

EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
*(Consideraciones en torno al artículo 259 de
la Constitución y al derecho fundamental a la
adecuada prestación de los servicios públicos)*

Alfredo Parés Salas

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Aproximación a la noción del término servicio público*
2. *Sobre los principios rectores de los servicios públicos*
 - A. *La continuidad y la regularidad*
 - B. *La obligatoriedad*
 - C. *La mutabilidad*
 - D. *La prestación en igualdad de condiciones*

II. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Razones que justifican el contencioso de los servicios públicos*
 - A. *Fundamento constitucional del contencioso de los servicios públicos y el derecho fundamental a su adecuada prestación*
 - B. *Necesidad de desarrollo del contencioso de los servicios públicos*
 - i. *El Amparo Constitucional como mecanismo de protección del derecho a la adecuada prestación de los servicios públicos*
 - ii. *Viabilidad del recurso contencioso de los servicios públicos*
2. *El objeto de control del contencioso de los servicios público*
 - A. *El contencioso de los servicios públicos y su relación con el control de la legalidad de los actos administrativos dictados en materia de servicios públicos (contencioso de anulación)*
 - B. *El contencioso de los servicios públicos y su relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración*
3. *Breves consideraciones en torno a los principios que deben regir el procedimiento del recurso contencioso de los servicios públicos*
4. *Contencioso de los servicios públicos en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

INTRODUCCIÓN

A tenor de lo dispuesto en el artículo 259 de la vigente Constitución de la República, <<...los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para [entre otros asuntos] conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos...>>. Con la inclusión de esta mención se reestrena la nueva versión del

Alfredo Parés Salas

ampliamente conocido y estudiado artículo 206 de la Constitución de 1961, norma <<clave del sistema contencioso administrativo venezolano>>¹.

Con lo previsto en esta disposición, que, *prima facie*, pareciera haber quedado redactada en términos similares a su predecesora, salvo por lo que respecta a la atribución de esta nueva competencia, en conjunción con lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de nuestra Carta Magna, que, respectivamente, propugnan la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado venezolano² y erigen, como sus fines esenciales, la defensa y desarrollo de la persona, el respeto a su dignidad, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, deberes y derechos consagrados en la misma; entendemos que se sientan las bases de un nuevo campo de estudio de nuestro sistema contencioso administrativo: el contencioso de los servicios públicos³.

Por lo pronto, las líneas que siguen estarán dedicadas a hacer un primer y sumario análisis del desarrollo que, entendemos, ha de dársele a este sistema. Para ello daremos, en una primera parte, un muy breve recuento del tema de los servicios públicos, haciendo especial hincapié en la noción y sus principios rectores –lo que nos permitirá relacionarlo posteriormente con los principios que deben regir en el contencioso de los servicios públicos–.

Luego, en la segunda parte, estudiaremos las razones que justifican la existencia de un contencioso de los servicios públicos, cuál es su fundamento constitucional y si realmente existe necesidad de su desarrollo; y, de ser esto así, cuál habría de ser su objeto de control y cuáles los principios que han de regir su regulación para, por último, hacer unos breves comentarios sobre el contenido de las normas de uno de los anteproyectos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa referidas al tema.

I. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Aproximación a la noción del término servicio público*

Como ya bien lo precisara hace más de cuarenta años SAYAGUÉS LASO, la discusión sobre la delimitación de la noción de servicios públicos pareciera haber tomado una senda distinta a la que otrora recorrieran los seguidores de la escuela de Burdeos, a finales del siglo antepasado y comienzos del pasado. Así pues, se pasó de las vastas concepciones –que incluso se confundían en algunos casos con la propia noción de actividad administrativa– sostenidas por autores como JÈZE, para

¹ MOLES CAUBET, ANTONIO, “*El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado*”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Colección Estudio Jurídicos, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 21.

² El cual, a tenor de ese mismo artículo, <<es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia>>.

³ O, cuando menos, se reconoce su progenie “Constitucional”, puesto que en la práctica el contencioso de los servicios públicos desde hace ya algún buen tiempo se ha ido desarrollando, aunque de manera incipiente, por nuestros tribunales.

quien <<el derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos...>>⁴ y tal como de ello dejara constancia WALINE, quien en su momento señalara que <<ciertos autores (Duguit, Jèze) enseñan también que el derecho administrativo en su totalidad, no es más que el derecho de los servicios públicos>>⁵, a una limitación conceptual de la noción, conforme a la cual ésta se refería a <<ciertas actividades estatales [...] que tienen por objeto satisfacer una necesidad colectiva, mediante prestaciones dirigidas directa e inmediatamente a las personas individualmente consideradas...>>⁶, desarrollándose así toda una teoría sobre los servicios públicos que incluye el estudio de principios, caracteres y clasificaciones que permiten distinguirla de las demás materias y actividades que incumben a la Administración.

Aquella concepción de los servicios públicos como pivote central del derecho administrativo ha sido superada desde hace ya algún buen tiempo⁷, tal como lo expresa el profesor GORDILLO quien, refiriéndose al Derecho Administrativo, destaca que <<ese conjunto de normas no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarcan a toda la *función administrativa*, trátase o no de servicios públicos. [...] Por ello, si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se defina en base a ella al derecho administrativo>>⁸. En este sentido, actualmente la noción de servicios públicos debe ser entendida como una –y no la única– de las actividades de la administración, pudiendo ser analizada desde dos puntos de vista, a saber, uno material o funcional según el cual

⁴ JÈZE, GASTÓN, “*Principios Generales del Derecho Administrativo*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 1. Así pues, el citado autor sostiene que <<todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen *necesariamente* reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción de servicio público, [...] es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo>>.

⁵ <<*Certains auteurs (Duguit, Jèze) enseignent même que le droit administratif tout entier n'est autre que le droit des services publics*>>. WALINE, MARCEL, “*Traité Élémentaire de Droit Administratif*”, Librairie du Recueil Sirey, 6° Edition.

⁶ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Montevideo, 1959, pp. 60-61.

⁷ En este sentido, ya desde temprano se pronunciaba GARCÍA OVIEDO, quien escribía, en referencia a lo sostenido por Jèze y por Santamaría de Paredes, que <<considerado de esta manera el servicio –manera amplísima– toda prestación es servicio y toda actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines sería un servicio público. Sólo así se puede afirmar exactamente que la función administrativa y el servicio público son una misma cosa, que el servicio público constituye toda la actividad teleológica del Estado, que el servicio público es el objeto *único y suficiente* del derecho administrativo [...] Así entendido el servicio, y por lo que al servicio público respecta, sería exagerado afirmar que es el objeto único de la función administrativa, pues no todas las actividades administrativas constituyen verdaderos servicios>> (GARCÍA OVIEDO, CARLOS, “*La Teoría del Servicio Público*”, Editorial Reus, Madrid, 1923, pp. 16-17).

⁸ GORDILLO, AGUSTÍN A, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, pp. IV-8 y ss. En este orden de ideas se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ cuando afirman que <<la movilidad de la propia materia administrativa [y la variedad circunstancial de las técnicas formales de administrar] ha(n) bastado en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica <doctrina del servicio público> que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos>> (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 1974, p. 22).

Alfredo Parés Salas

éstos vendrían a comprender <<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>>⁹ o <<una actividad de interés general que la administración ha de asumir>>¹⁰, y uno orgánico conforme al cual la noción servicios públicos se refiere a <<un conjunto de agentes y de medios que una persona pública afecta a una misma tarea>>¹¹.

Ahora bien, más que dedicarnos a un estudio pormenorizado de la evolución de la noción de servicio público¹², nos interesa poner de relieve con cuanto hemos precisado, por una parte, la casi unánime opinión actual de la doctrina al afirmar que la actividad administrativa abarca mucho más que la sola creación, organización y prestación de los servicios públicos –esto es, el régimen jurídico de los servicios públicos– habiendo quedado esta noción –delimitada en función de los principios desarrollados en esa materia– reservada a una rama o sector de la actividad de la administración y, por la otra, que, tal y como lo veremos más adelante, la noción de los servicios públicos es entendida, en concreto, como una concepción que abarca aquellas actividades y órganos destinados a satisfacer de manera continua, regular, obligatoria y en igualdad de condiciones, necesidades colectivas de vital importancia para el desarrollo y bienestar social¹³, tales como: la salud¹⁴, seguridad social¹⁵, educación¹⁶, cultura: radio, televisión y redes de bibliotecas e informática¹⁷,

⁹ LARES MARTÍNEZ, ELOY, “*Manual de Derecho Administrativo*”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Décima Edición, Caracas, 1996, p. 226.

¹⁰ RIVERO, JEAN, “*Derecho Administrativo*”, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. Traducción de la Novena Edición, p. 471.

¹¹ RIVERO, JEAN, *Ibid.*

¹² Tema por demás hartamente difícil y complejo, ya que, como gráficamente lo señala JIMÉNEZ-BLANCO, refiriéndose a los conceptos de servicio público e interés general, <<no se exagera si se dice que sobre estos términos han corrido hectolitros de tinta [...] Imprecisa, proteica, en el ámbito objetivo y en sus confines subjetivos. Tal es la noción de servicio público>> para luego, parafraseando a CHENOT, recordar que <<es el ejemplo más claro de una de esas nociones llamadas fundamentales cuyo contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las contradicciones de las leyes y de las decisiones jurisprudenciales. La historia del servicio público ha demostrado que el único sentido del término es el que le dieron las fantasías titubeantes del legislador y los esfuerzos pragmáticos del juez>> (JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO, “*Servicio público, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*”, Revista Española de Derecho Administrativo).

¹³ Tal es la importancia del adecuado acceso a los servicios públicos que la Ley de Integración para las Personas Discapacitadas en su artículo 26 prevé que <<las personas discapacitadas que llenen los requisitos de ley, tendrán prioridad en la adjudicación del servicio telefónico y otros servicios públicos semejantes, con las adaptaciones y particularidades exigidas por su especial situación como usuarios>>.

¹⁴ Los artículos 83, 84 y 85 de Constitución de la República y 1° de la Ley Orgánica de Salud reconocen el derecho a la salud y su carácter de servicio público.

¹⁵ Los artículos 86 de la Constitución y 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, erigen la seguridad social como un servicio público.

¹⁶ Artículo 102 de la Constitución y 4 de Ley Orgánica de Educación. Por su parte, la jurisprudencia no ha dudado en reconocer a la educación como un servicio público, así: <<en efecto, la Educación es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye factor primordial del desarrollo nacional>> (Sentencia 01154 de fecha 18 de mayo de 2000, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Caso: Fiscal General de la

transporte¹⁸, vialidad y ferrocarriles¹⁹, correo²⁰ y telecomunicaciones²¹, servicios públicos domiciliarios²² (electricidad²³, agua y gas), vialidad urbana²⁴ y aseo urbano y limpieza²⁵, entre otros.

República Vs. Ministerio de Educación); <<la Constitución erige en servicio público la educación>> (Sentencia de fecha 19 de agosto de 1993, dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, Caso: Cámara Venezolana de Educación Privada) o <<el derecho a la educación tiende a satisfacer un interés individual de cada ser humano, pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad [...] a lo que vale agregar, que la educación es uno de los servicios esenciales del Estado>> (Sentencia N° 2000-436 de fecha 12 de mayo de 2000, caso: Unidad Educativa Colegio Batalla de la Victoria).

¹⁷ Artículo 108 de la Constitución.

¹⁸ Artículo 156, numeral 26 de la Constitución y, a título de ejemplo, el artículo 4 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

¹⁹ Artículo 156, numeral 27 de la Constitución.

²⁰ Artículo 1° de la Ley de Correos.

²¹ Artículo 156, numeral 28 de la Constitución. Si bien la reciente Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 5° considera a la prestación de servicios de telecomunicaciones como una actividad de *interés general*, sustituyendo así la concepción de “servicio público” de la derogada Ley, pareciera erróneo afirmar que por esta razón, la prestación de este servicio debe ser excluida del contencioso de los servicios públicos (todo lo cual veremos más adelante). Así algunos autores como BLANCO-URIBE sostienen que <<es precisamente este desarrollo del concepto de servicio público [refiriéndose a los servicios públicos impropios] el que la LOTEL pareciera asimilar al incluir la actividad de telecomunicaciones como una actividad económica cuyo ejercicio y desarrollo corresponde de derecho a los particulares, pero que no deja de ser una actividad fuertemente regulada en virtud del interés público involucrado>> (BLANCO-URIBE, MARIELA, “*Derecho a Realizar Actividades de Telecomunicaciones Habilitaciones y Concesiones*”, en: *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Editorial Torino, Caracas, 2001). Al parecer, la nueva concepción se centra más sobre la idea de la titularidad del ejercicio de la actividad, y no respecto de los intereses públicos comprometidos, baste analizar esta concepción a la luz de la idea de “servicio universal”, recogida en el artículo 49 de la precitada Ley, el cual dispone que <<El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica. El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población>>. En este sentido se deja entrever el especial interés del Estado en que esta actividad, a pesar de que sea desarrollada por los particulares por ser éstos los titulares del ejercicio de la misma –y no simples concesionarios–, sea prestada de forma adecuada. Así pues, puede concluirse que la actividad de telecomunicaciones a pesar de considerarse como de interés general y no como servicio público, no puede escapar de la aplicación de la mayoría de los principios que rigen la prestación de éstos, tales como la continuidad, regularidad e igualdad de condiciones, por lo que su violación podría ser censurada por vía del contencioso de los servicios públicos, tal y como lo veremos cuando estudiemos su objeto de control.

²² Artículo 156, numeral 29 de la Constitución.

²³ Respecto de esta actividad la vigente Ley del Servicio Eléctrico es precisa al establecer en su artículo 4° que <<Se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico>>, las cuales son, a tenor del artículo 1° la <<generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica, así como la actuación de los agentes que intervienen en el servicio eléctrico [...]>>. Además de ello el artículo 2° resalta la importancia de la vigilancia del Estado al establecer que éste <<[...] velará porque todas las actividades que constituyen el servicio eléctrico se realicen bajo los principios de equili-

Alfredo Parés Salas

2. *Sobre los principios rectores de los servicios públicos*

Pacífica es la doctrina que acepta la existencia de –al menos– tres principios rectores –o caracteres²⁶– de los servicios públicos. Constituye pues, el de mayor trascendencia el principio de continuidad, al cual se le adiciona el de regularidad, el de obligatoriedad, mutabilidad y el de igualdad. También se suele mencionar al de universalidad y gratuidad –en determinados casos–. Veamos.

A. *La continuidad y la regularidad*

Mientras que la continuidad quiere significar que la prestación del servicio ha de hacerse de manera ininterrumpida, la regularidad se refiere a que el mismo debe ser prestado de manera uniforme, constante. La doctrina suele hacer gran énfasis en el principio de la continuidad habida consideración de las necesidades o intereses a los que atienden los servicios públicos. Así pues, cuando se sostiene que los servicios públicos deben ser continuos, es decir, que no puedan –o deban– ser objeto de interrupciones, no se está haciendo otra cosa que reconocer la <<naturaleza y trascendencia de las necesidades colectivas que satisfacen>>²⁷ y que <<el interés general estaría comprometido en caso de no satisfacción de la necesidad social correspondiente>>²⁸, puesto que de ser interrumpidos <<produciríanse graves quebrantos y perturbaciones en la vida de la colectividad>>²⁹. En este sentido, también se pronuncia CRETELLA-JÚNIOR quien afirma que <<a la noción de servicio público corresponde en la práctica, un servicio público en concreto, que, por la importancia

brio económico, confiabilidad, eficiencia, calidad, equidad, solidaridad, no-discriminación y transparencia, a los fines de garantizar un suministro de electricidad al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios>>. Por su parte, el numeral 2° del artículo 36 establece la obligación para las empresas de distribución de energía de <<prestar el servicio de manera continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios[...]>>. Puede verse de manera diáfana la consagración de algunos de los principios rectores de la actividad de servicio público, afianzados con algunos otros que amplían las exigencias a tales empresas.

²⁴ Artículo 178, numeral 2 de la Constitución.

²⁵ Artículo 178, numeral 6 de la Constitución.

²⁶ Preferimos denominarlos principios y no caracteres, puesto que, a pesar de parecer simples consideraciones de semántica, el uso del vocablo “principio” pareciera sugerir la idea de control, es decir, que los servicios públicos están regidos o sometidos a tales o cuales principios y que un servicio público no se presta de manera adecuada cuando se separa del principio, en cambio cuando se habla de caracteres pareciera referirse más a la manifestación externa, con la idea de verificar si se trata o no de un servicio público, entonces se concluye que cuando no reúne cierto carácter no se trata de un servicio público. Trátase de enfoques distintos y que a los efectos del estudio del objeto de control del contencioso de los servicios públicos el primero de ellos cobra gran importancia, tal y como lo veremos en su momento.

²⁷ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Op. cit.*, p. 70.

²⁸ RIVERO, JEAN, *Op. cit.*, p. 474.

²⁹ GARCIA OVIEDO, CARLOS, *Op. cit.*, p. 41.

que reviste jamás puede ser interrumpido>>³⁰. Así pues, cuando inquirimos por el sustrato de la noción de servicios públicos, cuando buscamos no la delimitación teórica o conceptual sino su contenido práctico, nos encontramos que éstos están compuestos por un nada escaso listado de actividades que han sido encomendadas al Estado para el cumplimiento de uno de sus fines esenciales, a saber, el <<foment(o) del bienestar de sus ciudadanos, [el cual sólo es posible] encamina(ndo) todas sus fuerzas al logro de su bienestar, de su mejoramiento social y económico...>>³¹. He allí la razón por la que el principio de prestación ininterrumpida, vgr., continua, se erige como el de mayor trascendencia, sin que por ello deban dejarse a un lado los demás principios. Baste tan solo imaginarse las graves consecuencias negativas que traería una prestación objeto de constantes interrupciones, por ejemplo, en el especial caso de los servicios públicos domiciliarios (agua, suministro eléctrico, teléfono, gas, entre otros).

En cierta forma, y para algunos casos, la regularidad está íntimamente ligada a la posibilidad para los particulares de prever la manera en que será prestado el servicio, es decir, en muchos supuestos, la previsibilidad de las condiciones de prestación del servicio son factor determinante a los fines de la observancia de este principio. Así, modificaciones abruptas –y además imprevisibles, o al menos escasamente previsibles– en la forma en que es prestado el servicio (*exempli gratia*: modificación de los horarios de servicio del transporte público), quiebran las legítimas expectativas del usuario, las cuales generalmente son producto de la costumbre, por el uso constante o el transcurso del tiempo, a una determinada forma “regular” de prestación.

B. *La obligatoriedad*

Como en reiteradas oportunidades se ha escrito, la creación de los servicios públicos depende de la <<intención de los gobernantes>>³², siendo al Poder Público a quien le corresponde determinar cuáles actividades deben ser erigidas en servicios públicos³³, en consecuencia, una vez que lo han sido, el ente o autoridad al que se le ha atribuido la competencia para la prestación, control o regulación, está en la impretermitible obligación de prestarlo, controlarlo o regularlo, según sea el caso;

³⁰ <<À noção de serviço público corresponde, na prática, o serviço público, em concreto que, pela importância de que se reveste, jamais pode ser interrompido >>. CRETILLA-JÚNIOR, JOSÉ. “Princípios Informativos Do Direito Administrativo” en “Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1971, p. 77.

³¹ LA ROCHE, HUMBERTO, “*Derecho Constitucional General*”, Universidad del Zulia, Décima Edición, 1969, p. 216.

³² JÉZE, GASTÓN citado por LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Op. cit.*, p. 234.

³³ LAUBADÈRE, ANDRÉ citado por LARES MARTÍNEZ, ELOY, *ibid.* En este mismo orden de ideas, se expresa ORTIZ DÍAZ, cuando concluye que <<en definitiva, la razón que impone la cualificación de una necesidad como pública, es puramente circunstancial, histórica, y dáse siempre que el gobernante estima necesaria la intervención en alguna forma de la Administración>> (ORTIZ DÍAZ, JOSÉ, “*El Bien Común y la Administración Pública*”, en “Estudios Dedicados al Profesor García Oviedo”, Vol. I, Derecho Administrativo, Sevilla, 1954, p.12).

Alfredo Parés Salas

obligación que adquiere mayor relevancia si se trata de los llamados servicios públicos esenciales.

Ahora bien, el fundamento de esta irrenunciable obligación pareciera derivarse de la conjunción de varias premisas. La primera de ellas es aquella que nos indica que la Administración Pública es la tutora del interés general, *id est*, que tiene encomendada la misión de satisfacción de un interés ajeno: el de la colectividad. Ello, aunado al principio general en virtud del cual sobre todo sujeto encargado de intereses de otro, pesa la obligación de actuar de la manera más diligente para lograr su eficiente tutela, nos lleva a la lógica conclusión de que la Administración debe lograr la realización del interés general. Luego, cabe preguntarse qué ha de entenderse aquí por diligencia y cuál es la relación entre ese supuesto diligente actuar y la obligatoriedad.

Si entendemos que un determinado servicio público ha sido creado para la satisfacción de una necesidad colectiva, y su prestación, control o regulación, esto es, el modo de satisfacerlo, ha sido puesto en manos de un sujeto extraño: la Administración, en cuyos hombros recae esa obligación fiduciaria de la que hemos venido hablando; pues no queda más remedio que admitir que ésta debe ineludiblemente cumplir con esa misión. No le es dable elegir entre cumplir o no hacerlo, puesto que no puede hacerse depender de su libre arbitrio el que el servicio sea o no prestado. Admitir esto, sería tanto como permitir que un interés particular se coloque por encima del interés general (del cual sería un caso patente cuando el prestatario es un ente privado). Esa prestación es un deber –es, además, una de sus finalidades y razones de ser– por tanto, una vez que una actividad, por razones de interés social, se erige como servicio público, ya que por su trascendencia para el colectivo, el Estado la asume para sí, no puede el sujeto encargado –bien sea la propia administración o un particular mediante concesión– excusarse injustificadamente del cabal cumplimiento de la tarea asignada. Esa prestación como deber que es, tiene un derecho subjetivo correlativo: el derecho a recibir de manera adecuada los servicios públicos, sobre el cual trataremos *infra*.

Es por ello que quien, como gestor de intereses ajenos, tiene encomendada una misión de servicio público, tiene la improrrogable obligación de llevarla a cabo, sin opción alguna: le ha sido encargada la satisfacción de un interés general, del cual es titular el colectivo, quien exige su realización.

C. *La mutabilidad*

Si el fin de los servicios públicos es la satisfacción de intereses o necesidades generales, y éstas por definición nunca son constantes sino contingentes, variando de acuerdo al momento histórico, el lugar y las condiciones socioeconómicas y culturales imperantes, *ergo*, la regulación, organización y funcionamiento de los mismos debe poseer cierto grado de flexibilidad que le permita adaptarse a las circunstancias, con el objeto de satisfacer de la manera más efectiva tales necesidades e intereses. He allí la esencia del principio de la mutabilidad.

Se plantea un asunto interesante al tratar de contrastar este principio a la luz del principio de la prestación regular: cómo es que un servicio público puede variar y a

la vez ser constante, regular. Pues bien, la mutabilidad puede ser vista desde, al menos dos puntos de vista. El primero, a pesar de estar íntimamente relacionado con el tema de la creación de los servicios públicos, se refiere los casos en que, a raíz de una marcada variación del interés general, un determinado servicio público deja de responder a la satisfacción de cierta necesidad, razón por la que deja de ser concebido como tal. Lo que es hoy servicio público, puede dejar de serlo el día de mañana. Luego, un segundo y más preciso enfoque, se refiere a los cambios en cuanto a las condiciones de prestación o de regulación de cierta actividad con la finalidad de adaptarse a las nuevas necesidades colectivas. Ello, parece poder armonizarse plenamente con la idea de que el servicio sea prestado regularmente, puesto que la determinación de la regularidad toma como patrón el que las condiciones o necesidades a las que responde no hayan variado, esto es, hay regularidad siempre que el servicio se preste constante frente a una misma situación. Ahora bien, cuando los intereses o necesidades del colectivo imperantes en un momento y lugar determinado varían, el servicio debe “mutar”. Así pues, no parece lógico que las condiciones del servicio varíen sin que se haya verificado cambios en las necesidades que éstos satisfacen, en cuyo caso, al menos dentro del plano de los postulados abstractos, esto es, dentro del plano de la teoría, sí se vulneraría el principio de regularidad. En razón de ello, puede enunciarse como postulado general, que siempre que las necesidades colectivas varíen, el servicio ha de mutar, sin que necesariamente se halle menoscabado el principio de regularidad. Caso contrario, esto es, si hay una modificación del servicio ante una situación que no ha cambiado, podría quizá encontrarse violentado el principio de la prestación regular. Los anteriores enunciados no pretenden en forma alguna dar una respuesta definitiva a esta interrogante, puesto que ésta dependerá, en la práctica, del caso concreto; simplemente buscan plantear postulados o principios orientadores para ayudar a resolver los problemas específicos. Además de ello, debe tomarse en cuenta la dificultad inherente a la determinación de las variaciones en las necesidades del colectivo.

A manera de ejemplo de la utilidad de este principio, imagínese la situación siguiente: en un determinado Municipio donde la compañía encargada del servicio eléctrico sólo presta suministro de 110V, puesto que es un sector que está escasamente poblado y con este servicio la gran mayoría de los habitantes encuentra satisfechos sus requerimientos de energía, se construye un centro comercial o una planta industrial que requiere de suministro eléctrico de 220V. Esta planta o centro comercial genera gran cantidad de empleos e incentiva el desarrollo económico del sector, lo cual obviamente es del interés colectivo. Ahora bien, ¿Podría jurídicamente exigirse a la compañía prestataria del servicio que adecue sus instalaciones para que preste el suministro de 220V?. Al parecer ha habido una leve variación de las necesidades de esa colectividad, por lo que en principio, pareciera que la exigencia del cumplimiento del principio de mutabilidad, sería razonable. Además, en este supuesto, entra en juego el principio de obligatoriedad, puesto que el ente prestatario del servicio público está en la obligación de prestar el servicio, como afirmáramos *supra*, de manera diligente, lo cual implica que éste sea prestado de la manera más adecuada para satisfacer las necesidades a las que responde. Consideramos que en caso de que la compañía prestataria del servicio no diera pronta respuesta a esta necesidad, se estaría en presencia de una violación, por omisión, del principio de

Alfredo Parés Salas

mutabilidad, lo cual, como veremos más adelante, puede ser censurado por el Juez del contencioso de los servicios públicos.

D. *La prestación en igualdad de condiciones*

Otro de los caracteres de ordinario mencionados por la doctrina es la necesidad de una prestación en condiciones de igualdad a los sujetos que se encuentran en situaciones similares, lo que se traduce en la regla de que ante los servicios públicos todos los individuos son iguales³⁴. Sin embargo, debe respetarse siempre ese esencial postulado de que la igualdad sólo resulta justa entre iguales, por lo que, siempre existe la posibilidad –y de hecho, debe ser así– de someter a distintos regímenes la prestación de un mismo servicio, caso que podría darse, *ad exemplum*, en materia de tarifas.

El principio de la igualdad de condiciones en la prestación de los servicios parece ser una concreción del principio general de no discriminación e igualdad ante la Ley. Entendemos que tal reiteración no responde a un capricho doctrinal ni a una vaga imprecisión, sino que responde a la necesidad de reforzar la idea de la importancia que reviste la cabal prestación de estos servicios a todos y cada uno de los ciudadanos, todo lo cual ha de ser analizado a la luz de las consideraciones que serán expuestas *infra*, respecto de la trascendencia de las necesidades a las que responde la prestación de los servicios públicos, en este sentido, se deja entrever la existencia de razones de peso que justifican su invocación expresa, a manera de refuerzo, en este campo en especial.

En conclusión, puede afirmarse sin temor a equívocos que en materia de servicios públicos, los principios de continuidad y regularidad son los pilares fundamentales sobre los que descansa su régimen y concepción. Ellos, con la ayuda de la obligatoriedad, la mutabilidad y la igualdad –que como ya vimos no es más que la manifestación concreta de un principio general que informa toda actividad administrativa, aplicado a uno de sus ámbitos en razón de su especial importancia para la colectividad– constituyen la garantía fundamental del cumplimiento de la ineludible obligación encomendada a la administración pública de, mediante el aseguramiento de la satisfacción del interés general y de las necesidades colectivas del público, coadyuvar a la realización de uno de los fines del Estado: el logro del bien común³⁵.

Así pues, por responder la prestación “adecuada” de los servicios públicos a la satisfacción del interés general, al <<procurar a los hombres reunidos en sociedad ciertos instrumentos necesarios de vida y de progreso>>³⁶, lo cual no es más que uno de los fines del Estado³⁷; y, teniendo a la vista todas las disposiciones constitu-

³⁴ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Op. cit.*, p. 240.

³⁵ Sobre las nociones de bien común e interés general como tareas o fines del Estado y de la Administración, respectivamente, consúltese: ORTIZ DÍAZ, JOSÉ. *Op. cit.*

³⁶ CHARDON, H, en “*Le pouvoir administratif*”, citado por GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Op. cit.*

³⁷ Tal y como es reconocido en la vigente Constitución Política de Colombia, cuya última reforma data de 1997 y que dedica seis Artículos al tema de los servicios públicos. De este modo pues, Artículo 365 establece que <<los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional>>

cionales que consagran el Estado de Derecho y Justicia y enuncian todos los principios y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, debe concluirse necesariamente que los administrados tienen derecho a mecanismos idóneos para tutelar efectivamente el acceso y prestación de los servicios públicos. En este sentido, la adecuada prestación de los servicios públicos, se erige como el camino más indicado para materializar tales fines. En conclusión, el derecho a una prestación continua, regular, en igualdad de condiciones, universal, gratuita –en los casos en que corresponda– y de carácter obligatorio para quien los presta, se resume en la expresión *derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos*, derecho de índole constitucional, cuyo alcance e implicaciones analizaremos sin más dilaciones.

II. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Razones que justifican el contencioso de los servicios públicos*

El primer asunto que se nos plantea es el estudio de la necesidad de instauración de un tipo de recurso con procedimiento propio y diferenciable de los tradicionales recursos contencioso-administrativos previstos en nuestra Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que tenga por objeto el control jurisdiccional de la prestación, bien sea ésta directa o mediante concesionarios, de los servicios públicos. Para dar respuesta a ello –y sin menoscabo de las precisiones que haremos más adelante al analizar los proyectos legislativos en curso– es menester, por una parte, buscar el fundamento constitucional de contencioso de los servicios públicos, y por la otra, analizar si con el vigente sistema contencioso-administrativo se puede dar cobertura y asegurar el cumplimiento de sus principios por vía jurisdiccional.

A. El fundamento constitucional del contencioso de los servicios públicos y el derecho fundamental a su adecuada prestación

Partiendo de la idea ya expuesta acerca de la existencia de una obligación a cargo de la Administración de satisfacción del interés general y las necesidades colectivas del público³⁸, la cual, en parte, se concreta en el aseguramiento de la presta-

y el Artículo 366 dispone que <<el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable>>. De igual forma lo reconoce el artículo 3 de nuestra Carta Magna, al postular como fines esenciales del Estado venezolano la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo

³⁸ <<El modelo de Estado occidental de nuestro tiempo, [...] agrega a los fines del Estado liberal [...] la <<procura existencial>>, es decir, el desarrollo de medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede asegurarse por sí mismo, ni por la acción espontánea de los grupos sociales. Entre tales medidas [...] pueden mencionarse [...] el acceso creciente de las menos favorecidas de esas cate-

Alfredo Parés Salas

ción de los servicios públicos, se debe necesariamente arribar a la conclusión de la existencia de un derecho subjetivo correlativo³⁹ a acceder y recibir de manera continua, regular y en igualdad de condiciones, esto es, de manera *adecuada*, los servicios públicos, derecho este que como recién afirmáramos es de eminente progenie constitucional. Tal idea se deriva directamente de lo establecido en la propia Constitución. El primer asidero se halla en su Preámbulo, en el que se enuncian como valores fundamentales del ordenamiento jurídico la *solidaridad* y el *bien común* y se dispone que debe asegurarse el derecho a la *vida*, a la *cultura*, a la *educación* a la *justicia social* y la *igualdad* sin discriminación, todo lo cual es desarrollado inmediatamente por los artículos 2⁴⁰ y 3⁴¹.

Echando mano de estos elementos: un Estado social de Derecho y Justicia que tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona⁴² y el respeto a su dignidad, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo, entre otros, se debe afirmar que la única manera de materializar estos valores es mediante la adecuada prestación de los servicios públicos. Y es que nosotros nos preguntamos ¿cómo puede entenderse como valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico la solidaridad y el bien común, cómo puede existir un derecho a la cultura, a la educación y a la justicia social, cómo es que puede desarrollarse una persona, cómo puede entenderse que es respetada su dignidad, cómo promoverse la prosperidad y el bienestar del pueblo, si no existe un *derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos* ni mecanismos para asegurar –por vía jurisdiccional– su ejercicio? Sencillamente, no es posible.

Así pues, no cabe duda alguna que para fomentar y materializar todos esos valores, tal como lo ordena nuestra Carta Magna, es necesario –imprescindible– que los ciudadanos cuenten no sólo con los servicios básicos que permiten su desarrollo y desenvolvimiento como personas, proveyéndolos de –al menos– las condiciones mínimas de vida: hospitales que funcionen, escuelas en donde se enseñe, agua, luz,

rías [las categorías de población] a bienes y servicios materiales y culturales (GARCÍA PELAYO, Manuel: “*Estado*”, Tomo 3, Obras completas, p. 2958).

³⁹ Conclusión a la que arribó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando afirmó que <<la Educación, como todo derecho comporta un deber de un sujeto distinto, esto es, implica derechos para quien la recibe y obligaciones para quien la imparte>>. Si bien que tales consideraciones se hacían respecto de la prestación por parte de los particulares, las mismas tienen plena aplicación en el caso de que el prestatario del servicio sea el propio Estado (Sentencia 01154 de fecha 18 de mayo de 2000, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Caso: Fiscal General de la República Vs. Ministerio de Educación).

⁴⁰ <<Venezuela se constituye en un Estado democrático y *social* de Derecho y de *Justicia*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la *igualdad*, la *solidaridad*, la democracia, la responsabilidad social y en general la *preeminencia de los derechos humanos*>>.

⁴¹ <<El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad [...] la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo>>.

⁴² Que, además, según el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, es misión histórica de nuestro Continente, puesto que los Estados Americanos que suscriben el “Protocolo de Cartagena de Indias” están: <<...convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el *desarrollo de su personalidad* y la *realización de sus justas aspiraciones*>> (resaltado nuestro).

teléfono, gas, recolección de desechos, acueductos, todo lo cual se traduce en el reconocimiento de un *derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos* –faceta sustantiva– sino también que cuenten con las herramientas para hacer valer ese derecho, las cuales se vienen a concretar en el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa –y constitucional en algunos casos–, esto es, en el acceso a la justicia mediante adecuados y efectivos recursos contencioso-administrativos –faceta procesal–, concretamente, el *recurso contencioso de los servicios públicos*.

Todas estas consideraciones vienen a dar fundamento y a llenar de contenido y significado a la mención que incorpora el artículo 259 cuando atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Esta norma, sin más, echa las bases del contencioso de los servicios públicos; y, en conjunción con lo previsto en el preámbulo constitucional y en los artículos⁴³ 2, 3, 20, 21, 22, 26, 49, 141, 257 y 281 numeral 2°, principalmente, se erige como el fundamento del constitucional *derecho a la adecuada prestación de los servicios públicos*. Además, con la evidente superación definitiva de las teorías que propugnaban la inoperabilidad inmediata de las denominadas normas programáticas, no nos queda duda que todos los artículos que recién hemos listado sirven de fundamento para erigir el sistema contencioso de los servicios públicos, puesto que, en su conjunto, definen los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales reconocen que el libre desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad del individuo y la procura del bienestar del pueblo son valores superiores, y que además el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia. Todos esos postulados de justicia social, de desarrollo de la persona humana, de preeminencia de los derechos humanos, no dejarían de ser meras quimeras, si no somos capaces de entender que la principal forma de desarrollarlos es velando porque los ciudadanos tengan acceso adecuado a los servicios públicos –léase, educación, salud⁴⁴, agua, luz, teléfono, internet, entre otros–, y lo que es más importante aun, la posibilidad de acudir ante la jurisdicción cuando el llamado en primer término a prestar el servicio falta a sus deberes, burlándose impunemente de la condición de minusvalía del beneficiario del mismo.

Por último, es menester destacar que, por su parte, reconociendo la trascendencia que implica una adecuada prestación de los servicios públicos e –implícitamente– su naturaleza de derecho fundamental, la jurisprudencia al aceptar su tutela por vía del amparo constitucional, ha entendido que: <<*La falta de sumi-*

⁴³ Estos artículos consagran respectivamente: los valores superiores del ordenamiento jurídico, los fines esenciales del Estado, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la igualdad ante la Ley, los derechos innominados, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, la Administración al servicio de los ciudadanos, el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia y las atribuciones del Defensor del Pueblo (velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos).

⁴⁴ Interesantes precisiones cabría hacer respecto de los servicios de salud prestados por clínicas privadas. Cabe así preguntarse si en estos casos su deficiente o inadecuada prestación habría de ser sometida al contencioso de los servicios públicos. Nos pronunciamos de manera negativa, salvo por lo que respecta a los servicios de emergencia, por su especial importancia y carácter de urgencia. A título de ejemplo, imagínese lo inadecuado que pareciera someter al contencioso administrativo lo relativo a la cirugía estética prestada por tales centros.

Alfredo Parés Salas

nistro de energía eléctrica a establecimientos de la índole o clase de Mercados Populares, Institutos Hospitalarios, etc., no puede encuadrarse dentro del concepto puro y simple de una común prestación de servicios, sino que constituye la base para que institutos de esa clase cumplan cabalmente las importantes y nobilísimas funciones que están llamados a desempeñar y que determinan su creación>>⁴⁵.

B. Necesidad de desarrollo del contencioso de los servicios públicos

Como bien lo adelantáramos líneas antes, es necesario volver sobre el fundamento de los principios que informan la noción de servicio público, fundamento este que radica en la *vital trascendencia e importancia para el desarrollo de la colectividad* –y por ende de cada uno de sus miembros individualmente considerados– que comporta la adecuada prestación de los servicios públicos como medio de realización o materialización de los ideales de bien común, o más específicamente, de la misión de satisfacción de los intereses públicos encomendada a la administración. Esta vital importancia es la que sustenta, da vida y determina los principios que informan el régimen al cual están sometidos los servicios públicos: continuidad y regularidad, obligatoriedad, mutabilidad e igualdad. Tales principios no son más que concreciones o manifestaciones puntuales de este abstracto fundamento. Así pues, como lo afirman al unísono los diferentes autores, la prestación de los servicios públicos responde a la trascendencia de las necesidades que éstos satisfacen, necesidad que <<tiene(n) repercusión sensiblemente sobre el desarrollo de la vida de la colectividad y en el mantenimiento del orden social>>⁴⁶.

Una vez precisado lo anterior, debemos analizar la faceta, digamos, negativa de la prestación de los servicios públicos: ¿qué sucede cuando no son respetados sus principios? La primera impresión que parece venir a la mente es la de “urgencia”. Urgencia en el restablecimiento, en la prestación regular, su propia creación o adaptación a nuevas las circunstancias, entre muchos otros supuestos. Por ello, la primera clave del contencioso de los servicios públicos hállase en la *celeridad*; celeridad que debe traducirse necesariamente en procesos expeditos, sin –o al menos muy reducidas y simples– incidencias, en recursos carentes de formalismos innecesarios, lapsos abreviados y posibilidad de ejecuciones forzadas efectivas y rápidas. La segunda, encuéntrase en la aceptación sin cortapisas del *derecho a obtener prestaciones positivas*, esto es, derecho a obtener, sin mayores disquisiciones, fallos que condenen a la administración a prestaciones de hacer –las cuales generalmente se traducirían en restablecimiento de servicios ilegalmente interrumpidos, creación o prestación de servicios inexistentes o a los que no se ha tenido acceso o la obligación de prestar el servicio de manera regular o en igualdad de condiciones o, en fin, adaptarse a las nuevas necesidades– con la posibilidad, meridianamente

⁴⁵ Sentencia de fecha 10 de octubre de 1991 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores, en: RAMÍREZ & GARAY, “*Jurisprudencia Venezolana*”, Tomo CXIX, Caracas, 1991, p. 84. El subrayado es nuestro.

⁴⁶ RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, “*Las Peculiaridades del Contencioso-Administrativo*”, Ediciones Funeda, Caracas, 2001, pp. 207-208.

clara, de la sustitución por parte del Juez del contencioso de los servicios públicos⁴⁷ sobre la administración pública en los casos en que las exigencias de la justicia y tutela judicial efectiva lo ameriten.

Pues bien, si la única forma de asegurar tutela judicial efectiva en materia de servicios públicos es con un recurso y procedimiento expedito, sencillo y, sobre todo, eficaz, nos preguntamos entonces –sin conseguir respuesta satisfactoria– si “eso” existe actualmente. Baste ver la respuesta que –heroicamente– ha encontrado la jurisprudencia al aplicar el Amparo Constitucional –único medio veloz, o al menos el menos lerdo– para tratar de proteger a los administrados frente a los abusos cometidos en esta materia. Tal aplicación responde a una imperiosa necesidad de urgencia. El administrado clama por mejores y más efectivos recursos y la materia de los servicios públicos no escapa de tal ruego, por tanto es indubitable la necesidad de un recurso y procedimiento diseñados especialmente para proteger de manera efectiva y rápida el derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos.

i. El Amparo Constitucional como mecanismo de protección del derecho a la adecuada prestación de los servicios públicos.

A estas alturas es preciso preguntarse si el amparo constitucional es un mecanismo idóneo para la tutela del derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos. Veamos

En razón de la inexistencia de un recurso y procedimiento específico para la resolución de estas controversias, la jurisprudencia ha aceptado que por vía del amparo constitucional se tutele la prestación de servicios públicos. Intentando así dar cobertura a los dos elementos claves que recién señaláramos: celeridad y obtención de fallos que condenen a prestaciones positivas o de hacer; para tutelar la prestación de los servicios públicos. Respecto de la celeridad y con ocasión de una controversia surgida a raíz de la prestación del servicio público de suministro de agua, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo reconoció <<...la idoneidad de la vía del amparo constitucional para resguardar derechos constitucionales que hayan sido cercenados a raíz de vías de hecho de la Administración, por causa del incumplimiento de su obligación en la prestación de servicios públicos; todo ello, dada la inexistencia de un procedimiento lo suficientemente breve que tutele con la rapidez del caso, los derechos de los beneficiarios de los servicios públicos, y

⁴⁷ Usaremos esta expresión para referirnos al Juez contencioso cuando se trate del conocimiento de causas que tengan por objeto el cumplimiento y observancia de los principios que rigen al tema de los servicios públicos, tal como se emplea la expresión “el juez de amparo”, que, en puridad de términos no se refiere a un juez distinto, sino a la causa o procedimiento que ha sido sometido a su conocimiento.

Alfredo Parés Salas

frente a la inexistencia de un contencioso administrativo de los servicios públicos tal y como está previsto en el artículo 259 de nuestra Carta Magna>>⁴⁸

De igual manera, la Corte, con ocasión de un conflicto en materia educacional, el cual fue dilucidado mediante un amparo constitucional, dispuso cuanto sigue:

<<...el derecho a la educación tiende a satisfacer un interés individual de cada ser humano, pero a su vez materializa un fin o interés general de la sociedad [...] a lo que vale agregar, que la educación es uno de los servicios esenciales del Estado, bien lo preste directamente a través de instituciones públicas, o por medio de particulares, lo cual no desvirtúa la naturaleza de servicio público esencial de la educación y objeto de protección especial por las especiales características antes comentadas.

En ese orden de ideas, tenemos que la educación es un servicio público ya que –siguiendo a Sayagués– es un conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por particulares, según mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directa o indirectamente a los individuos bajo un régimen de derecho público. Además debe añadirse que la educación, como servicio público que es, presenta los mismos principios que reviste la noción de servicio público, cuales son, permanencia, continuidad, regularidad, ininterrumpido, obligatorio, uniforme y prestado a todos por igual. [...]

Esta Corte considera que en el caso de autos se violó el derecho a la educación de los alumnos [afectándose] la ininterrumpibilidad y continuidad que caracterizan a la educación entendida como servicio público>>⁴⁹

Sin embargo, en desmedro de la aceptación del amparo para colmar el vacío que supone la carencia de un recurso especial, en algunas ocasiones se ha incurrido en el error de evitar un análisis pormenorizado de los derechos constitucionales violados, así, se ha sostenido que: *<<En estas condiciones, sin que sea necesario extenderse en la determinación exacta del derecho constitucional violado, por ser indiscutible la necesidad que tiene la querellante de recibir el servicio de electricidad para el desarrollo normal de su vida en el hogar, resulta procedente su solicitud de que se ordene a la compañía suplidora del servicio que se lo preste>>⁵⁰*. Ello se ha hecho con el objeto de flexibilizar la rigurosidad del análisis sobre los derechos constitucionales que se denuncian como violados y de esta manera adecuar el amparo para poder dar una respuesta judicial rápida.

Ahora bien, ¿es el amparo el medio idóneo para proteger y tutelar el derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos? La respuesta

⁴⁸ Sentencia N° 2000-482 de fecha 23 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Pier Paolo Pasceri en el caso “Conjunto Parque Residencial San Antonio de los Altos Vs. Hidrocapital”, consultada en original. El subrayado es nuestro.

⁴⁹ Sentencia N° 2000-436 de fecha 12 de mayo de 2000, ponencia de Carlos Mouriño Vaquero, caso “Unidad Educativa Colegio Batalla de la Victoria”, consultada en original.

⁵⁰ Sentencia del Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil de la Circunscripción Judicial de Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 18 de julio de 1991 consultada en: PIERRE TAPIA, OSCAR, “*Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia*”, Tomo 7, 1991, p. 41. El subrayado es nuestro.

parece ser negativa y a pesar de que en la actualidad la jurisprudencia haya inteligentemente encontrado en el amparo un remedio que da respuesta –al menos provisionalmente y mientras no sea creado un recurso especial– a la necesidad de celeridad y condena a prestaciones de hacer, no pareciera correcto aseverar que el amparo sea el recurso idóneo para la protección del derecho a la adecuada prestación de los servicios públicos, a pesar de que se trate de un derecho fundamental. Sencillamente se emplea porque no hay otro que pueda adaptarse mejor a estas necesidades⁵¹.

Ahora bien, no obstante lo precedentemente expuesto, debe dejarse claro que la idea no es negar en términos absolutos la utilización del amparo, puesto que, como hemos expresado, se trata de un derecho fundamental –de rango constitucional–, sino más bien, lo que se pretende es que el amparo retome su carácter excepcional o extraordinario, lo cual sólo puede lograrse si se consagra en el ordenamiento jurídico un recurso ordinario específico para tutelar el cumplimiento de los principios que rigen a los servicios públicos y, consecuentemente, el derecho fundamental a la adecuada prestación de éstos.

Por último, existen, al menos, dos situaciones que con motivo de la posible aplicación del amparo constitucional, consideramos deben ser siquiera brevemente enunciadas: en primer lugar, el supuesto en que el derecho a la prestación del servicio público invocado se derive directa e inmediatamente de una relación contractual, digamos, se disputa, por ejemplo, una especial condición de la prestación con relación a la regularidad, situación que se torna más interesante cuando se tiene en cuenta la titubeante jurisprudencia que en algunos casos desecha las acciones de amparo por la existencia de una relación contractual de la que se desprende de manera inmediata y directa el derecho denunciado, lo que, siguiendo esa línea jurisprudencial, pareciera tornar la violación constitucional en una de carácter mediato e indirecto, y, en otras oportunidades, sin más, las acoge. Este tema no deja de ser relevante puesto que aquí el péndulo de la jurisprudencia se mantiene en constante movimiento, acogiendo en algunas oportunidades, rechazando en otras. El segundo caso que se nos presenta, está íntimamente relacionado con el supuesto carácter restablecedor del amparo. En este sentido, CHAVERO GAZDIK ha destacado el <<carácter restablecedor del amparo, pues su finalidad es restablecer los derechos fundamentales que han sido transgredidos [...] lo que generalmente implica que esta institución no podrá ser utilizada para ejercer pretensiones constitutivas, es decir, para asignarle al peticionario un derecho que antes no tenía, o para indemnizarlo de los daños que haya podido sufrir por la actuación ilegítima del sujeto agraviante>>⁵². Ahora bien, qué sucede cuando la pretensión del accionante no se refiere al restablecimiento de un servicio público que ha sido interrumpido, sino que por el contrario el contenido de la pretensión consiste en la prestación de un servicio, digamos un servicio público domiciliario, que nunca le ha sido prestado anteriormente –a manera de ilustración piénsese en el pueril ejemplo de un local recién

⁵¹ En este sentido pareciera haberse olvidado el texto del Artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que autoriza para la aplicación de un procedimiento distinto en los casos previstos por la Ley.

⁵² CHAVERO GAZDIK, RAFAEL, *El Nuevo Régimen del amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 326 y ss.

Alfredo Parés Salas

construido, que carece de servicio de electricidad o de agua y la empresa prestataria se niega sin justificación alguna a suministrárselo, o que recibéndolo, siempre lo haya hecho de manera irregular, o que el tratamiento dado a un nuevo usuario es más gravoso que el del resto— ¿cómo operaría —si es que lo haría— el amparo en ese caso? ¿qué restablecería? Al parecer no hay nada que restablecer, puesto que la pretensión del accionante lo que busca es la declaración de que sí tiene derecho a un determinado servicio público o a que se lo presten de manera regular o en igualdad de condiciones y, por supuesto, la consecuente orden de hacer a la empresa o ente correspondiente modificando así el *status quo ante* del recurrente al constituir esta nueva situación jurídica; ¿sería entonces desestimado por no pretender el accionante un restablecimiento sino la creación de una nueva situación jurídica? No lo sabemos, sin embargo, situaciones como estas nos deben llamar a la reflexión sobre la inconveniencia del empleo regular y ordinario del amparo constitucional para el resguardo del derecho a la adecuada prestación de los servicios públicos.

ii Viabilidad del recurso contencioso de los servicios públicos

Con los avances doctrinales y, recientemente, jurisprudenciales, en cuanto a la superación de algunos dogmas del contencioso administrativo; por una parte, el de la concepción del Juez contencioso como simple garante de la legalidad objetiva de los actos administrativos, en el sentido que <<...no se juzga directamente a la Administración —sino de forma indirecta o mediata— ni se protegen situaciones jurídicas subjetivas, por cuanto el Juez conoce únicamente del apego al Derecho de las actuaciones consideradas en sí mismas...>>⁵³ y, por la otra, el de la <<...naturaleza impugnatoria o revisora de las acciones contencioso-administrativas>>⁵⁴ en virtud del cual, <<la labor del juez contencioso administrativo, en principio, es revisar si la actuación de la Administración, formal y ya realizada, se amolda o no a los parámetros jurídicos>>⁵⁵, los cuales poco a poco han ido cediendo ante la idea de la justicia material, esto es, de la tutela judicial efectiva, se abre un nuevo horizonte de esperanzas de que la jurisdicción contencioso administrativa, puede materializar la justicia que la administración con su actuar u omisión quebranta. Estas nuevas y vanguardistas concepciones, basadas generalmente en las nuevas normas constitucionales, permiten que el Juez tenga un mayor poder de apreciación del actuar administrativo, a la vez que se amplían sus poderes de decisión, lo que, sobre todo, en materia de medidas cautelares recientemente ha encontrado un gran progreso en nuestra jurisprudencia patria⁵⁶.

⁵³ CANOVA GONZALEZ, ANTONIO, “*Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*”, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, p.21.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ La <<tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva (...) eficacia>> (fallo de fecha 15 de Noviembre de 1995, dictado por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso Lucía Hernández y Arnoldo Echegaray). Más recientemente, se ha reconocido la potestad del juez contencioso de decretar <<...cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva>> (Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal

Ahora bien, estas nuevas concepciones y la interpretación y estudio en conjunto, como sistema integral, de las normas constitucionales comentadas a lo largo de este trabajo, ayudan a sustentar la viabilidad de un recurso que, como veremos *infra* al estudiar su objeto de control, no se limita en lo absoluto al simple apego al bloque de legalidad de actos ya dictados por la Administración –carácter objetivo y revisor–, sino que, por el contrario, tiene por Norte el cumplimiento y observancia de los principios rectores de la actividad de servicios públicos, no solo cuando es esta prestada por personas de derecho público, sino también –supuesto de mayor ocurrencia– cuando es llevada a cabo por personas jurídicas de derecho privado, mediante concesión, a través de la atribución de los más amplios poderes al juez contencioso. Así pues, al entenderse que el Juez contencioso administrativo debe contar con los más amplios poderes para lograr la realización de la justicia, de la tutela judicial efectiva, tal y como lo ordena nuestra vigente Constitución⁵⁷ siempre dentro los límites necesarios para el no entorpecimiento del actuar administrativo, se da una respuesta a la situación que se presenta por el hecho de que la Administración en la praxis, tiene múltiples formas de menoscabar los derechos e intereses de administrados, esto es, que su radio de acción y la forma en que materializa su actuar es tan amplio que <<muchas veces no hay medios procesales contencioso-administrativos para rebatir alguna clase de actividad administrativa, no obstante

Supremo de Justicia, en fecha 20 de marzo de 2001, caso Marvin Sierra Velasco). Aceptando la posibilidad de dictar medidas provisionales: sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de marzo de 2000, caso Constructora Pedeca, C.A., en la que se afirmó <<la potestad del Juez Contencioso-Administrativo para acordar las denominadas “medidas provisionales” como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar para garantizar el tantas veces mencionado principio de la tutela judicial efectiva>>. En este orden de ideas <<es necesario recordar, que la facultad de acordar medidas cautelares es un poder inherente a la función del juzgador, fundamental y necesario para la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados...>> (caso Edgar Alexander Chacón, de fecha 6 de julio de 1999, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa). En este sentido, el Tribunal Supremo ha dejado sentado que <<...en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva [...] el juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para emitir todo tipo de medida cautelar que se requiera en el caso concreto, esto es, puede decretar todo tipo de mandamientos, -como la suspensión del acto recurrido, medidas positivas e incluso anticipativas-, ante todo tipo de actividad o inactividad administrativa, incluyendo actos de efectos particulares o generales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones, etc. [...] Todo juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general>> (fallo dictado por la Sala Político-Administrativa, en fecha 17 de abril de 2001, caso Sociedad de Corretaje de Seguros CASBU, C.A.). Entre muchas otras, consúltese además, sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en fecha 09 de marzo de 2000, caso Ismael Segundo Domínguez Girmont, fallo de fecha 10 de abril de 2000, dictado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, caso Instituto Educativo Henry Clay y fallo de fecha 24 de mayo de 2000, dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, caso Rosalinda Cárdenas Osorio.

⁵⁷ Obviamente que aquí tampoco nos pronunciamos a favor de un poder ilimitado, sino que, a grandes rasgos, puesto que este es un tema que escapa por mucho al objeto de estudio de este trabajo, pensamos que el real e infranqueable límite del poder del juez contencioso radica en el no entorpecimiento de la actividad administrativa; sin embargo, ese límite no puede servir nunca de amparo para una Administración que se aprovecha de sus prerrogativas en perjuicio de los legítimos intereses y derechos de los administrados.

Alfredo Parés Salas

producir ella daños a los derechos e intereses de los particulares>>⁵⁸, tal y como ha venido sucediendo en el campo de los servicios públicos; campo en el que no existe un recurso idóneo para hacer valer los derechos que a los particulares les reconoce nuestra Carta Magna.

2. El objeto de control del contencioso de los servicios públicos

Como hemos reiterado en incansables oportunidades a lo largo de este estudio, la prestación de los servicios públicos responde a la necesidad de satisfacción de ciertos intereses públicos que, por cuya trascendencia e importancia para la colectividad, ha sido asumida –a veces con carácter de exclusividad– por la Administración, hallándose por tanto sometida a un régimen especial de derecho público, razón por la que –y aun cuando sea prestada por particulares mediante concesiones– debe ésta respetar los principios que la rigen.

Al menos tres son los elementos básicos que deben tomarse en consideración para determinar el objeto de control de este sistema: los principios que rigen la prestación de los servicios públicos, las actividades que han de considerarse como tales y qué ha de entenderse por “prestación” de los servicios públicos. Todo ello, puesto que el Juez del contencioso de los servicios públicos tiene por misión principal el *velar por el cumplimiento de los principios rectores de la actividad administrativa de prestación de servicios públicos para lograr así una prestación adecuada de los mismos*. Así pues, en este mismo orden lógico, es menester determinar, en primer lugar, qué engloba el término prestación del servicio público, luego, cuáles actividades han de considerarse como tales, para, por último, analizar si efectivamente éstas son prestadas dentro de los parámetros que tales principios fijan.

Volviendo sobre estos elementos, pero esta vez en orden inverso, y, respecto del primero de ellos, *id est*, los principios rectores, remitimos al lector a las breves consideraciones realizadas en la primera parte de este estudio y a la abundante doctrina patria y extranjera que ha estudiado con mayor detenimiento este tema.

Luego, en relación con las actividades que han de considerarse como servicios públicos, consideramos que, en primer lugar, deben apuntarse en la lista, todas aquellas que de ordinario se denominan servicios públicos domiciliarios, tales como el suministro de energía eléctrica, agua, teléfono y gas. De igual forma, los servicios de primera necesidad tales como la atención hospitalaria y la educación, además del transporte público y medios de comunicación⁵⁹. En todo caso, consideramos que la determinación de estas actividades no debe entenderse como un listado taxativo o *numerus clausus*, no obstante ello, tampoco compartimos la visión de algunos autores que pretenden ampliar en exceso este catálogo, al incluir dentro de las actividades sometidas al contencioso de los servicios públicos, las que realizan <<...abastos, mercados, supermercados, restaurantes, farmacias>> o las de reparación <<de electrodomésticos, automóviles y computadoras>>, entre otros. No consideramos que tales actividades deban ser parte del objeto de control del contencioso-

⁵⁸ CANOVA GONZALEZ, ANTONIO, *Op. Cit.*, p. 204.

⁵⁹ En propósito, consúltese la página 4 y siguientes de este trabajo.

so administrativo, puesto que el mismo debe controlar aquellas actividades que son consideradas por el Legislador como de servicio público, y, supletoriamente aquellas que, si bien no han sido erigidas como tales por el ordenamiento jurídico positivo, la doctrina sea conteste en afirmar que sí lo son.

En tercer lugar, es menester tratar lo referente al significado del término prestación del servicio público, el cual no debe ser entendido aquí de manera restringida, es decir, la “prestación”, a los efectos del contencioso de los servicios públicos, no debe referirse exclusivamente a la conducta del prestatario del servicio, consistente en suministrar o brindar de manera adecuada el mismo, sino que debe englobar, además, lo relativo a su contraprestación, esto es, lo adeudado por su beneficiario, las disputas sobre servicios técnicos complementarios, y, en fin, toda una gama de prestaciones complementarias relacionadas directamente con el servicio público del cual se trate⁶⁰. Admitir lo contrario implicaría dejar sin protección un inmenso campo de violaciones producidas con ocasión de la prestación de un servicio público.

En este sentido todo lo relacionado con las controversias originadas a raíz de sobrefacturación o de cobros indebidos por parte del ente prestatario del servicio, vendrían a formar parte del objeto de control de este contencioso. Así pues, al preguntarse si debe el juez contencioso de los servicios públicos conocer de este tipo de asuntos reclamos, la respuesta resulta afirmativa.

En conclusión, a pesar de que la misión principal –mas no la única– del juez contencioso de los servicios públicos sea la de velar por el cabal cumplimiento de los principios que rigen la prestación de los servicios públicos, no debe escapar de su control las disputas relativas a la contraprestación debida por el beneficiario del servicio público o sobre otras prestaciones, complementarias, por encontrarse estas incluidas dentro del término “prestación”. Todo ello luce conveniente además, debido a que –salvo ciertos procedimientos extra-judiciales que algunos escasos cuerpos normativos consagran⁶¹– no existe en la actualidad un procedimiento expedito ante los órganos jurisdiccionales que le permita al usuario hacer valer sus reclamos por sobrefacturación u otros relacionados con prestaciones complementarias al servicio público, de manera efectiva.

A.- El contencioso de los servicios públicos y su relación con el control de la legalidad de los actos administrativos dictados en materia de servicios públicos (contencioso de anulación)

A primera vista pareciera que lo concerniente al contencioso de anulación de los actos administrativos –en este caso, los relativos a la prestación de servicios públicos– quedaría excluido de este contencioso de los servicios públicos por existir ya mecanismos de control de su legalidad que se concretan en los recursos conten-

⁶⁰ Pongamos por ejemplo, el soporte técnico necesario para el arreglo de averías o para el mantenimiento u optimización de los equipos que permiten que el servicio sea prestado.

⁶¹ Nos referimos en este punto al Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico, que, en sus artículos 27 y 28, establece un procedimiento para el reclamo por disconformidad con los montos expresados en la factura.

Alfredo Parés Salas

cioso-administrativos de nulidad de actos, de efectos particulares o generales, y que con una efectiva técnica cautelar podría darse cobertura a los principios que informan este tema. Sin embargo, tal concepción pecaría de ser simplista e insuficiente puesto que en la mayoría de los casos mediará un acto administrativo –o uno de los llamados actos de autoridad– que obligaría al administrado a acudir a los procedimientos de nulidad –que como todos sabemos no son nada expeditos– o, seguramente sucedería que, con el fin de evitar la vía del contencioso de los servicios públicos para asegurarse un procedimiento largo y engorroso –el de nulidad– la Administración se las ingeniara para que mediase siempre un acto administrativo que obligaría al administrado a tomar la vía de la nulidad. Por ello no puede aceptarse una exclusión total y absoluta del control de la legalidad de los actos administrativos como objeto del contencioso de los servicios públicos y, por ende, siempre que medie la violación de uno de los principios rectores de los servicios públicos, corresponderá al Juez del contencioso de los servicios públicos el conocimiento del recurso y su tramitación mediante el procedimiento que se establezca. En este sentido y siguiendo la jurisprudencia más reciente, el Juez debe, además de contar con poderes para ordenar el restablecimiento o la adecuada prestación del servicio, tener poder para anular actos administrativos por contrariedad a derecho, y, si bien que esa no debe ser su principal función; cuando se verifique la violación de uno de los principios que rigen los servicios públicos y hay un acto administrativo de por medio, pues deberá, sin más, aceptarse esta posibilidad dentro del marco del mismo procedimiento expedito, tema sobre el cual trataremos más adelante.

B. El contencioso de los servicios públicos y su relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración

Un aspecto que –erróneamente– podría enmarcarse dentro del contenido del contencioso de los servicios públicos es el del régimen de responsabilidad patrimonial contractual o extracontractual de la administración, y esta última, tanto por lo que respecta al régimen por funcionamiento anormal como por lo que toca al régimen por sacrificio particular. En relación a la responsabilidad extracontractual, en principio podría parecer que el contencioso de los servicios públicos debería abarcar también lo concerniente a la responsabilidad de la Administración, tanto la originada en la deficiente prestación de los servicios públicos, como la causada por los daños –anormales y especiales– ocasionados a los particulares, al exigírseles un sacrificio particular que no están en el deber jurídico de soportar, en razón de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. No obstante ello, consideramos inapropiado incluir este régimen dentro del contencioso de los servicios públicos ya que todo el desarrollo y la teoría que lo sustenta ha sido desarrollada ampliamente como un sector o área del contencioso independiente –aunque no desvinculado– ya que, como lo afirma ORTIZ ÁLVAREZ, <<la institución de la responsabilidad del Estado (con independencia del tipo de hecho generador de los daños -hechos, omisiones, actos, etc.- –y agregamos nosotros, con independencia de si es ocasionada a raíz de una actividad de servicio público o de una de cualquier otra índole–), goza de autonomía e independencia en relación con la institución de la ilegalidad o con la teoría de las nulidades de los actos administrativos. Se trata,

en propiedad de *discursos jurídicos independientes* o distintos>>⁶². Pretender incorporar toda esta elaboración doctrinal y jurisprudencial –que ha tardado largos años en evolucionar y que aún continúa luchando por romper las tensas relaciones con el derecho privado⁶³– al contencioso de los servicios públicos sería innecesario e imprudente. Innecesario, porque, en primer lugar, ya este régimen comprende dentro de sí todo lo relativo a las indemnizaciones resultantes de la actividad de la administración cuando presta servicios públicos –lo cual, puede afirmarse, es su mayor campo de acción– y, en segundo lugar, puesto que en los casos de pretensiones que tienen por objeto una indemnización de un daño ya causado, el principio de la urgencia o celeridad pierde su relevancia, pasando a un plano inferior al de certeza jurídica, que desplazando a aquél, cobra mayor importancia, razón por la que se requerirá de un tiempo mayor para la justa tramitación del asunto⁶⁴; imprudente, porque se estaría dando un excesivo radio de acción al contencioso de los servicios públicos, esto es, su objeto sería tan amplio que pecaría de impreciso, perdiéndose en sus propios confines y llegando a abarcar tanto que en definitiva no abarcaría nada, quedando vacío de contenido; cuando lo que se requiere es exactamente lo contrario, intentar delimitar de manera precisa el objeto de este contencioso. En definitiva, lo relacionado con las pretensiones indemnizatorias contra la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe seguirse estudiando y analizando a la luz del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, razón por la cual no podría ser exigida la indemnización de daños y perjuicios causados por el actuar de la administración, por vía del contencioso de los servicios públicos.

Análogas consideraciones merecen destacarse en relación al tema de la responsabilidad contractual de la administración. Materia que menos aun puede ser subsumida dentro de este contencioso de los servicios públicos, tal y como lo sostienen los abogados de BADELL & GRAU avalando la posición de la extinta Corte Suprema de Justicia: <<así, por lo que se refiere al ámbito *objetivo*, la Sala Político-Administrativa considera ahora que su competencia materia de contratos administrativos es suficientemente amplia para abarcar toda clase de controversias, sin que se permita hacer -como había ocurrido anteriormente- distinciones que conduzcan a un “fraccionamiento inútil de las controversias suscitadas en relación a dichos contratos, ya que la norma es suficientemente amplia para abarcar toda clase de litigios

⁶² ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, “*Antitrust, Competencia y Contencioso Administrativo*”, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 469.

⁶³ Al respecto, consúltese ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, “*La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 40 y ss.

⁶⁴ Consideraciones similares respecto de la inconveniencia de tramitar pretensiones indemnizatorias mediante el amparo constitucional, hace ORTIZ ÁLVAREZ cuando señala que <<en principio, consideramos que no es conveniente que dentro de juicios autónomos de amparo se ventilen pretensiones de daños y perjuicios [...] por el carácter de juicio sumario (y normalmente de conocimiento incompleto). La responsabilidad patrimonial, como regla, requiere de un juicio de conocimiento completo y una actividad probatoria más pausada>> (ORTIZ ÁLVAREZ, Luis. “*El Amparo Constitucional y la Responsabilidad del Estado; Diferencias e Influencias Recíprocas (Estudio Comparativo: Colombia y Venezuela)*”, en: Revista de Derecho Administrativo N° 10, p. 164). Tales afirmaciones son aplicables *mutatis mutandis* al tema del contencioso de los servicios públicos, en el que, como bien hemos indicado, una de sus claves radica, al igual que el amparo, en la celeridad.

Alfredo Parés Salas

derivado de este especial tipo de contratos regidos por el Derecho Administrativo”>>⁶⁵. De esta manera parece quedar suficientemente claro que todo lo relacionado con las controversias sobre Contratos Administrativos –los cuales se celebran con fines de servicio público⁶⁶– cae dentro del estudio del Contencioso de los Contratos Administrativos.

No obstante las afirmaciones hechas, es innegable que este nuevo sistema tendrá gran utilidad al servir como un refuerzo o complemento del régimen de responsabilidad de la administración.

3. Breves consideraciones en torno a los principios que deben regir el procedimiento del recurso contencioso de los servicios públicos

Expuesta como ha sido la necesidad de la consagración de un recurso contencioso administrativo de los servicios públicos, así como las claves mínimas para la regulación del mismo: celeridad y sentencias de condena a prestaciones de hacer; no se hace muy difícil intuir los principios que han de informar este procedimiento. La idea aquí no es la de formular un propuesta de procedimiento, sino simplemente llamar la atención sobre ciertos caracteres que deben estar presentes en este procedimiento. Por una parte el procedimiento debe ser breve, lo cual implica necesariamente la inexistencia o reducción al máximo posible de incidencias, lapsos reducidos de pruebas y de decisión y la siempre presente posibilidad de medidas cautelares, incluso las denominadas provisionalísimas. Debe tenerse en consideración el hecho de que algunos tribunales de lo contencioso administrativo sólo dan despacho tres de los cinco días de la semana, por lo que la abreviación de los lapsos debe ser aun mayor. No compartimos el criterio de quienes propugnan la consagración de una instancia conciliatoria, ya que a la postre esto se traduciría en más lapsos inútiles que agotar en perjuicio del beneficiario del servicio. Si no hubo una conciliación o transacción extrajudicial antes de iniciarse el proceso y tomando en consideración que en la triste práctica, generalmente los funcionarios públicos prefieren –y hasta reciben órdenes de superiores jerárquicos– buscar todas las formas de entorpecerlos para lograr que, por el alto costo en términos de dinero y tiempo se fracture la economía o la psicología del recurrente quedando ilusorio el ejercicio de su derecho, no creemos que dentro del proceso las cosas puedan cambiar; que desista o se allane el que se considere perdidoso pero sin que por ello se tengan que habilitar lapsos innecesarios y perjudiciales para el recurrente. Lo que se pretende es que la regulación tome en consideración las realidades de la *praxis*, por más tristes y odiosas que puedan éstas resultar; se requiere sinceridad al legislar, el procedimiento del contencioso de los servicios públicos debe ser sumamente breve, excesivamente breve en la teoría para que en la práctica resulte al menos no tan largo. Respecto de las medidas cautelares, debe sencillamente aplicarse la visión moderna que nuestra jurisprudencia parece estar desarrollando en el contencioso administrativo en gene-

⁶⁵ BADELL & GRAU, “*Contratos Administrativos*”, Cuadernos Jurídicos Número 5, Editorial Torino, 1999.

⁶⁶ *Ibid.*

ral⁶⁷, en virtud de la cual, el Juez del contencioso puede decretar cualquier tipo de medidas para garantizar la tutela judicial efectiva. Además, no creemos que sea conveniente consagrar algún tipo de consulta tal como en el amparo: quien desee apelar que apele. No más trámites innecesarios ni procedimientos engorrosos.

Consideramos, en fin, que a los efectos de la regulación que haya de dársele a esta materia, debe siempre tenerse presente la situación fáctica de minusvalía en que, en el común de los casos, se encuentra el beneficiario del servicio. Esa palmaria situación es fácil vislumbrar al recordar la necesaria dependencia de los servicios públicos en que, para su subsistencia, se encuentran los particulares. Esa desigualdad fáctica, muchas veces marcada por elementos económicos, debe ser equilibrada mediante instrumentos jurídicos que eleven a un plano de igualdad jurídica al que en el plano de la realidad es débil. Piénsese, a manera de ilustración, en cuanto a la materia procedimental lo relativo a los medios de pruebas y a la carga de la misma o en largos lapsos procesales que transcurren mientras el recurrente continúa con el servicio interrumpido, entre muchos otros posibles ejemplos.

Para concluir, y en cuanto a los poderes del juez se refiere, consideramos que éste debe contar con las más amplias facultades y poderes para, por cualquier medio –nulidades, restablecimiento, imposición de multas para el cumplimiento forzado; y, sobre todo, órdenes de hacer– asegurar a los administrados que los servicios públicos les sean prestados adecuadamente. En este sentido el Juez podrá, en caso de violación del principio de continuidad, ordenar el restablecimiento del servicio; en el supuesto de prestaciones irregulares, pues, ordenar que se preste el servicio de maneja uniforme, y así en cada caso, no solo en términos generales y abstractos, sino especificando las condiciones “legales” –mas no de oportunidad o conveniencia– específicas bajo las cuales debe ser prestado tal o cual servicio.

Así pues, lo determinante para fijar los poderes de este Juez es el *elemento teleológico*: la finalidad de protección de los principios rectores y la adecuada prestación, dejando así una amplia libertad para que dentro del procedimiento que haya de establecerse, él concrete la forma en que ha de actuar para lograr su objetivo y busque el mecanismo idóneo para satisfacer la pretensión del accionante de que le sea prestado de manera adecuada el servicio público al cual tiene derecho, todo ello en aras de la tutela judicial efectiva.

4. Contencioso de los servicios públicos en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶⁸

El anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pretende incorporar a la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa múltiples innovaciones, siendo una de ellas de especial interés a los fines del tema bajo estudio: el procedimiento del recurso de reclamo por la prestación de servicios

⁶⁷ Consúltense cita # 56.

⁶⁸ Se trata del modelo de anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, elaborado con ponencia de FREDDY J. ORLANDO S. en el marco del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Apoyo al Fortalecimiento Institucional, Tribunal Supremo de Justicia de fecha Octubre 2000.

Alfredo Parés Salas

públicos, contenido en el Capítulo VII del Título V. En este Anteproyecto, se regula en varios artículos, el procedimiento que ha de aplicarse a los reclamos resultantes de la carencia de un servicio público o de su deficiente prestación.

El denominado “recurso de reclamo” –suponemos, siguiendo la jerga utilizada en la Constitución– está previsto en el artículo 122 del Proyecto, en el que además de dársele esta denominación, se determina cuáles han de ser los tribunales competentes para su interposición: los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo con competencia territorial según el domicilio del recurrente. Esta última mención llama la atención ya que pareciera consagrarse una derogatoria del principio general de competencia por el domicilio del demandado, que, a pesar de no tener plena aplicación en el contencioso-administrativo, se utiliza en los casos de las demandas contra entes públicos. Sin embargo, tal concepción luce conveniente a los fines de lograr una tutela judicial efectiva, facilitando el acceso rápido a la justicia, sobre todo en los casos en que el prestatario del servicio está localizado a distancia del usuario, como puede suceder con los servicios públicos domiciliarios de gas, electricidad, agua, etc.

Se establece igualmente que el recurrente <<presentará un escrito en el que, sin mayores formalidades, explanará pormenorizadamente las circunstancias de su reclamo>> el cual debe tramitarse por el procedimiento de la instancia de conciliación que tiene una duración máxima de cinco días de despacho prorrogables por un período igual y por una sola vez. Así pues, entendemos que una vez admitido el recurso se deberá fijar el día en que ha de tener lugar el acto conciliatorio, que según el artículo 97 del Proyecto –al cual extrañamente no remite el artículo 123, haciéndolo sólo al artículo 98– debe ser entre el quinto y el décimo día de despacho siguiente. El acto conciliatorio será público, oral y de obligatoria asistencia, en él, el Magistrado <<realizará todos los esfuerzos para instar a las partes a conciliar sus diferencias [proponiendo] la solución que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento, ni sea causal de inhibición o recusación>> pudiendo las partes llegar a una conciliación total, caso en el que se dicta un auto declarando terminado el proceso, o bien llegar a una conciliación que no recaiga sobre la totalidad de la materia objeto del juicio –conciliación parcial– supuesto en el que <<éste continuará respecto de lo no conciliado>>. Por otra parte, se sanciona la inasistencia del recurrente al acto conciliatorio con el desistimiento del procedimiento –no pudiendo intentar la acción nuevamente sino después de transcurridos tres meses– y la inasistencia de la Administración –o el ente demandado– con la imposición de una multa de hasta 420 unidades tributarias. En el acta de conciliación se debe dejar constancia de lo sucedido y luego de ser suscrita y homologada por el Magistrado conciliador adquiere fuerza de <<cosa juzgada y el carácter de título ejecutivo respecto de la materia conciliada>>.

Ahora bien, si la instancia de conciliación resulta infructuosa, el Proyecto establece que el “petionario”⁶⁹ podrá intentar una demanda (¿acaso un nuevo escrito? ¿sometido a cuáles requisitos?) que se tramitará por el procedimiento breve del Código de Procedimiento Civil en los casos en que el reclamo no tenga contenido

⁶⁹ Nos resulta un tanto extraño o impreciso el empleo de diversos vocablos (“petionario”, “recurrente”) para referirse al mismo sujeto.

patrimonial o teniéndolo no excediere de 8.600 unidades tributarias, caso contrario se tramitaría por el procedimiento del Capítulo IV (El contencioso de las Demandas) el cual no hace más que remitir al procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil, con las siempre presentes adaptaciones al contencioso.

Una vez más –¡hasta cuando!– se pretende echar mano de los procedimientos civiles, intentando adaptarlos al contencioso-administrativo. Por fortuna, al menos la remisión se hace al procedimiento breve del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, inquietantes dudas nos genera la idea de remitir los casos de mayor cuantía –más de 8.600 UT– al procedimiento ordinario: ¿es que acaso por estar involucrados intereses de contenido patrimonial cuya estimación sea mayor a tal suma se deja a un lado el carácter de urgencia de la adecuada prestación del servicio? No resulta –nos preguntamos– contrario al principio de continuidad –y más precisamente al fundamento esencial de los servicios públicos– el someter una controversia de este tipo a un largo y engorroso procedimiento ordinario civil. Obviamente que sí, razón esta por la pensamos que sería inconveniente la remisión de estas controversias al proceso ordinario por la propia vía legislativa –vía que es la idónea para crear un procedimiento especial ajustado a los requerimientos de esta particular materia–, por el contrario, mientras de mayor cuantía sea la controversia, mayor interés en una resolución rápida ha de existir, mayor importancia para las partes ha de tener. Es así pues, como teniendo la oportunidad –recordemos que se trata de un Anteproyecto de Ley– de crear un procedimiento especial, idóneo, vuelve a caerse en la remisión al procedimiento civil.

Sin embargo, nos llama la atención el hecho de que al emplearse, por vía de remisión, el proceso breve se está reconociendo sin más el carácter subjetivo del contencioso de los servicios públicos, ya que la administración se constituye en una verdadera parte demandada, superándose definitivamente –aunque quizá involuntariamente– la vetusta concepción del contencioso-administrativo objetivo, simple garante de la legalidad considerada en abstracto.

Por lo que respecta al contenido de la sentencia consideramos conveniente la inclusión de un artículo en el que se señale de manera expresa los poderes del juez en esta materia, como lo es no solo ordenar el restablecimiento del servicio –lo cual se desprende de lo dispuesto en el artículo 71 del Anteproyecto y del artículo 259 de la Constitución⁷⁰– sino también la orden de prestar un determinado servicio público o de hacerlo de una determinada manera –p.e. regular–, la posibilidad de imponer multas para asegurar el cumplimiento forzado y hasta el poder de anular, por razones de contrariedad a derecho, el acto que sirve de fundamento o causa la deficiencia en la prestación del servicio público.

Pensamos, por último, que apenas estamos comenzando a recorrer este nuevo camino, por lo que dispondremos de suficiente tiempo para reflexionar un poco más sobre este tema tan trascendental para la paz social y el correcto desarrollo de la colectividad, cuyo florecimiento apenas está por comenzar.

⁷⁰ Cuando se refieren al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.