

Publicado en el libro:

Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Carlos E. Delpiazzo Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaños Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Editores), *Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo, pp. 873-890

SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: LAS NOCIONES DE “ACTIVIDADES RESERVAS AL ESTADO,” “UTILIDAD PÚBLICA,” “INTERÉS SOCIAL,” “SERVICIO PÚBLICO,” “DOMINIO PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”*

Allan R Brewer-Carías

I. SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN EL DERECHO PÚBLICO

Conforme al principio de la libertad económica que existe en los países democráticos occidentales, como por ejemplo lo garantiza el artículo 112 de la Constitución venezolana, todas las personas tienen el derecho de dedicarse libremente al ejercicio de la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Ello implica que si bien el principio general es el de la libertad económica, la misma siempre puede ser limitada o restringida por el Estado, pero sólo mediante leyes, es decir, mediante actos sancionados por la Asamblea Nacional actuando como legislador (reserva legal).

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad que tiene el Estado de reservarse determinadas actividades económicas, servicios, industrias o bienes para su exclusivo desarrollo, en cuyo caso se produce lo que se ha llamado una “*publicatio*,”

* Texto para la exposición en el *XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 3 de octubre de 2017.

en el sentido de que la actividad reservada se excluye del ámbito de las actividades que los particulares puedan ejercer libremente, pudiendo solo desarrollarlas cuando específicamente se les otorga el derecho de hacerlo, por ejemplo, mediante una concesión administrativa, que es uno de los contratos públicos (contrato administrativo) por excelencia.

En este contexto de actividades *reservadas al Estado* es, por tanto, donde puede decirse que se ha producido una “*publicatio*,” término que conforme lo reseñó José Ignacio Hernández respecto de la doctrina española, fue “acuñado inicialmente por Villar Palasí, y tiene su origen en el derecho romano, y que identificaba el acto por el cual se sustraía a un bien del tráfico jurídico entre los particulares. La *publicatio* de actividades económicas equivale, entonces, en consecuencia a su reserva al Estado.”¹

Por ello, conforme lo destacó el mismo José Ignacio Hernández:

“las actividades económicas responden, en una *summa divisio*, a una distinción dual: hay actividades económicas que han sido reservadas al Estado; junto a ellas, hay también actividades que no han sido reservadas, pero cuya ordenación y limitación asume la Administración. No existen categorías intermedias: o una actividad está reservada al Estado o no lo está. Reserva entendida, en última instancia, como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste asume, para sí, la *titularidad* de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares (Martín-Retortillo Baquer; Brewer-Carías). En las actividades reservadas, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho ha de ser *concedido* por la Administración, cuando así haya sido admitido en el marco de la Ley concreta de reserva.”²

¹ Véase José Ignacio Hernández, “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social,” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer Carías. E principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica*, FUNEDA, Tomo I, Caracas 2004, p. 200. p. 201

² El mismo autor comenta que: “En las actividades reservadas al Estado, como puede anticiparse, hay una significativa atenuación de esa cobertura legal, pues la intervención opera en áreas del quehacer económico que han sido excluidas de la libre iniciativa privada. La jurisprudencia venezolana (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 26 de marzo de 1993, caso *RCTV* y de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*) insistió sobre este punto, al sostener que la reserva destruye los derechos de los particulares, permitiendo a la Administración desplegar “potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano.” *Idem*, p. 200.

Para apreciar el sentido y efectos de la distinción, a la cual nos hemos referido en otras ocasiones,³ puede acudirse por ejemplo al régimen legal de las actividades mineras que en Venezuela están reguladas en la Ley de Minas,⁴ y en la cual se pueden distinguir dos tipos de actividades: en *primer lugar*, las actividades que el Estado se ha reservado y que se realizan directamente sobre bienes que han sido declarados como del dominio público, como es el caso de los yacimientos o minas, y que son las actividades de exploración y explotación mineras. Éstas, por estar reservadas al Estado no pueden ser realizadas por los particulares libremente, los cuales sólo pueden desarrollarlas mediante la obtención de una concesión administrativa por parte del Estado. Es respecto de esas actividades que puede afirmarse que se ha operado una *publicatio*.

En *segundo lugar*, en materia minera hay otras actividades conexas o auxiliares con la minería, que el Estado no se ha reservado, y que aun cuando están sometidas a un régimen de derecho público regulado en la Ley de Minas, para su realización sin embargo no se requiere concesión administrativa alguna que deba ser otorgada por el Estado, sino que se realizan solamente bajo el control y vigilancia del mismo.

En este caso, están las actividades de beneficio, almacenamiento, tenencia, circulación, transporte y comercialización, interna o externa, de las sustancias extraídas” de los yacimientos (art. 1, Ley de Minas) o, en otras palabras, las actividades de “almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales” (art. 86, Ley de Minas). Estas son actividades calificadas en la Ley como “conexas o auxiliares” de la minería, que solo están sujetas “a la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación” por el mismo, previendo la Ley, sin embargo, que las mismas, precisamente por no estar reservadas al Estado, “cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto” cualquiera de dichas actividades conexas o auxiliares con respecto a determinados minerales.

Si dicha reserva al Estado se produce, como sucedió en Venezuela, por ejemplo, en materia de la industria del hierro⁵ y del oro,⁶ puede decirse entonces que respecto

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1.139-1.246; e “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. III, 1972-1979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 23-44.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* No. 5.382 Extra. de 8 de septiembre de 1999.

⁵ Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, Decreto Ley N° 6.058, de 30 de abril de 2008, en *Gaceta Oficial* N° 38.928, de 12 de mayo de 2008.

de las mismas se produjo una “*publicatio*.” De lo contrario, no estando reservadas al Estado, los particulares, incluidos los concesionarios mineros, pueden realizarlas en ejercicio de su libertad económica, por supuesto, sujetos a la vigilancia del Estado.

II. EL SIGNIFICADO DE LA DECLARATORIA LEGAL DE DETERMINADAS ACTIVIDADES COMO DE “UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL”

En contraste con la reserva de actividades al Estado, que originan la *publicatio* del régimen aplicable a las actividades o bienes reservados, con frecuencia se encuentran en las leyes una declaratoria de determinadas actividades o la materia que regulan como de “utilidad pública” o de “interés social,” en cuyo caso no puede hablarse de que se haya producido una *publicatio*. El único propósito del legislador con tales declaratorias en esos casos, es facilitar y agilizar la eventual posibilidad de que el Estado pueda proceder a expropiar bienes de propiedad privada que sean necesarios para la realización de dichas actividades reguladas en las leyes respectivas.

Es decir, la declaratoria de actividades como de “utilidad pública” o de “interés social,” no tiene ningún efecto general de *publicatio* del régimen de las mismas, sino solo de responder a la garantía constitucional de la propiedad privada, que conforme al artículo 115 de la Constitución venezolana le impone al Estado la condición de previa de que para poder decretar la expropiación de cualquier clase de bienes de propiedad privada, la actividad específica que motive dicha expropiación, debe haber sido declarada previa y formalmente en una ley como de utilidad pública o interés social.⁷

Así lo dispone expresamente, como se dijo, el artículo 115 de la Constitución venezolana al exigir que para que el Poder Ejecutivo pueda decretar la expropiación de bienes de propiedad privada, ello sólo puede hacerlo por “causa de utilidad pública y social”⁸ que debe haber sido declarada previamente en una ley, que es lo

⁶ Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como conexas y auxiliares a esta, Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011, en *Gaceta Oficial* N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011,

⁷ Sobre la evolución histórica del régimen de la propiedad privada y de la libertad económica, véase Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho de Propiedad y la Libertad Económica. Evolución y situación actual en Venezuela,” en *Estudios sobre la Constitución* (Libro-homenaje a R. Caldera), Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1140 ss.

⁸ Artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las condiciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. *Sólo por causa de utilidad pública o interés social*, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”

que puede motivar y justificar la expropiación. Lo mismo, conforme a la Constitución, se ha exigido tradicionalmente la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Arts. 7.1 y 13),⁹ como condición previa para poder decretarse la expropiación.

Por ello, la propia Ley de Expropiación, para facilitar la expropiación de bienes, incluye en su artículo 14, una declaratoria general de una serie de actividades consideradas de antemano como de utilidad pública o interés social, a los efectos de exceptuarlas “de la formalidad de declaratoria previa de utilidad pública,” que incluyen:

“la construcciones de ferrocarriles, carreteras, autopistas, sistemas de transporte subterráneo o superficial, caminos, edificaciones educativas o deportivas, urbanizaciones obreras, cuarteles, hospitales, cementerios, aeropuertos, helipuertos, los terrenos necesarios para institutos de enseñanza agrícola y pecuaria, las construcciones o ensanche de estaciones inalámbricas o conductores telegráficos; así como los sitios para el establecimiento de los postes, torres y demás accesorios de las líneas conductoras de energía eléctrica; acueductos, canales y puertos; los sistemas de irrigación y conservación de bosques, aguas y cualquiera otra relativa al saneamiento, ensanche o reforma interior de las poblaciones; la colonización de terrenos incultos y la repoblación de yermos y montes.”

Respecto de otras actividades no comprendidas en esta enumeración, el requisito de que por ley se las declare como de utilidad pública y social para que pueda decretarse la expropiación de bienes, la condición es la que se cumple a través de múltiples leyes especiales, de manera que sin necesidad de otra ulterior declaratoria de “interés social o utilidad pública” en relación con las actividades que regulan, se pueda proceder a iniciar el procedimiento expropiatorio.

Sólo para citar unos ejemplos, la declaratoria de “utilidad pública o interés social” se puede encontrar por ejemplo, en leyes de larga tradición como la Ley de Aguas¹⁰ (art. 7), la Ley de Bosques¹¹ (arts. 4), la Ley de Minas¹² (art. 3), la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario¹³ (art. 68), la Ley del Sistema de Transporte Ferroviario

⁹ Véase la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social, en *Gaceta Oficial* N° 37.475 de 01-07-2002. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general “Introducción General al régimen de la expropiación,” en el libro: Allan R. Brewer-Carías, Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerrevere Valero y Caterina Balasso Tejera, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social*, Colección Textos Legislativos, N° 26, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 7-100.

¹⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 35.595, de 2 de enero de 2007

¹¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.222, de 6 de agosto de 2013

¹² Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.222, de 6 de agosto de 2013

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.991 Extraordinario, de 29 de julio de 2010

Nacional¹⁴ (art. 2), y la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹⁵ (art. 4). Más recientemente, en otras leyes relativas a actividades más específicas, algunas incluso ya derogadas, igualmente se encuentra la declaratoria de utilidad pública a efectos expropiatorios, como es el caso de la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, en la cual se declararon como de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad;¹⁶ la Ley de Salud Agrícola Integral en la cual se declaran de utilidad pública, interés nacional e interés social, los bienes y servicios propios de las actividades de salud agrícola integral, por lo que cuando medien motivos de seguridad, podrá sin mediar otra formalidad, decretarse la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de salud agrícola integral;¹⁷ la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), en la cual se declara de utilidad pública la construcción de viviendas de interés social cuya ejecución directa o indirecta corresponda al Instituto Nacional de la Vivienda¹⁸; y la Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria, en la cual se declaran de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias.¹⁹

En estos casos, así como en todas las demás leyes en las cuales se declaran ciertas actividades como de utilidad pública o interés social, tal declaratoria simplemente tiene el propósito de permitir y agilizar los procedimientos expropiatorios, no implicando que todo lo que corresponda ser realizado en el marco de su regulación esté sometido necesariamente un régimen de derecho público, y que esa sola declaratoria pueda transformar todo el régimen jurídico de una actividad, sometiéndola al derecho público.

Es decir, la declaratoria de una actividad como de utilidad pública o interés social a los efectos de permitir y aligerar los procesos de expropiación de bienes de propiedad privada, en el derecho venezolano no implica en forma alguna una *publicatio* de su régimen jurídico que excluya la actividad del ámbito de la libertad económica, pues con ello nada se reserva al Estado. Por ello, por ejemplo, la Sala

¹⁴ Véase Decreto Ley N° 6.069 de 14-05-2008, en *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinario, de 31 de julio de 2008

¹⁵ Véase Reforma Parcial del Decreto Ley Orgánica N° 1.510 de 02-11-2001, en *Gaceta Oficial* N° 38.493, de 4 de Agosto de 2006.

¹⁶ Véase Decreto Ley N° 6.092 de 27-05-2008)

¹⁷ Véase Decreto Ley N° 6.129 de 03-06-2008),

¹⁸ Véase Decreto Ley N° 6.267 de 30-07-2008 en *Gaceta Oficial* N° 5.892 de-07-2008

¹⁹ Véase Decreto Ley N° 6.071 de 14-05-2008, *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinaria de 31-07-2008).

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado por ejemplo que “para que haya servicio público, incluso, la ley debe haber reservado al Estado la actividad económica, de manera que exista “*publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales).”²⁰

En consecuencia, el hecho por ejemplo, la misma la Ley de Minas, que es una ley que sin duda establece un régimen legal de derecho público, en su artículo 3 disponga que “Se declara de utilidad pública la materia regida por esta Ley,” no significa que todas las actividades que regula y todos los bienes relativos a las mismas sean reservadas al Estado, y que respecto de todos y todas se haya producido alguna “*publicatio*.”

La *publicatio*, en realidad, en el derecho venezolano relativo a la minería sólo se produce respecto de bienes o actividades que el Estado se haya reservado, es decir, que haya excluido de las actividades que pueden realizar los particulares en ejercicio de su libertad económica, y ello no ocurre por la sola declaración de “utilidad pública” o de “interés social” de la materia que regula de la Ley, sino como se ha dicho de otras expresas previsiones que en materia minera están en la propia Ley, como son la consideración de los las minas o yacimientos de cualquier clase existentes en el territorio nacional como *bienes del dominio público*, que pertenecen a la República, y que son inalienables e imprescriptibles (art. 2); o la *reserva al Estado de las actividades de exploración y explotación* de las sustancias minerales, en particular de las ubicadas en las minas o yacimientos, las cuales solo pueden realizar los particulares mediante concesión administrativa otorgada por el Estado, que “otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional” (art. 24).

III. SOBRE LA NOCIÓN DE “SERVICIO PÚBLICO” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Una de las actividades en relación con las cuales se puede producir la *publicatio* son las que el Estado se reserva igualmente mediante ley, con el carácter de “servicios públicos,” con la explícita voluntad de retirarla del área del quehacer económico de la libertad de empresa.

²⁰ Véase la sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: *Banco del Caribe C.A. Banco Universal .vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*), en *Revista de Derecho Público*, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 273-274. Ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: *Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal*), en *Revista de Derecho Público*, No. 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 156.

Esta noción de “servicio público,” en efecto, en el derecho venezolano se refiere solo a las actividades *destinadas a para satisfacer necesidades colectivas*, conforme a declaración y regulación expresa en una ley,²¹ como sucede por ejemplo con la actividad de transporte ferroviario regulado como de servicio público en la Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional,²² o por ejemplo, en los artículos 4 y 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos,²³ o en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.²⁴

En el ámbito de estas dos últimas leyes, en las cuales se declara, en general, a las actividades que regulan como de utilidad pública o interés social,²⁵ por ejemplo, solo se declaran como “servicio público” las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos *para el consumo colectivo interno, por estar destinadas a satisfacer necesidades colectivas*, es decir, del público en general, a la colectividad en su conjunto, y que por tanto, requieren, por ello, de continuidad.”²⁶ Como textualmente lo indica el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos: “*constituyen un servicio público* las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno.”

Esa declaración legal implica, por ejemplo, que conforme al artículo Art. 61 de la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos, los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas. Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. Además, por tratarse de servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercerlas deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas, y su cesión o traspaso requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, pp. 209-212.

²² Véase *Gaceta Oficial* N° 37.313 de 30 de octubre de 2001

²³ Véase *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001

²⁴ Véase *Gaceta Oficial* N° 36.793 de 23 de septiembre de 1999

²⁵ El artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos establecen, con el mismo texto, que: “Las actividades a las cuales se refiere esta Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social.”

²⁶ Esto lo ha confirmado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia No. 255 de 09-02-2006 (caso *Estación San Luis Del Este II, C.A vs. Shell Venezuela Productos*), en *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, p. 178.

Disposiciones similares se encuentran incorporadas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999, en la cual se declara, entre todas las actividades que regula, que sólo constituyen un “servicio público” aquellas relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al *consumo colectivo*. Por ello, también, la misma Ley establece que los almacenadores, transportistas y distribuidores de hidrocarburos gaseosos tienen la obligación de prestar el servicio en forma. Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la LOHG también autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

De lo anterior resulta, por tanto, conforme a esos ejemplos regulatorios, que por voluntad expresa del legislador, en las leyes respectivas el Estado se reserva determinadas actividades destinadas a *satisfacer necesidades colectivas* de la población en general, que además, las asume como obligación prestacional, y que por tanto, los particulares no pueden realizar sino en virtud de una concesión o permiso del propio Estado. Esas son las actividades que pueden ser consideradas como “servicio público,” lo que, por tanto, siempre requiere de un texto legal expreso que las califique, estableciendo además, el sentido de la reserva al Estado de las mismas.

Es decir, “servicio público” en el derecho venezolano son las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, *tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal* y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a que no pueden desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena.²⁷ Por ello, cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha buscado definir un contrato como “contrato administrativo”), exige que “el objeto del contrato esté vinculado a la *prestación de un servicio público que tiende a la satisfacción de un*

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias,” en *Revista de Derecho Público*, Nº 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71; “El régimen constitucional de los servicios públicos,” en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas 2002; y en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 528 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, pp. 209-212. Véase también, José Ramón Parada, “*Los servicios públicos en España*”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

*interés general, como lo es la educación,”*²⁸ en el sentido de *necesidad colectiva, que interesa a toda la colectividad.*

De esta definición sobre lo que en Venezuela es un “servicio público,” resulta entonces lo siguiente: en *primer lugar*, que siempre se trata de una actividad, consistente en *dar o hacer algo a favor de otros*, colectivamente, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de *interés público colectivo*, de toda la población, es decir, de la colectividad en general, por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, al público en general, como sería por ejemplo, el *servicio ferroviario de transporte, el servicio de correos, el servicio de protección a la salud, los servicios de transporte colectivo terrestre, los servicios de educación o el servicio de distribución de productos* derivados del petróleo o gas. Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al referirse al servicio de agua potable y de saneamiento, los mismos “constituyen verdaderos servicios públicos, y como tales se encuentran dirigidos *a satisfacer necesidades de interés general o colectivo.*”²⁹

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional para ser considerada como “servicio público” por su vinculación al interés general, corresponde cumplirla *obligatoriamente* al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido como *obligación en la Constitución o en las leyes*,³⁰ como la establecida en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Por tanto, no toda actividad

²⁸ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo No. 592 de 07-05-2009 (Caso: *Universidad de Carabobo vs. Ministerio de Salud*), en *Revista de Derecho Público*, No. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, p. 291.

²⁹ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 224 de 07-02-2007 (Caso: *Armando Casal Casal; Interpretación del Art. 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.568 de fecha 31-12-2001. Véase además, en *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 135 ss. En esta sentencia, la Sala agregó que “Estos servicios públicos, pueden ser de dos tipos: i) “*uti universi*” o ii) “*uti singuli*”. En el primer caso, los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos, en principio, mediante impuesto (vgr. servicios de seguridad y defensa de la nación, policía de seguridad, etc), pues dichos servicios se encuentran directamente vinculados a la vida misma del Estado, siendo la comunidad el verdadero beneficiario. En el segundo de los casos, servicios “*uti singuli*”, excepcionalmente, dichos gastos son pagados a través del impuesto. Por lo general, son pagados por el usuario en su totalidad (gas, teléfono, agua, transporte, etc.) o en parte (correos y telégrafos); pues, de lo contrario tales gastos, mediante el impuesto, recaerían sobre la totalidad de los habitantes en perjuicio de quienes no utilizan dichos servicios. (Ver. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II).” *Idem* p. 138.

³⁰ Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un “servicio público,” pues hay prestaciones que no se imponen obligatoriamente al Estado, sino sólo aquellas que éstos asumen porque cumplen una obligación constitucional o legal. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización, como por ejemplo sucede con los servicios públicos domiciliarios y los servicios de policía, o los servicios de suministro de productos derivados en la industria petrolera, todos para satisfacer necesidades colectivas. Por ello, en las leyes que los regulan, como lo ha constatado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, se declara expresamente que tales servicios constituyen “servicios públicos” atribuyéndose al Estado su prestación.³¹

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los usuarios, es decir, la colectividad o el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, como sucede por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud, que las personas incluso, pueden reclamar judicialmente. Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los “reclamos por la prestación de los servicios públicos” (Art. 259), lo que se regula en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al considerar como sujetos a control “las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional” (Arts. 7.5; 9.5) estableciendo el procedimiento para conocer de “los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos”(Art. 65.1). Estos servicios públicos, por supuesto, no son cualquier prestación o actividad de interés general, sino las actividades prestacionales obligatorias impuestas al Estado respecto de las cuales los ciudadanos tienen derecho de percibirlos en forma regular y continua, teniendo el derecho además para reclamarlos judicialmente.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura legalmente como un servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, en el sentido que esencialmente y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas, exigiendo por ejemplo, para que los particulares puedan desarrollarlos, una concesión, una autorización, un permiso, un

³¹ Véase en relación con el servicio público de electricidad, por ejemplo, la sentencia No. 846 de 31-05-2007 (Caso: *C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio)*), en *Revista de Derecho Público*, No. 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 159-161.

registro o cualquier tipo de autorización o habilitación,³² sometiéndose entonces la actividad a un régimen de derecho público.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado asume y realiza como mero empresario pero que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de una obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales también existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente. Por ello, el servicio público así entendido, como obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley,³³ como es el caso de las previsiones mencionadas, por ejemplo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, pues sólo en los textos legales, conforme al principio de reserva legal previsto en la propia Constitución (Art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.³⁴

Esta noción de servicio público en su sentido propio, como la actividad prestacional obligatoria del Estado destinada a satisfacer necesidades colectivas, es la que se sigue en el derecho venezolano, tanto en la doctrina de derecho administrativo³⁵ como en la jurisprudencia;³⁶ y también en el derecho administrativo

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 68 ss.

³³ Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

³⁴ Precisamente por ello, la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos que señale el Ejecutivo Nacional, destinados al *consumo colectivo interno* (Arts. 59, 60); y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos también reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos *destinados al consumo colectivo* (Art.5). En ambos casos, el elemento esencial es la actividad prestacional para la satisfacción de una necesidad colectiva o de consumo colectivo.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 65-71; “El régimen constitucional de los servicios públicos” en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas 2003, pp. 19-49; José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes, Caracas 2010, 58-79; José Araujo Juárez, “Régimen Jurídico de los servicios económicos de interés general,” en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1.969-1.978; Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001,

comparado, donde a pesar de las sucesivas crisis de la noción,³⁷ la misma no llega a ser identificada con cualquier actividad desarrollada por el Estado, pues carecería de todo sentido.

Al contrario se la vincula con una actividad prestacional para satisfacer necesidades colectivas que debe ser asegurada o asumida por el Estado; y este ha sido el sentido tradicional del término “*service publique*” en la doctrina francesa general de derecho administrativo,³⁸ incluso la más reciente influenciada por las exigencias del derecho comunitario europeo.³⁹ Igualmente ha sido el sentido

pp. 203-209; José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Col. Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 325-345; José Ignacio Hernández G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano,” en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2002, pp. 47-75.

³⁶ Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1811 de 10-12-2011 (Caso: *Tadeo-Anzoátegui, C.A. vs. Municipio Turístico El Morro “Licenciado Diego Bautista Urbaneja” Del Estado Anzoátegui*), al considerar el servicio público de aseo consideró que en el mismo “priva el interés general de la comunidad sobre el particular de la contratista, tratándose de una necesidad básica de la población que comporta la protección de derechos humanos fundamentales, tales como: el derecho a la salud, a la vida digna de la sociedad y a la preservación del medio ambiente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de lo cual la autoridades deben actuar de manera celeré y eficiente para garantizar la debida prestación del servicio.” En *Revista de Derecho Público*, No. 120, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009 pp. 137-139.

³⁷ Véase entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso” en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1882-1956; Diego Zegarra Valdivia, *El servicio Público. Fundamentos*, Palestra, Lima 2005.

³⁸ Véase en general Guy Braibant y Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, 5^e éd., Col. Amphithéâtre, Presses de Sciences-Po – Dalloz, Paris 1999, pp. 139-143; René Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 9^e éd., Col. Domat Droit Public, Montchrestien, Paris, 1995, pp. 513-525; Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, 3^e éd., Coll. Connaissance su droit, Dalloz, Paris 2002, pp. 42-47; Jacques Moreau, *Droit administratif*, Coll. Droit fondamental – Droit administratif, PUF, Paris, pp. 311-316; Jean Waline, *Précis de Droit administratif*, 22^e ed., Coll. Droit public – Science politique, Dalloz, Paris 2008, pp. 339-359.

³⁹ Véase en general, Stéphane Braconnier, *Droit des services publics*, 2^e éd., Col. Thémis droit, PUF, Paris, 2007, pp. 157-184; Claudie Boiteau, «Vers une définition du service public (À propos de l’arrêt du Conseil d’État, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés – APREI),» en *Revue française de droit administratif*, 2007, N° 4, pp. 803-811; Sabine Boussard, «L’éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », en *Revue française de droit administratif*, 2008, N° 1, pp. 43-49; Laetitia Janicot, « L’identification du service public géré para une personne privée, » en *Revue française de droit administratif*, 2008, N° 1, pp. 67-79; Michaël Karpenschif, «Vers une définition communautaire du service public, » en *Revue française de droit administratif*, 2008, N° 1, pp. 58-66; Christophe Le Berre, «La logique économique dans la définition du service public, » en *Revue française de droit administratif*, 2008, N° 1, pp. 50-

tradicional en América Latina, por ejemplo, en la doctrina argentina.⁴⁰ Igual sucede con la doctrina del derecho administrativo anglosajón, donde la expresión “servicio público” tiene precisamente el particular significado relativo a “*public utility*,”⁴¹ expresión que identifica a los servicios *prestados al público en general* por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de estas. En consecuencia, también en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades colectivas o del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad entendida como globalidad, como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de teléfonos, de gas, de electricidad, de agua, pueden considerarse como “servicios públicos.”

En consecuencia, por ejemplo, una actividad prestacional de un servicio de transporte por parte de una empresa privada a una empresa del Estado, para garantizarle el transporte a su personal mediante aviones ejecutivos, no se puede nunca calificar como un “servicio público,” pues es una actividad prestacional, de carácter comercial, si, ciertamente, de un “servicio,” pero no “público” sino en beneficio solo y exclusivamente de una empresa del Estado para la realización de sus actividades cualquiera que ellas sean.

El criterio anteriormente expuesto y la definición de “servicio público”, es la misma que la establecida por la Sala Político Administrativa de la anterior Corte

57; Marceau Long. «Service public et réalités économiques du XIX siècle au droit communautaire, » en *Revue française de droit administratif*, 2001, N° 6, pp. 1161-1168; François Séners, « L’identification des organismes privés chargés d’une mission de service public, » Concl. Sur CE, Sect., 6/4/2007, Ville d’Ais-en Provence, » en *Revue française de droit administratif*, 2007, N° 4, pp. 812-820. Note Jean-Claude Nouence, pp. 821-827.

⁴⁰ Véase por ejemplo, Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2 La Defensa del Usuario y del Administrado, 4ta Edición, Buenos Aires 2000, pp. VI-33 ss.; Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, pp. 509 ss.; Benjamín Villegas Basavilvaso, *Derecho Administrativo*, Vol. III (Primera Parte General, Instituciones Fundamentales), Buenos Aires, 1951. pp. 4 ss.

⁴¹ Véase por ejemplo Peter L Strauss et al., *Administrative Law. Cases and Comments*, University Casebooks Series, New York, 1995, pp. 339 ss. Cf. José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 3, Caracas 2003, p. 381. Conforme al *Black’s Law Dictionary*, el término “*public service*” se aplica a las actividades o entidades “que especialmente satisfacen las necesidades del público en general o que conducen al confort y conveniencia de la comunidad entera, como las compañías de ferrocarriles, de gas, de agua o de luz eléctrica; y compañías que suministran transporte público.” Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener “una apropiada concesión del Estado para satisfacer la necesidad o conveniencia del público general, incapaz de ser satisfecha mediante a través de empresas privadas en competencia.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, p. 210.

Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de agosto de 2004 (caso *DHL Fletes Aéreos C.A.*), según lo indicado a continuación:

“El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José Peña Solís. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7, Caracas 2002. Pág. 433).

Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público.”⁴²

En otra sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No. 825 de 6 de abril de 2004 (Caso: *Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*) al considerar que efectivamente la actividad de intermediación financiera que realizan los bancos está “vinculada con la preservación de un interés general,” sin embargo, dijo la Sala, “no constituye una actividad de prestación de servicio público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales).”⁴³

En el caso de la Ley de Minas, por ejemplo, en la misma no se ha declarado a actividad minera alguna como “servicio público, como en cambio sí ocurrió por ejemplo, como se ha mencionado, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley

⁴² Véase sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 05-08-2004 (Caso: *DHL Fletes Aéreos C.A. y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01002-050804-1995-11546.htm>

⁴³ Véase sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: *Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*), en *Revista de Derecho Público*, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 273-274; ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: *Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal*), en *Revista de Derecho Público*, No. 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 156.

Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos para actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas (servicio de gas por ejemplo). La Ley de Minas, en cambio, lo que estableció fue que para el caso de que alguna de las actividades conexas a la actividad minera (como por ejemplo podría ser el transporte o almacenamiento), lo preste un particular “a terceros como actividad lucrativa,” la ley estableció no que dicha actividad sea un servicio público, sino que “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de la fijación de tarifas por el Estado, es decir, que por considerarse que “revisten el carácter de servicio público [...] en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas” (art. 87)

Es decir, en materia minera la *publicatio* sólo se ha operado respecto de las actividades de exploración y explotación mineras, y no respecto de las actividades auxiliares o conexas, las cuales además de no estar reservadas al Estado, tampoco han sido declaradas como servicio público reservado al Estado, lo cual, por lo demás, en ningún caso podría derivarse de lo que se establece en el artículo 87 de la Ley cuando dispone que cuando algunas de las actividades auxiliares o conexas (almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales):

“sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, *revisten el carácter de servicio público* y, en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas.”

Esta previsión no declara a todas las actividades conexas o auxiliares a la minería como servicio público, sino sólo prevé que cuando alguna de ellas se realice por un particular, concesionario o no, “como actividad lucrativa,” la misma “reviste el carácter de servicio público” a los efectos de que estén “sujetas al pago de las tarifas” que establezca el Ministerio de Energía y Minas.

Ello, por supuesto, tiene un alcance limitado en el marco de las regulaciones económicas, que es el de considerar que ciertas actividades auxiliares o conexas que realicen los particulares (concesionarios o no) como actividad lucrativa “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de sujetar su pago a una tarifa fijada por el Estado; lo que en ningún puede llevar a considerar que se trata de declaratoria general de todas las actividades conexas o auxiliares como “servicio público”, pues ello implicaría la reserva de las mismas al Estado, lo que no está previsto en la ley.

IV. SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN MATERIA DE BIENES Y LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

Así como en materia de servicios públicos se produce una *publicatio* cuando el Estado se una actividad prestacional determinada; igualmente en materia de bienes,

también se produce una *publicatio* cuando el Estado se reserva la propiedad o titularidad de dichos bienes al declararlos como del dominio público.

El Código Civil, en efecto, clasifica los bienes según las personas a quienes pertenecen, indicando que “pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares” (art. 538).

Todos esos bienes, en general, de acuerdo con el Código Civil, se rigen por el régimen regulado en el mismo Código respecto de la propiedad privada, que incluso se aplica a los bienes del “dominio privado” del Estado (art. 544: “Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas”), quedando exceptuados sin embargo, aquellos bienes pertenecientes a las entidades públicas, respecto de los cuales se haya producido una “*publicatio*” al haber sido reservados al Estado, al decláraselos como del dominio público, lo que implica que los mismos son inalienables e imprescriptibles (art. 543 CC.), encontrándose en consecuencia sometidos a un régimen de derecho público.

La enumeración clásica de bienes del dominio público en el Código Civil establecida desde finales del siglo XIX, que se refiere a “los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes” (art. 539), se complementó durante el transcurso del siglo XX con nuevas regulaciones en leyes especiales, como la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2012, reformada en 2014⁴⁴ y con la previsiones constitucionales incorporadas en la Constitución de 1999, respecto de los yacimientos mineros que se los declara expresamente como bienes del dominio público. En esa misma línea, la Ley de Minas de 1999 estableció que “las *minas o yacimientos* minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.”

Todos los bienes del dominio público, por tanto están reservados al Estado, y los mismos se clasifican en el Código Civil, como de uso público o de uso privado de los entes públicos del Estado (art. 540). Los primeros abarcan aquellos bienes de uso común a los que el público en general puede acceder aun cuando existan regulaciones estatales para su ejercicio, por ejemplo, el poder circular en las vías públicas o navegar en las aguas.

Los bienes del dominio público de uso privado del Estado, por otra parte, son aquellos respecto de los cuales el Estado se ha reservado su uso y explotación, no

⁴⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6155, de 19 de noviembre de 2014. Véase sobre esta Ley: también Allan R. Brewer-Carías, *Código de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013 páginas 115 ss.

teniendo las personas derecho de uso de los mismos, como es el caso, por ejemplo, del uso y explotación de los yacimientos mineros, salvo cuando el Estado le concede a los particulares el ejercicio exclusivo de esas actividades que se ha reservado, mediante el otorgamiento de una concesión, *creando* en cabeza del concesionario a través de esta figura jurídica el derecho que se le concede y que antes no tenía.

V. SOBRE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Por último, otra noción fundamental en el campo del derecho público o privado, particularmente relacionado también con la contratación pública, es la noción de “orden público” que en el ordenamiento jurídico venezolano se refiere a la condición que tienen determinadas previsiones legales que por su contenido y significación para el orden jurídico, son de aplicación inmediata, de carácter mandatorio e imperativo, incluso para contratos existentes, y que no pueden en forma alguna relajarse o modificarse por convenios entre particulares. De allí la previsión del artículo 6 del Código Civil, que dispone que “no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”

Este concepto de normas de orden público se aplica por tanto a disposiciones legales que conciernen al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, o que conforman la estructura básica de la sociedad, o que establecen limitaciones a la libertad económica como la propia libertad de contratar (lo que sólo puede hacerse mediante ley formal), como por ejemplo, en materia de derecho público general, son las que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, entre ellas las competencias de los jueces, aquellas que conciernen, por ejemplo, a los poderes tributarios de las entidades públicas, al debido proceso de garantías legales o las que se refieren a la inalienabilidad de bienes del Estado, como son los del dominio público, todas las cuales son de aplicación obligatoria y ninguna de las cuales puede relajarse por convenios entre particulares⁴⁵. En el campo del derecho privado, por otra parte, que fue donde se

⁴⁵ Por ejemplo, en la Decisión No. 276 de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia del 31 de Mayo de 2007, se considera como norma de orden público no es cualquiera, sino las de *orden público constitucional* en relación con la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa que son las que con razón se consideran en la sentencia como de orden público, y respecto de las cuales en la misma se afirma que: “el concepto de orden público representa una noción que *crystaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional*, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuándo se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público” (Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0276-310502-00959.HTM>).

originó el concepto, se consideran como normas en las que está interesado el orden público, todas las relativas al estado de las personas, como por ejemplo, las relativas al matrimonio, la *patria potestad*, el divorcio o la adopción.⁴⁶

Como lo explicó Joaquín Sánchez-Covisa:

“Las *normas de orden público* son aquellas normas que encarnan en un momento dado el concepto objetivo de justicia que rige en una colectividad humana. Al establecer una norma de orden público, el Estado determina el “deber ser” forzoso e imperativo que exige en ese momento la conciencia jurídica colectiva. Es por eso que tales normas no pueden ser renunciadas ni relajadas por convenios entre particulares. En tal sentido, el deber de fidelidad entre los cónyuges, la indemnización de los accidentes profesionales o el pago de impuestos no pueden ser relajados por la voluntad de los particulares. Son normas de orden público y, en cuanto tales, representan la idea de lo objetivamente justo en una comunidad jurídica de nuestros días.”⁴⁷

Conforme a este concepto, el mismo Sánchez-Covisa argumentó que “la puesta en vigor de una norma de orden público significa que un nuevo concepto objetivo de justicia es exigencia imperiosa de la colectividad en un determinado sector de la vida social, o sea, que es un concepto definido del interés colectivo que rige en las materias afectadas por la norma en cuestión.”⁴⁸

Dentro de estas disposiciones de orden público se mencionan, por ejemplo, las que “regulan la duración de la jornada de trabajo, la tarifa de transporte o la participación del empleado en las utilidades de la empresa,”⁴⁹ siendo así la “naturaleza de la provisión” el único aspecto que permite calificar una disposición como de “orden público” y por lo tanto de aplicación obligatoria.⁵⁰ Entre esas

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 316-323.

⁴⁷ Véase Joaquín Sánchez-Covisa, *La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2007, p.179. En este mismo sentido, Francisco López Herrera, citando a Henri Lepge (*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruilant, Bruxelles, 1941-1949, Vol. I, o. 101), “declaró que “las disposiciones y leyes de orden público son las que se refieren a los intereses esenciales del Estado que afectan a la colectividad, o que fijan en el derecho privado el fundamento jurídico fundamental basado en el orden económico y moral de una sociedad determinada. Para determinar que una provisión como de orden público, es necesario analizar en cada caso, el espíritu de la institución y examinar qué y por qué tiene relación con las demandas esenciales de la colectividad o la base fundamental del derecho privado.” Véase Francisco López Herrera, *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*, Caracas 1952, p. 96.

⁴⁸ *Idem*, p. 180.

⁴⁹ *Idem*, p. 185.

⁵⁰ *Idem*, p. 206.

normas de orden público, en el ámbito del derecho público, están, como antes se ha indicado, las disposiciones de las leyes en las cuales se atribuyen competencias a los órganos o entes de la Administración Pública, por lo que por ejemplo, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,⁵¹ al regular el principio de la competencia dispone que:

“Artículo 26. Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y *no podrá ser relajada por convención alguna*, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativo”.

Ahora bien, aplicando estos conceptos al ámbito de los contratos, incluyendo los contratos públicos, los mismos entonces se rigen fundamentalmente por lo acordado por las partes en sus cláusulas, siéndoles aplicable las normas del Código Civil y de las demás leyes que rigen por ejemplo determinados sectores de actividad, o en general a los contratos públicos, en forma supletoria, salvo que contengan disposiciones de orden público en cuyo caso las mismas son de aplicación obligatoria en los contratos sin que las partes puedan relajarlas mediante convención. Por ello, es obligación de las partes en los contratos, identificar las normas de orden público que puedan estar establecidas en los textos de las leyes que puedan ser aplicables a la relación contractual, y que no pueden comprometerse mediante cláusulas contractuales, siendo absolutamente excepcional el que la totalidad de las disposiciones de una Ley sean declaradas expresa y globalmente como de orden público.

Una excepción en Venezuela fue por ejemplo, la Ley de Precios Justos se 2014⁵², en cuyo artículo 2 se dispuso que “Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciabiles por las partes;” y de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos de 2009 en cuyo artículo 7 se estableció que “Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y se aplicarán con preferencia a cualquier otra disposición legal vigente en la materia.”⁵³

En el caso del régimen de los contratos públicos, la Ley de Contrataciones Públicas de 2014,⁵⁴ como cuerpo normativo que se aplica a todos los contratos públicos que tienen por objeto la adquisición de bienes, la prestación de servicios y ejecución de obras (art. 1) celebrados por los entes públicos que se enumeran en la

⁵¹ Véase en *Gaceta Oficial* No. 6147 de 17 de noviembre de 2014.

⁵² *Gaceta Oficial*, N° 40.340 de 23-01-2014

⁵³ *Gaceta Oficial* N° 39.173 de 7 de mayo de 2009

⁵⁴ *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extra. de 19 de noviembre de 2014

misma (art. 3), no contiene alguna declaración similar de carácter general que declare que todas sus disposiciones son de orden público, lo que no excluye por supuesto que la misma contenga algunas disposiciones que pueden considerarse como de orden público, como lo son las relativas a los procesos de selección de contratistas para adjudicación de contratos, o aquellas que por referirse a competencias del poder público atribuidas a los órganos o entes públicos, son de obligatoria aplicación.

Es decir, la Ley de Contrataciones Públicas en su globalidad no es una ley de orden público, ni así ha sido declarada en su texto, ni en el artículo 1º de la misma se ha declarado que todas sus normas sean de “obligatorio cumplimiento.” La última frase del artículo 1º, que declara mandatorio los “procesos” regulados en la Ley, que se agregó en la reforma de la Ley en 2014, debe considerarse sólo como una ratificación de que las disposiciones de la ley que se refieren a los “procesos de adjudicación de contratos o selección de contratistas” que si son obligatorias, y que se refiere al aspecto medular que dio origen a la Ley.

En efecto, desde la promulgación de la Ley de Licitaciones en 1990,⁵⁵ que fue sustituida por la Ley de Contrataciones Públicas dictada en 2008,⁵⁶ el propósito del legislador fue básicamente regular los procesos de selección de contratistas para la adjudicación de los contratos públicos, habiendo la nueva Ley continuado básicamente regulando dichos procesos, casi exclusivamente. Por ello, al comentar dicha Ley de Contrataciones Públicas de 2008, expresamos que:

“a pesar de su nombre, la Ley ni regula todos los contratos estatales, ni regula la actividad de contratación pública en general de los entes públicos ni de las Administraciones Públicas (nacional, estatal y municipal). En realidad, sigue siendo, con algunas modificación una Ley de delimitado alcance, destinada básicamente a regular el procedimiento de selección de contratistas (licitación) y respecto de ciertos (no todos) los contratos públicos. Por ello, la única Ley precedente que deroga expresamente esta nueva Ley es la vieja Ley de Licitaciones, por lo que en su parte medular, sigue siendo un cuerpo normativo destinado a regular el régimen de selección de contratistas (art. 36 a 92) en ciertos contratos públicos.”⁵⁷

La reforma de dicha Ley de 2014, como se expresó en la Exposición de Motivos de la misma que la precede en la publicación en la *Gaceta Oficial*, estuvo motivada por la preocupación sobre la persistencia de “algunas deficiencias significativas en los procesos,” y el propósito de reforzar los procesos de adjudicación de contratos y selección de contratistas de conformidad con la

⁵⁵ *Gaceta Oficial*, N°39.181 del 19 de mayo de 2009

⁵⁶ La última reforma fue publicada en *Gaceta Oficial*, N° 5.556 Extra. de 13 de noviembre de 2001

⁵⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 11-12.

disposiciones de la Ley. Por ello, sin duda, el propósito de la introducción en el texto de la reforma de la Ley en 2014, de la última frase del artículo 1º, era ratificar el carácter de “obligatorio cumplimiento” de “los procesos referidos en la Ley” que no son otros que los destinados a la adjudicación de contratos y selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado, contratación directa, contratación electrónica).

Esos procesos de selección de contratistas, y no la totalidad de los artículos y previsiones de la ley, son los que el legislador quiso reforzar en su imperatividad al ratificar que son de obligatorio cumplimiento. Los mencionados procesos fueron establecidos desde la promulgación de la *Ley de Licitaciones* de 1990 y luego, como se dijo, incorporados en el texto de la Ley de Contrataciones Públicas del 2008, indicando igualmente su carácter de obligatorio cumplimiento. Por lo tanto, la reforma de 2014, con el agregado de la mencionada última frase del artículo 1º, en realidad no innovó en nada, sino que ratificó el carácter de los procesos de selección de contratistas como de cumplimiento obligatorio.

Pero además de las previsiones de la Ley relativas a los procesos de selección de contratistas, en la Ley de Contrataciones Públicas también se han regulado expresamente en dicha Ley diversas potestades de la Administración contratante en relación con todos los contratos públicos, como por ejemplo, las potestades de modificación unilateral de las condiciones de ejecución de las prestaciones objeto del contrato (arts. 130, 131); de sancionar las faltas del contratante (Art. 139); y de rescisión unilateral del contrato (Art. 127; arts. 152 ss.).⁵⁸ Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contratante, deben considerarse como previsiones de orden público, independientemente de que puedan ser objeto de regulación en las cláusulas de los contratos públicos, como sucede con frecuencia.

Por último, debe precisarse que como solo en las leyes se pueden establecer previsiones de orden público, por tratarse de disposiciones limitativas a la libertad de contratar, que es manifestación de la libertad económica, las mismas en ningún caso podrían establecerse en reglamentos, como por ejemplo el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, a cuyas normas en ningún caso podría atribuírseles el carácter de orden público.

New York, julio 2017

⁵⁸ Véase Carlos García Soto, “Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la ley de Contrataciones Públicas y su reglamento,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 198 ss.; y José Ignacio Hernández, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana,” en Allan R. Brewer-Carías, et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2012, pp. 184-186.