en cuanto se le atribuye un contenido material determinado. Así, la conceptualización del Derecho de los servicios públicos abarca la creación y supresión de estos, el estatuto que rige su prestación; la gestión de los servicios públicos en tanto que medios jurídicos, técnicos o materiales necesarios para su prestación y, por último, el control —administrativo y contencioso— que se origina alrededor de dicha institución.

§1073. Concepto — Por Derecho de los Servicios públicos entendemos el conjunto de principios, normas y reglas que tienen por objeto, la creación, organización, funcionamiento, protección y supresión de los servicios públicos.

Se trata de un estatuto jurídico básico, de una ordenación que, en principio, sería válida para la generalidad de los servicios públicos, sobre cuya base cada servicio público debe adaptar su regulación detallada y diversa a la naturaleza y característica del sector de que se trate. Los elementos de ese Derecho de los servicios públicos se caracterizan; unos por ser esenciales y ineludibles; mientras que otros serán flexibles y admitirán modulaciones y adaptaciones según el sector específico.

B. NATURALEZA

§1074. Técnica de intervención — En la actualidad, la manera de concebir el concepto de la función administrativa, más que una función de ejecución de las leyes, se plantea como una función o modalidad técnica de intervención del Estado en ciertos sectores o áreas determinadas, caracterizada por la aplicación de un régimen jurídico exorbitante al Derecho común, como elemento diferenciador. Además de este régimen jurídico exorbitante al Derecho en común, hemos dicho anteriormente, también se señalan como criterio diferenciador, los procedimientos de Derecho público; esto es, ciertas modalidades de procedimientos que en principio, salvo adjudicación a texto legal expreso, nunca están presentes cuando son los particulares quienes realizan actividades semejantes a lo que pudiera calificarse como una actividad del servicio público. Dichos procedimientos son los privilegios, las prerrogativas de Poder Público o las potestades públicas *strictu sensu*.

§1075. Especificidad — La especificidad de la noción de servicio público más que material es jurídica. Por consiguiente, se pregunta la doctrina si el régimen jurídico aplicable es causa o consecuencia de la noción de servicio público, y cuáles son los efectos jurídicos que origina la calificación de una actividad como servicio público.

§1076. Clasificación — El funcionamiento de los servicios públicos ha generado, en los hechos y en el Derecho, un conjunto de principios que la doctrina se ha esforzado en sistematizar. En particular la doctrina francesa (L. ROLLAND) elaboró un núcleo duro de principios que se imponen a todos los servicios públicos.

Además, al lado de ese núcleo duro, existe un conjunto de principios complementarios que, sin referirse a todos los servicios públicos, constituye, no obstante, la característica del régimen jurídico de numerosos servicios públicos.

Tales principios se imponen tanto al gestor como a los usuarios del servicio público.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CLÁSICOS

§1077. Introducción — El funcionamiento de los servicios públicos, cualquiera que sea su naturaleza así como sus modalidades de gestión, está sometido a un *corpus* de principios muy diversos, destinado a garantizar la satisfacción del interés público. El denominado Derecho de los servicios públicos deriva de un estatuto jurídico especial, el cual, desde el punto de vista del Derecho comparado, se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de un conjunto normativo sistematizado a la manera de codificación, salvo muy contadas excepciones en el Derecho comparado.

A partir del momento en que el servicio público empezó a entenderse como categoría jurídica, y ante la ausencia de un texto expreso que recogiera todas las reglas y normas atinentes, se fue reconociendo la existencia de ciertos principios fundamentales que son consecuencia de la sistematización elaborada por la doctrina y la labor de la jurisprudencia, sobre la base de la especificidad de cada Derecho positivo, a partir de la legislación vigente en cada país.

§1078. Enumeración — Debemos advertir, de entrada, que existe un desacuerdo en cuanto a la denominación, número, contenido y valor jurídico de cada uno de los principios fundamentales clásicos que rigen el Derecho de los servicios públicos.

Desde ese punto de vista, cabe señalar que existen, alrededor de los servicios públicos, los siguientes principios fundamentales clásicos sistematizados por la doctrina como las “leyes de L. Rolland” así: (i) el principio de igualdad, (ii) el principio de continuidad, y por último (iii) el principio de mutabilidad, los cuales permiten el buen funcionamiento de los servicios públicos, legitimando la acción del Estado. Esta trilogía clásica, consagrada en primer lugar por la doctrina, fue aceptada a su vez tanto por el legislador francés (Véase *Loi* francesa de fecha 26 de julio de 1996, relativa a la regulación de las telecomunicaciones; CPT, Art. L. 35), como consagrada dentro de la regulación (Véase Dir. Postal modificada el 15 de diciembre de 1997) y jurisprudencia comunitaria (Véase CJCE, de fecha 27 d abril de 1994, fallo *Comune D’Almelo*).

A. PRINCIPIO DE IGUALDAD

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

§1079. **Planteamiento** — El servicio público constituye un ámbito de aplicación del principio de igualdad proclamado por la tradición constitucional. Sin embargo, debemos señalar que la dogmática constitucional y la doctrina en el Derecho comparado se caracterizan por la imprecisión y relatividad sobre lo que debe entenderse como principio de igualdad.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

§1080. **Concepto** — El principio de igualdad del servicio público es considerado un corolario del anterior principio de igualdad ante la ley (Véase CC, de fecha 18 de septiembre de 1986, Déc. 86-217 DC Rec. 141) y significa, según la doctrina francesa, que “todas las personas que se encuentran en una situación idéntica frente al servicio público deben ser regidas por las mismas reglas” (M. LONG y otros).

Ahora, el referido principio se analiza desde una doble perspectiva: (i) el principio de igualdad ante el servicio público y (ii) el principio de igualdad dentro del servicio público.

1º *Ante el servicio público*

§1081. **Concepto** — La igualdad de los usuarios ante el servicio público es una necesidad de la sociedad democrática. De ahí que el principio de igualdad ante la ley plantea el problema de su valor jurídico ante el servicio público, lo cual implica vincular a la igualdad ambos principios.

Al respecto, existe una opinión en la doctrina francesa, la cual señala que el principio de igualdad ante el servicio público tiene el carácter de principio general del Derecho. En tal sentido la jurisprudencia francesa reconoció la igualdad de tratamiento entre los usuarios de un mismo servicio público (Véase CE, de fecha 29 de noviembre de 1911, fallo *Chomel, Leb. 1265*) y concluyó en que el principio de igualdad rige el funcionamiento de los servicios públicos (Véase CE, de fecha 9 de marzo de 1951, fallo *Sté des concerts du conservatoire, Leb. 151*) y es por tanto aplicable a todos los servicios públicos, sean administrativos o comerciales e industriales.

§1082. **Candidato-usuario** — En el caso del candidato a usuario (candidato-usuario) de los servicios públicos, se establece un derecho de acceso igual a todos aquellos que estén en condiciones de acceder a un servicio público (por ejemplo, el servicio público de la electricidad).

Todas las personas que no tienen una relación jurídica previa con el gestor del servicio público son candidatos a ser usuarios del servicio, lo cual ocasiona que el gestor deba tratar de la misma forma a todas las personas con aspiraciones a acceder a la prestación de un servicio público.

2º Dentro del servicio público

§1083. Funcionamiento del servicio público — En este sentido se sostiene que una vez que el candidato-usuario ha sido admitido en el servicio público, esto es, convertido ya en un usuario efectivo, y que en la generalidad de los casos es un suscriptor por haber formalizado su relación jurídica mediante la firma del correspondiente contrato de servicio, tiene el derecho a un trato igual o no discriminatorio en las condiciones generales establecidas con anterioridad para el funcionamiento del servicio público de que se trate. En este supuesto, el usuario mantiene una relación jurídica con el gestor del servicio a través de un contrato de servicio, de abono o de afiliación, como indistintamente se lo denomina.

Por tanto, los usuarios tienen derecho al igual funcionamiento del servicio público. Es un principio general del Derecho (Véase CE, de fecha 19 de marzo de 1951, fallo *Soc. de concerts du Conservatoire*, Dr. Soc. 1951, 9368), aplicado primero a los servicios públicos administrativos y después a los servicios públicos industriales y comerciales (Véase CE, de fecha 1 de abril de 1936, fallo *Soc. d'Alcool dénaturé de Coubort*, RDP, 1939, p. 485).

En definitiva, el servicio público debe estar abierto a todos; ya sean usuarios que se encuentren en una situación estatutaria o en una situación contractual.

§1084. Principio de igualdad tarifaria — Por último, tenemos el problema de la igualdad tarifaria en la contraprestación de los servicios públicos. Desde ese punto de vista, si bien rige el principio de igualdad de pago a todos los que se encuentran en las mismas condiciones, ello no impide que el gestor del servicio público proporcione un tratamiento desigual o introduzca un principio de discriminación en materia de la contraprestación del servicio público acudiendo a criterios objetivos (por ejemplo, la pertenencia a un estrato social).

B. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

§1085. Concepto — El principio de continuidad de los servicios públicos es la versión administrativa del principio de continuidad del Estado y por tanto el principio esencial (ROLLAND), el cual es invocado para justificar numerosas teorías del Derecho administrativo, tales como el privilegio de la decisión

previa, las técnicas para la transferencia de la competencia, la teoría de la imprevisión, etc.

La noción de continuidad es “material, orgánica o institucional” y se concreta en la obligación del Estado o gestor de prestar el servicio público de manera ininterrumpida. Para los exponentes de la Escuela del Servicio Público no es suficiente que el Estado haya creado el servicio público, sino que también tiene la tarea de asegurar la continuidad. Por tanto, la continuidad se convierte en el criterio calificador de lo que es un servicio público.

§1086. Fundamento — El fundamento del principio de continuidad lo encontramos en : (i) el célebre fallo *Winkel* del Consejo de Estado francés (Véase CE, de fecha 7 de agosto de 1909, fallo *Winkell*), en el cual se sostiene que la continuidad es esencial para la vida social y de la acción de los Poderes Públicos, y desde ese punto de vista, los servicios públicos deben ser prestados sin interrupción, sin que exista la posibilidad de una discontinuidad en la prestación del mismo; por tanto, los usuarios están en la posición de hacer sancionar por el juez su eventual incumplimiento ; y (ii) la satisfacción normal y pronta de las necesidades de los usuarios (Véase CE, de fecha 6 de noviembre de 1985, fallo *Min. des Transports c/ Cie TAT*).

C. PRINCIPIO DE MUTABILIDAD

§1087. Denominación — Por último, entre los grandes principios fundamentales clásicos que conforman lo que se ha llamado la trilogía o las “leyes de L. Rolland”, se encuentra principio de mutabilidad, que es mencionado por la doctrina bajo denominaciones diversas: la doctrina francesa lo denomina adaptación, mutabilidad, evolución de funcionamiento eficaz; por su parte la doctrina española lo denomina progreso tecnológico (MEILÁN GIL).

§1088. Concepto — El principio de mutabilidad significa que tanto la organización como el funcionamiento de los servicios públicos pueden y deben ser adaptados, cada vez que lo impone la evolución de las necesidades colectivas y las exigencias del interés público (ESPLUGAS), tanto en el tiempo (progreso tecnológico) como en el espacio (movimientos de la población), apreciadas por el Poder Público.

De allí que el *desiderátum* del principio de mutabilidad es adaptar los servicios públicos a las necesidades cambiantes de la colectividad; a las nuevas circunstancias de progreso tecnológicas y sociales para continuar cumpliendo su objeto de interés general. La adaptación continua de los servicios públicos descarta, según la expresión de JÈZE la petrificación intolerable de los servicios públicos y el despilfarro de los dineros públicos.

§1089. **Naturaleza** — Para un sector de la doctrina francesa se trata de un principio de naturaleza constitucional en tanto que prolonga el principio de continuidad y que puede ser una condición de la efectividad de ciertos derechos o principios constitucionales (ESPLUGAS), mientras que para otro se ha de defender su reconocimiento como un principio general del Derecho.

§1090. **Alcance** — Desde el punto de vista del servicio público propiamente dicho, la Administración Pública puede imponerle unilateralmente al gestor, las necesidades de la adaptación tecnológica del servicio público. Es célebre el mencionado fallo *Gas de Burdeos*, donde se le impuso al concesionario la obligación de prestar el servicio de alumbrado eléctrico de la localidad, no a través del gas sino mediante fluido eléctrico.

Por tanto, la Administración Pública puede modificar unilateralmente las cláusulas de todo contrato administrativo que son relativas a la gestión del servicio público, pero solo en la medida en que éste lo exige (Véase, CE, 11 de julio de 1941, fallo *Hôpital de Chauny*, Rec. CE, p.129), o en la medida que tales modificaciones resulten útiles para los usuarios (Véase, CE, 27 de febrero de 1974, fallo *Min. des Transpon e/ Bruch*, RDO, 1975, p. 304). Son, en definitiva, las razones de interés público las que rigen la adaptación del servicio público (Art. 39 de la LOAP).

§1091. **Derecho positivo** — Para el Derecho positivo, la idea básica del principio de mutabilidad consiste en que el interés general es variable, por lo cual el régimen aplicable al servicio público debe ser adaptado a las exigencias cambiantes del interés general (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 10 de enero de 2006, caso *Colegio Pestalozzi*).

En mérito a lo antes expuesto se concluye que los principios fundamentales de igualdad, continuidad y de mutabilidad están unidos por el objeto de satisfacer, de la mejor manera, el interés público. Esto último explica también otros principios complementarios aplicables a los servicios públicos, como lo analizaremos a continuación.

PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS CONTEMPORÁNEOS

§1092. **Introducción** — La doctrina francesa no es conteste en compartir la anterior clasificación tripartita de los principios del servicio público, de allí que otro sector (LACHAUME) incluya, al lado de los principios fundamentales clásicos o “leyes de L. Rolland”, los denominados principios complementarios contemporáneos que afectan el funcionamiento de los servicios públicos.

En tal sentido, el Derecho positivo francés emitió la circular del Primer Ministro francés de fecha 26 de julio de 1995 relacionada con la preparación y la puesta en funcionamiento de la reforma del Estado y de los servicios públicos (Véase JO, de fecha 28 de julio de 1995, p. 11217, RFDA, 1996, p. 191), donde señala que la reforma debía tener como objetivo darle cuerpo a un conjunto de principios nuevos o virtuales, a los cuales los servicios públicos deberían adaptarse. Ahora, conviene mencionar que la exigencia de dichos principios está, en gran medida, condicionada por la naturaleza del servicio público al cual se pretende aplicar. Es evidente, por tanto, que tales principios no se aprecian de la misma manera según se apliquen a un servicio público administrativo o un servicio público comercial o industrial.

Por último, la jurisprudencia venezolana menciona los principios siguientes: permanencia y continuidad, igualdad, obligatoriedad y onerosidad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 10 de marzo de 2000).

A. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD

§1093. **Concepto** — El principio de igualdad del servicio público tiene un corolario: el principio de neutralidad, el cual está referido a la concepción del Estado imparcial. Con ello se quiere significar que el régimen jurídico del servicio público prohíbe que se preste de manera discriminatoria en función de la afiliación u orientación política o convicciones religiosas de los funcionarios o de los usuarios (Véase CC. Déc. n^o 86-217, DC, 18 septiembre 1986, fallo *Liberté de Communications*, Rec. 141, AJ, 1987.102).

§1094. **Clases** — Por otro lado, el principio de neutralidad del servicio público permite asegurar la igualdad de tratamiento de los usuarios y adopta dos manifestaciones: (i) la neutralidad material (el desinterés de los funcionarios) y (ii) la neutralidad intelectual (o de espíritu).

B. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

§1095. **Concepto** — La imparcialidad del Estado se concibe en su función de árbitro, ya que le corresponde a este dirimir los conflictos o controversias que se presentan en la sociedad y, por tanto, salvaguardar esa posición imparcial del Estado y, por ende, la Administración Pública como lo dispone el Art. 12 de la LOAP.

C. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

§1096. **Concepto** — Del estado actual del Derecho administrativo se desprende el principio de transparencia de la Administración Pública y por ende de las actividades como la del servicio público. Asegurar la transparencia del servicio público es permitir a quienes entran en contacto con el servicio público

(usuarios, gestores, proveedores, etc.) que se encuentren informados sobre su organización y funcionamiento, y sobre los motivos de las decisiones (técnicas, operativas, económicas, etc.) de las que son destinatarios (LACHAUME).

Se trata de mejorar las relaciones entre las personas y la Administración Pública; de corregir los efectos nefastos y perversos de una relación administrativa esencialmente concebida de manera vertical descendente. Al respecto no deben dejarse de mencionar las reformas importantes que se han introducido para erradicar o, al menos reducir, la “cultura del secretismo” que hoy día caracteriza, en la práctica, al funcionamiento de la Administración Pública en general y de los servicios públicos en particular.

§1097. Derecho positivo — El principio de la transparencia en el Derecho positivo encuentra consagración en normas de muy distinto rango, así: (i) constitucional, cuando se prescribe en la Constitución que la Administración Pública se fundamenta, entre otros, el principio de transparencia (Art. 141); (ii) legislativa con carácter general, al reiterarse que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base, entre otros, en el principio de transparencia (Arts. 10, LOAP y 5 de la LSTA) y finalmente (iii) en la legislación sectorial: agua potable (Arts. 3, letra f; 11, letra k; 17, letra j; letra 26, letra h; 65, letra k; 66; 70, letra g; LOPSAPS).

D. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

§1098. Concepto — Por último, asociar a los usuarios y terceros a la Administración Pública que tienen la responsabilidad efectiva del servicio público y de su gestión, es el objetivo del principio de participación, que va desde: (i) la representación de los intereses específicos en el seno de los consejos de administración o de consulta; (ii) pasando por la intervención real en los procedimientos administrativos de consultas o audiencias públicas; (iii) hasta la organización de grupos de interés que intervienen en el desarrollo y supervisión sobre la gestión y resultados de los servicios públicos respectivos.

§1099. Derecho positivo — La Constitución establece, con rango de derecho fundamental, la obligación de garantizar la participación ciudadana, al punto de que la entiende como uno de los valores fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, partiendo del derecho constitucional a la participación ciudadana (Art. 6 de la C) el Derecho positivo recepta las diversas modalidades de participación en los servicios públicos, así: agua potable (Arts. 5, letra h; 11, letra 1; 70, letra 1; 75; 76; 77 LOPSAPS); electricidad (Arts. 34, num. 2, 36, 37 y 41 de la LOSSE); gas doméstico (Art. 68 del RLOHG).

E. PRINCIPIO DE EFICACIA ADMINISTRATIVA

§1100. **Planteamiento** — La organización del Estado, al igual que otras instituciones u organizaciones sociales, se presenta como respuesta a intereses y aspiraciones comunes de un grupo que pretende desarrollarlas, valiéndose para ello de una estructura y unas reglas, a partir de las cuales se materializan los fines concretos. Así, los servicios públicos, dentro de las actividades de la Administración Pública, constituyen una actividad de prestación de la cual es titular.

Bajo esta consideración, se mencionan dos deberes estatales fundamentales con relación a los servicios públicos: (i) el deber estatal no sólo de prestación sino de la garantía de prestación y (ii) el deber estatal de buen funcionamiento de los mismos.

§1101. **Garantía de prestación** — Desde el Preámbulo de la Constitución, que de por sí tiene fuerza vinculante, se proyecta el compromiso de un Estado que consolide, entre otros valores, el “bien común”.

Por su parte, el Art. 299 de la C, al establecer el régimen socio-económico y la función del Estado en la economía, señala como fines del Estado, el “asegurar del desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”. Ahora bien, la realización efectiva de tales fines estatales implica, muchas veces, la intervención directa del Estado. En tal sentido, no cabe duda que desde el comienzo el Texto constitucional impone un deber de prestación o más propiamente de garantía de prestación de los servicios públicos. Especialmente los que tienen que ver con el desarrollo de la colectividad.

§1102. **Buen funcionamiento** — En la medida en que el Estado social se legitima en la acción y no en la inhibición pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos lo califica o descalifica, pues la actividad de garantía prestacional, aun siendo solo una parte de la actividad administrativa, es de importancia capital dado que estas necesidades sociales, satisfechas de este modo, responsabilizan exclusivamente al Estado, entendido este en su sentido amplio.

Y por último, y no menos importante, el principio de eficacia se encuentra establecido en los Arts. 141 de la C y 10 de la LOAP.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§1103. **Introducción** — En el estudio del régimen general de la institución de los servicios públicos, la doctrina nacional (LARES MARTÍNEZ) resalta, entre otros aspectos, la afirmación de que “hay diversidad de servicios públicos, y no están todos sometidos a un régimen jurídico uniforme”, para concluir más adelante que “no puede sostenerse que exista un régimen jurídico uniforme para todos los servicios públicos”.

En tal sentido, señalaremos que los servicios públicos se han clasificado desde múltiples puntos de vista o a la luz de diversos criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos, etc.

§1104. **Clasificación** — Dentro de la extraordinaria lista posible de criterios de clasificación de los servicios públicos nos limitaremos a las decisivas, así:

- ▶ Los servicios públicos constitucionales por oposición a los servicios públicos simplemente legislativos.
- ▶ Servicios públicos nacionales, estatales y municipales según el carácter del titular y ámbito de aplicación.
- ▶ Servicios públicos domiciliarios.
- ▶ Y por último los servicios públicos industriales y comerciales, según el régimen jurídico y el grado de aplicación de las normas y principios del Derecho público.

A. SERVICIOS PÚBLICOS CONSTITUCIONALES

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1105. **Concepto** — La noción de servicio público que ha sido una noción forjada por el Consejo de Estado francés, también ha sido remodelada a nivel constitucional por el Consejo Constitucional francés, quien ha extraído del interior de la noción de servicio público, una nueva categoría de servicios exigidos por la Constitución francesa y denominados servicios públicos constitucionales, calificación que ha sido receptada por la doctrina francesa (CHAPUS), y que va a comportar consecuencias jurídicas muy precisas.

El interés de la nueva categoría jurídica resulta de una distinción que se establece entre, por un lado, los servicios públicos simplemente legislativos cuya creación o supresión, principalmente por la vía de la privatización, es posible; y por otro, los servicios públicos exigidos por la Constitución (Véase CC, Déc. 88-232 DC, de fecha 7 de enero de 1988, Rec. 17), cuya transferencia al sector privado está prohibida.

§1106. **Criterios** — El concepto de servicio público constitucional está fundado sobre los tres criterios siguientes: (i) la voluntad del Poder constituyente; (ii) una actividad de interés público; y por último (iii) gestionada por una persona pública a nivel nacional.

§1107. **Voluntad del Poder constituyente** — Es sabido, de manera tradicional, que la declaración del Poder Público es requerida para que se pueda calificar a una actividad como servicio público. En el caso de los servicios públicos constitucionales, es la voluntad del Poder constituyente la que determina la obligación constitucional del funcionamiento del servicio público de que se trate.

Por tanto, a nivel constitucional surge una *summa divisio* entre servicios públicos cuya existencia es exigida por la Constitución, y los servicios cuya existencia es dejada a la libre discreción del legislador.

§1108. **Interés público** — Para poder ser calificado de servicio público constitucional, la actividad debe ser de interés público. Tal es lo que acontece, según lo analizaremos en su oportunidad, con la noción de servicio público *strictu sensu*.

§1109. **Nivel nacional** — Una consecuencia de orden orgánico deriva de la naturaleza de los servicios públicos constitucionales y es que los mismos están estrechamente ligados al Estado. Son necesariamente servicios públicos nacionales, es decir, asumidos por el Estado.

Sin embargo, lo contrario no es correcto, no todos los servicios públicos nacionales son servicios públicos constitucionales (Véase CC, Déc. nº 96-380 Dc, fallo *Entreprise nationale France Telecom*, Rec. CC, p. 107). Por otro lado, el resultado principal de la existencia de este concepto es que son servicios públicos nacionales que no pueden ser objeto de transferencia al sector privado y, por ende, deben ser gestionados por una persona pública.

§1110. **Clases** — A interior de los servicios públicos constitucionales, existe una clasificación por la cual, según admitan o no la existencia de su gestión por parte del sector privado, serían calificados como de primer tipo o segundo tipo, o de primer rango o segundo rango, y donde el fundamento, paradigmáticamente, es el juego o rol de los derechos o libertades fundamentales para la determinación de las modalidades de su ejercicio.

Ahora, si bien el CC francés aplica a todos los servicios públicos los grandes principios fundamentales (Véase CC Déc 96-380 DC, de fecha 23 de julio de 1996, Rec. 107.) y no le impone la gestión pública a la segunda categoría.

§1111. **Servicios públicos de primer rango** — La existencia de bases constitucionales diferentes conducirá a la doctrina francesa a distinguir, entre los servicios públicos constitucionales de primer rango, aquellos vinculados a las funciones de garantía de la soberanía del Estado y comprendería los servicios públicos garantes de: (i) la seguridad y el orden público (por ejemplo, las fuerzas armadas, la policía judicial y penitenciaria, etc.); (ii) la soberanía económica y financiera del Estado (por ejemplo, el servicio público de la moneda y el servicio público fiscal); por último y la soberanía externa del Estado (por ejemplo, el servicio público diplomático y el servicio público del asilo político).

§1112. **Servicios públicos de segundo rango** — Es sabido que las Constituciones proclaman derechos fundamentales de naturaleza económica y social, los cuales demandan, en vista de su materialización, la intervención del Estado, principalmente mediante la prestación de los denominados servicios públicos constitucionales de segundo rango.

En tal sentido, los servicios públicos constitucionales serán calificados de segundo rango, en la medida en que el ejercicio de los derechos fundamentales de naturaleza económica y social (*droits-créances*) autoriza, bajo ciertas condiciones, con el título de gestor o de concurrente, la intervención por parte ya sea de las colectividades locales, ya de establecimientos públicos o, en fin, de personas privadas.

En este orden de ideas es posible realizar, a su vez, una división de los servicios públicos constitucionales de segundo rango así: (i) los servicios públicos de protección de la economía nacional (por ejemplo, los servicios públicos de electricidad, transporte, gas, etc.); los servicios públicos de protección de la vida intelectual (por ejemplo, los servicios públicos de la formación profesional, de la cultura y de la educación, etc.) y por último los servicios públicos de protección de la vida material (por ejemplo, los servicios públicos de protección de la salud, de la seguridad social, del turismo, etc.).

II. DERECHO POSITIVO

§1113. **Admisión** — En la doctrina venezolana (ARAUJO-JUÁREZ, BREWER-CARIÁS) también se ha receptado la categoría de los servicios constitucionales. En efecto, la existencia de diversas normas en la Constitución, sobre servicios públicos, permite a la doctrina (BREWER-CARIÁS) identificar tres grupos de servicios públicos constitucionales por oposición a los creados por ley formal, según su vinculación a: (i) los derechos de la Nación; (ii) los fines del Estado y por último, (iii) los derechos y libertades individuales.

§1114. Servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación — Son aquellos que la Constitución declara como derechos irrenunciables de la Nación, es decir, de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado de resguardarla, y por tanto exclusivos del Estado, y en muchos casos excluyentes, tales como: (i) el servicio público de defensa y seguridad –la Fuerza Armada Nacional– (Art. 322, 328 y 156, num. 2, 7 y 8); (ii) el servicio público exterior y diplomático (Arts. 152, 156, num. 1 y 152); y por último (iii) el servicio público de promoción y ordenación de la economía (Arts. 112, 299, 308, 309 y 310).

§1115. Servicios públicos vinculados a los fines del Estado — El Estado tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, para lo cual se establecen los siguientes servicios públicos: (i) los de seguridad y protección ciudadana, como son la policía y la administración de riesgos (Art. 55); (ii) el de justicia (Art. 26) y de defensa pública (Art. 268); (iii) los de protección ambiental (Arts. 127 a 129); (iv) los sociales como la asistencia y protección social (Arts. 75 a 81), (v) de salud y sanidad (Arts. 83, 84 y 85) (vi) de seguridad (Art. 86); (vii) educación (Art. 102); (viii) vivienda (art. 82); (ix) de empleo (Art. 87), (x) culturales (Art. 98 a 101), (xi) deportivos y de recreación (Art. 111).

§1116. Servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales — El último grupo de servicios públicos constitucionales se configura por aquellas actividades prestacionales impuestas al Estado para garantizar el ejercicio de los derechos individuales, así: (i) los servicios públicos para la circulación (Art. 50), tales como la vialidad (Art. 156, num. 27), el transporte (Art. 156, num. 26); (ii) los servicios públicos para las comunicaciones (Art. 48), tales como la información (Arts. 58, 101 y 108); (iii) los servicios públicos para la calidad de vida, tales como los servicios públicos domiciliarios (Art. 156, num. 29) y, finalmente, (iv) los servicios públicos e intervención del Estado en la economía (Arts. 112, 115 305, 308, 309 y 310).

B. SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES, ESTADALES Y MUNICIPALES

§1117. Plan — Otra forma de clasificación del estado actual, con respecto al Derecho positivo, se refiere al nivel del Poder Público al que corresponde la titularidad, el control y la gestión del servicio público de que se trate, conforme al cual se agrupan en: (i) los servicios públicos nacionales; (ii) los servicios públicos estatales; y por último (iii) los servicios públicos municipales.

§1118. Servicios públicos nacionales — Cuando la titularidad, regulación y control de los servicios públicos están a cargo del Poder Público Nacional, se habla de servicios públicos nacionales, por su índole o naturaleza, pudiendo citarse, entre otros, los servicios públicos domiciliarios de electricidad y de gas con fines domésticos.

§1119. Servicios públicos estatales — Esta categoría de servicio público está bajo la titularidad y control de los estados federales, los cuales tienen competencia para la creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales (Arts. 164, núm. 8, y 184, núm. 6, C), así como de aquellos que, siendo de la competencia nacional, se le transfieren según el Art. 158, C, a los fines de promover la descentralización, entre los que se puede mencionar el servicio público de autopistas y de puertos.

§1120. Servicios públicos municipales — Muchos servicios públicos están a cargo de los municipios. En efecto, según la LOPPM (Art. 56), los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrán promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos municipales contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad.

Así, el municipio atiende, entre otros, los servicios públicos domiciliarios de agua potable y de saneamiento, de alumbrado público, de aseo urbano y domiciliario, de transporte colectivo de pasajeros, de mercados y mataderos locales, de cementerios y servicios funerarios, etc. (Arts. 178 y 184, núm. 6 de la C), cuyo régimen es analizado en profundidad por la doctrina nacional.

§1121. Servicios públicos concurrentes — En ciertos casos, la prestación de los servicios públicos es de competencia concurrente (servicios públicos concurrentes), en cuanto los Poderes Públicos pueden participar en la gestión de los mismos, lo cual plantea serios problemas de delimitación, que deberán ser resueltos por las leyes de armonización y donde existe una regulación, como ha sido el caso del servicios públicos domiciliarios de gas y electricidad.

C. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

§1122. Planteamiento — La importancia de los servicios públicos domiciliarios y su incidencia en el desarrollo no solo de la Administración Pública y el Derecho administrativo, sino también en la calidad de vida y el desarrollo de la sociedad, ha sido motivo de importantes trabajos en el Derecho administrativo comparado (L. F. MORENO).

En efecto, tanto en lo individual como en lo colectivo, la adecuada prestación de los servicios públicos determina la calidad de vida, pues se afecta en

forma directa la existencia. No es posible hablar de bienestar social, sin una adecuada prestación de los servicios públicos y, asimismo, no será posible emprender proyectos exitosos de producción de bienes y servicios si no se dispone de una adecuada infraestructura de servicios públicos.

Es así como el tema de los servicios públicos domiciliarios se hubo desarrollado también en el Derecho positivo y según la doctrina, de la misma forma, varió la misión del Estado en materia de servicios públicos al considerar que su papel principal era el de garantizar su prestación, por el propio Estado, por los particulares o por las comunidades organizadas, y solo prestarlo.

§1123. Concepto — Si bien el articulado de la Constitución vigente hace relación a los servicios públicos de modo general (Arts. 365 a 370), también lo hace en algunas disposiciones, de manera específica, a una especie de ellos, los servicios públicos domiciliarios (Arts. 367, 368, 370 y 369 inc. 2^o *eiusdem*), que son los que se prestan, a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales que son las viviendas o sitios de trabajo.

Se distingue, de este modo, una especie dentro del género de los servicios públicos calificados como domiciliarios, y si bien no se los define, se les atribuye una importancia singular, pues no solo se hace referencia específica a los mismos, sino que se dispone una estructura general y normativa para que sea desarrollada por el legislador.

D. SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

I. INTRODUCCIÓN

§1124. Origen — El origen de esta categoría de servicios públicos es la interpretación efectuada por la doctrina francesa en relación con el fallo del Tribunal de Conflictos francés conocido como fallo *Remolcador D' Eloka* (Véase TC, de fecha 22 de enero de 1921, fallo *Sociedad comercial del Oeste Africano*), el cual explotaba los servicios de transporte de pasajeros y de vehículos de una orilla a otra, en Costa de Marfil, fallo de cuya interpretación se deduce que algunos servicios son, por naturaleza, de la esencia misma del Estado o de la administración pública; es necesario que el principio de separación de los poderes garantice su pleno ejercicio, y su contencioso será de competencia administrativa. Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada, y si son prestados por el Estado, solo lo son en forma ocasional o accidental, porque ningún particular se encargó de prestarlos y es importante garantizarlos, velando por el interés general; los conflictos que ocasione su explotación competen, naturalmente, a la jurisdicción de Derecho común.

La novedad del fallo *Remolcador D' Eloka* consistió en la aplicación del Derecho privado a servicios públicos integrales, tomados en su conjunto o en bloque; se hablará entonces de servicios públicos industriales y comerciales para oponerlos, en la terminología habitual muy poco satisfactoria, a los servicios públicos administrativos (o servicios públicos propiamente dichos) (LONG y otros).

§1125. Concepto — Se trata de una categoría que acredita la idea de que, en tanto servicio público, la actividad industrial y comercial asumida por una persona pública debe estar sometida a un régimen de Derecho público; pero de otra parte, las relaciones con los agentes o empleados o con los usuarios, así como los contratos que se suscriban, están sometidos al Derecho privado.

Esto último obedece a una justificación ideológica clásica: cuando la intervención pública se hace dentro del terreno del mercado de la libre competencia, debe ser realizada sobre un mismo pie de igualdad que las personas según las reglas del Derecho privado.

§1126. Derecho positivo — La doctrina nacional (LARES MARTÍNEZ) introduce por primera vez la clasificación de los servicios públicos, desde el punto de vista de su naturaleza, así: (i) los servicios públicos administrativos y (ii) los servicios públicos industriales y comerciales; distinción esta que se inscribe en la elaboración de las grandes teorías del Derecho administrativo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§1127. Planteamiento — Como consecuencia de una evolución firme y cuyo origen se remonta –hemos dicho– al fallo *Transbordador de Eloka*, los servicios públicos industriales y comerciales, según la doctrina francesa (DE LAUBADÈRE), están sometidos a un régimen jurídico profundamente diferente de aquel al que lo están los servicios públicos administrativos; así, se tratará de un régimen mixto, en el cual se encuentran combinados tanto elementos del Derecho privado por el carácter comercial de la actividad, como elementos del Derecho público justificados por la idea de servicio público; de ello resulta que el contencioso también es mixto, mitad judicial-mitad administrativo.

Sin embargo, la jurisprudencia progresivamente ha sometido, cada vez más, el régimen jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales al Derecho privado y a la competencia de los tribunales comunes. Por su parte, DE LAUBADÈRE concluye que se puede decir que el Derecho privado prevalece hoy día de manera amplia, si bien no juega un papel exclusivo. En este sentido, se observa que, contrariamente a ciertas afirmaciones, el Derecho privado no ha invadido totalmente los servicios públicos industriales y

comerciales, pues la presencia de la noción de servicio público impide una exclusión integral del Derecho administrativo.

§1128. Plan — Son diversos los criterios tomados en cuenta para caracterizar al servicio público industrial y comercial, así: la naturaleza; (ii) el origen de los recursos y, por último, (iii) las condiciones de funcionamiento.

§1129. Naturaleza de la actividad — El primer criterio tomado en cuenta por el Consejo de Estado francés es el del objeto o la naturaleza de la actividad: la naturaleza propia de la actividad del servicio le atribuirá el carácter administrativo o industrial y comercial, según sea el caso.

Así, las actividades administrativas por naturaleza son aquellas que pertenecen al dominio normal de acción del Poder Público; las actividades que tienen por naturaleza un carácter industrial y comercial son aquellas que pertenecen normalmente a la acción privada, y de las que el Poder Público no se ocupa más que de forma accidental. Así, el servicio debe ser asimilable al de las empresas privadas, lo cual no implica solo que su objeto sea económico (producción o intercambio), sino que, además, presente las mismas características que aquellas actividades de la empresa privadas.

§1130. Origen de los recursos — El otro criterio tomado en cuenta por la jurisprudencia francesa ha sido el origen de los recursos o remuneración. Si existe explotación en las mismas condiciones que un empresario privado entonces sería un servicio público industrial y comercial, ya que existe una remuneración.

Además, la jurisprudencia ha indagado la causa jurídica de la remuneración, así como el régimen de la misma, para proceder a la distinción entre servicios públicos administrativos e industriales y comerciales, como veremos más adelante.

§1131. Condiciones de funcionamiento — Por último, el Consejo de Estado francés se hubo orientado poco a poco hacia un nuevo criterio: será industrial y comercial el servicio público explotado en condiciones idénticas a aquellas en las cuales funciona una empresa privada.

Por el contrario, cualquiera que pudiera ser la naturaleza económica de su objeto, el servicio público será administrativo si opera bajo reglas de organización y funcionamiento, con rasgos que presentan un carácter exorbitante y administrativo (Véase CE, de fecha 23 de mayo de 1924, fallo *Sociedad "Fletadores Unidos"*, Rec. 498).

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. IV. *Servicio Público*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Director. Víctor R. Hernández-Mendible, EJV-CERECO-FUNEDA, Caracas, 2012; BREWER CARÍAS, A. R., “Los servicios públicos constitucionales”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T. I, EJV, Caracas, 2004; ROLLAND, L., *Droit administratif*, París; DE LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J. P. y GAUDMET, Y., *Traité de droit administratif*, T. I, 14^a Ed., LGDJ, París, 1996; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., “El Régimen de los Servicios Públicos Municipales”, *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, TSJ, Caracas, 2002; LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; MORENO, L. F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas de Derecho económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; MEILÁN GIL, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011 y *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006; LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Masson, París, 1989; ESPLUGAS, P., *Le service public*, Dalloz, Connaissance du droit, París, 1998; SOSA WAGNER, F., *Plan gestión de los servicios públicos municipales*, Civitas, Madrid, 1992; VILLEGAS MORENO, J. L., *Derecho Administrativo Municipal*, Ed. Sin Límite, San Cristóbal, 2007.