

LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMPETITIVOS Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

SUMARIO: I. Introducción. II. La libertad de empresa y las actividades económicas declaradas servicios públicos. III. El viraje progresista respecto a la convivencia de la libertad de empresa y los servicios públicos. IV. La actual confusión reinante sobre la libertad de empresa en las actividades económicas de interés general. V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La restricción de la libertad económica durante un prolongado periodo de 30 años, produjo que la mayoría de las actividades económicas fuesen reguladas mediante Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, en la casi totalidad de los casos con prescindencia de una ley que le sirviese de fundamento. Ello aunado a la concepción de política económica imperante —fundamentalmente durante la década de 1970—, producto de la aplicación de la Decisión núm. 24, del Acuerdo de Cartagena, relativa al Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, condujo a que dichas actividades económicas en algunos casos fuesen reservadas al Estado de manera monopólica o a los inversionistas nacionales y en otros fuesen consideradas servicios públicos, aun cuando no se estableciesen bajo la modalidad de monopolio. A la construcción del derecho de los servicios públicos, contribuyeron decididamente la doctrina científica¹ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

¹ Son obras de consulta obligada, el artículo de Brewer Carías, A., “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus conse-

Durante todo estos años, el estudio de la libertad económica² también denominada libertad de empresa, no pasaba de ser un análisis intelectual sin mayores consecuencias en la realidad social, porque a pesar de las justificadas críticas que podían formularse respecto a la anormalidad constitucional que implicaba una prolongada e irrazonable restricción de dicha libertad,³ no existía voluntad política por efectuar un cambio respecto a tal situación, dado que así cada gobierno consideraba que podía actuar con la mayor discrecionalidad, para regular como mejor le pareciese dentro del estado de excepción constitucional, las actividades económicas en las que se encontraba presente el interés general.

Una vez restituida la vigencia de la libertad económica en 1991, se produce la necesidad de replantearse determinados conceptos que se habían convertido en auténticos tópicos —que aún perviven en las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia—, que permitieron construir una visión de los servicios públicos en Venezuela, a través de las aportaciones que hicieron los juristas nacionales influenciados por la doctrina científica francesa e italiana.

Sin embargo, la nueva realidad constitucional, la plena vigencia de la Constitución imponía la revisión de muchos de los análisis efectuados hasta ese momento, lo que implicó comenzar a utilizar en el lenguaje jurídico, nociones como la libertad de empresa, la libre competencia, la prohibición de monopolios privados, la interdicción del abuso de posición de dominio, la libre y leal competencia.

Es así como el nuevo escenario constitucional conduce al análisis de los derechos económicos reconocidos en la Constitución y es preciso señalar-

ciencias”, *Revista de derecho público*, Caracas, núm. 6, 1981, pp. 189-193; Fuenmayor Espina, A., “Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Instituciones fundamentales”, *El Nacional*, Caracas, 2001, pp. 48-62; Varios autores, *Servicio público. Balance y perspectiva*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999, que ha sido calificada por el jurista Allan Brewer Carías, como “la obra más completa que se ha publicado en Venezuela sobre el tema...”. *Régimen constitucional de los servicios públicos. El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*, Caracas, Funeda, 2002, t. I, p. 22; y más recientemente, de Araujo Juárez, J., *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003.

² Cfr. Brewer Carías, A., “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, *Estudio sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, t. II, pp. 1200-1246.

³ Melich Orsini, J., “Comentarios sobre la inconstitucionalidad de las medidas restrictivas de la libertad económica”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 1, 1980, pp. 51-54.

lo desde ahora, no se trata de analizar éstos aisladamente, sino en concordancia con los demás derechos que han obtenido un reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Ello es así, porque la libertad de empresa no es un derecho absoluto, sino que constituye un derecho sometido a las limitaciones y restricciones que impongan la Constitución y la ley, en el marco de una economía social de mercado.⁴

Así las cosas, se llegó al año 1999, momento en que se aprueba la nueva Constitución, que va a servir de fundamento jurídico para la realización de las reformas legales respecto de las actividades económicas que seguían siendo consideradas servicios públicos —sin un fundamento jurídico preciso—, aun después de haberse producido la restitución de la libertad de empresa.

Es así como actualmente se ha efectuado una reforma jurídica que ha producido importantes consecuencias en las actividades económicas que tradicionalmente habían sido consideradas servicios públicos y que algunos en la doctrina científica, así como muchas sentencias no han logrado asimilar, lo que conduce a precisar que se produjo una reforma constitucional y legal, pero no un cambio en la mentalidad de los operadores jurídicos, quienes están llamados a analizar, interpretar y aplicar las instituciones de conformidad con la Constitución y las leyes.

Justamente es la preocupación que produce tal desconocimiento del ordenamiento jurídico positivo lo que lleva a efectuar una sucinta aproximación a la evolución histórica de la regulación de los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa, teniendo presente que este trabajo ha sido redactado de manera paralela y complementaria a la ponencia sobre “La regulación de los servicios públicos económicos”,⁵ en la cual se exponen los cambios experimentados a nivel de principios en las actividades tradicionalmente calificadas como servicios públicos.

El presente análisis se efectuará basado en la doctrina científica y las sentencias de los órganos jurisdiccionales, que se han pronunciado sobre

⁴ Sobre la economía social de mercado que emerge de la Constitución, puede consultarse Hernández-Mendible, V.R., en “La regulación económica. Tendencias actuales del derecho público”, *Libro homenaje a los 50 Años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 2004, www.hernandezmendible.com

⁵ La ponencia sobre “La regulación de los servicios públicos económicos” fue presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, realizado en la ciudad de Guayaquil, en Ecuador, durante los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2004, con motivo de la reunión de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.

las actividades económicas que directa o indirectamente se han considerado como servicios públicos. Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo en tres partes, a saber: La libertad de empresa y las actividades económicas declaradas servicios públicos; El viraje progresista respecto a la convivencia de la libertad de empresa y los servicios públicos; La actual confusión reinante sobre la libertad de empresa en las actividades económicas de interés general.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DECLARADAS SERVICIOS PÚBLICOS

En el ordenamiento jurídico venezolano, históricamente se ha pretendido plantear la incompatibilidad entre la libertad de empresa y las actividades económicas declaradas servicios públicos. A ello han contribuido razones de carácter jurídico, político y económico que llevan a analizar la realidad nacional de una forma muy precisa, por ser distinta de otros países de la región.

1. *Los elementos identificadores de los servicios públicos*

Tal como se ha precisado en otras oportunidades, desde el 23 de enero de 1961 hasta el 10 de julio de 1991, estuvo restringida la libertad de empresa, lo que supuso que durante ese tiempo, el Poder Ejecutivo consideró y reguló determinadas actividades económicas como servicios públicos, aun cuando no se habían cumplido las condiciones técnico-jurídicas para ello. En tal sentido, debe destacarse, que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 30 de julio de 1963, al analizar el servicio público estableció que es “aquella actividad administrativa destinada a dar satisfacción a las necesidades de interés general [*elemento material*], dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al derecho público [*elemento normativo*], y los empleados del órgano administrativo que lo prestan son funcionarios públicos [*elemento orgánico*]”.

Esta sentencia menciona los tres elementos que en criterio del Supremo Tribunal, permiten identificar la existencia de un servicio público. Por su parte, la doctrina científica ha coincidido en considerar que existen tres elementos identificadores de los servicios públicos:⁶ uno de carácter sub-

⁶ Rodríguez Laverde, N., “Servicio público y potestad administrativa: Fines y medios del derecho administrativo”, *Servicio público. Balance y Perspectiva*, Vadell Herma-

jetivo, otro de carácter objetivo y un tercero de carácter formal, que se mencionarán a continuación.

- a) El elemento orgánico o subjetivo, que implica la presencia de la titularidad estatal en la actividad considerada como servicio público. Tal titularidad se establece mediante la denominada *publicatio o publicación*, es decir, la declaración formal de la misma mediante un acto jurídico de naturaleza constitucional o legal.⁷

Tal declaración de titularidad estatal sobre los servicios públicos conduce a que éstos se constituyan en una responsabilidad del Estado, que tiene la obligación de prestarlos, en principio directamente, pero que pueden ser prestados por los particulares, previa obtención de la correspondiente habilitación administrativa.⁸

- b) El elemento material u objetivo implica la existencia de un interés público o general cuya satisfacción justifica la asunción de la titularidad estatal en la actividad de servicio público. Si el interés general no existiera, no habría razón alguna para la intervención estatal en la respectiva actividad. Es por ello que se considera que dicho interés constituye la causa legitimante que utiliza el poder público para asumir la realización de actividades indispensables para la colectividad, para satisfacer las necesidades básicas de todas las personas.

nos Editores, Caracas, 1999, p. 52; Araujo Juárez, J., “Régimen jurídico de los servicios públicos económicos de interés general”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. II, pp. 1970 y 1971.

⁷ La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 26 de julio de 1984, caso Despachos Los Teques, sostuvo: “ Toda calificación jurídica de ‘utilidad pública’ que pesa sobre cierta actividad económica, comporta no sólo la posibilidad de un tratamiento especial por parte del Estado, sino principalmente una limitación a la libertad de ejercicio de actividades lucrativas por parte de los ciudadanos, motivo fundamental para que se haya exigido tradicionalmente que tal calificación deba estar prevista o predispuesta, en la forma explícita o implícita, en un instrumento de rango legal, por ser la regulación de dicha libertad reservada a la competencia del legislador”.

⁸ La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia de 5 de octubre de 1970, caso Cantv, señaló: “ el régimen económico del Estado es el propio de una economía mixta, en el cual la actividad productiva la comparten los sectores públicos y privados, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado se responsabilice directamente o por medio de un órgano controlado por él, entre otros motivos por razones de conveniencia nacional según dice el constituyente”.

- c) El elemento formal o normativo, que se aprecia en la presencia de un régimen jurídico exorbitante del derecho civil, valga decir, que la actividad se encuentra regulada por el derecho público, que regirá las relaciones jurídicas que se establecen entre el titular de la actividad y los usuarios del servicio público. Tal régimen jurídico rige en aquellos casos en los cuales la prestación es realizada por los particulares que colaboran con el poder público, en la satisfacción del interés general presente en el servicio público. Debe recordarse que este elemento no es aceptado por un sector de la doctrina científica, que lo considera más que un criterio identificador de una actividad como servicio público, una consecuencia de tal declaratoria y que, por lo tanto, no siempre debe estar presente.⁹

2. *El tratamiento otorgado a la existencia de la libertad de empresa*

La Constitución de 1961 reconocía el derecho a la libertad de empresa, en el artículo 96, pero sometida a las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.¹⁰ Este derecho tenía como contrapartida la obligación del Estado de proteger la libre iniciativa privada, sin que ello constituyese un obstáculo para planificar, racionalizar y fomentar la producción y regular la circulación, la distribución y el consumo de la riqueza, con la finalidad de impulsar el desarrollo del país (artículo 98), es decir, que en el ámbito de la actividad económica el Estado podía regular, promover o fomentar la iniciativa privada, planificar el desarrollo de la misma, aunque de manera indicativa, todo ello con la finalidad de lograr el desarrollo económico nacional.

Entre las limitaciones a la libertad de empresa establecidas en el artículo 97 de la Constitución, se establecía como principio general la prohibición de monopolios privados, aceptándose que conforme a la ley, se po-

⁹ Rivero, J., *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 480 y 481; De Laubadère, A., *Traité de Droit Administratif, Les grands services publics administratifs*, París, 1981, t. 3.

¹⁰ El artículo 96 de la Constitución de 1961 señalaba: “Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social. La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios, y en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica”.

drían otorgar concesiones temporales con carácter exclusivo, para la explotación de servicios de interés público. Además, se admitía la posibilidad que el Estado se reservase determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional.¹¹

Tales disposiciones fueron analizadas por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en la sentencia de 20 de julio de 1965, oportunidad en la cual realizó una comparación entre las normas de la Constitución de 1936, que permitieron la sanción de la Ley de Telecomunicaciones¹² y la entonces vigente Constitución de 1961. En esa ocasión la Corte sostuvo lo siguiente:

En efecto, la Constitución nacional de 1936, bajo cuyo régimen fue dictada la vigente Ley de Telecomunicaciones, luego de garantizar “la libertad del trabajo y de las industrias”, previene que “se otorgarán conforme a la ley, los privilegios temporales relativos a la propiedad intelectual, patentes de invención y marcas de fábrica, y de los que se acuerden, también conforme a la ley y por tiempo determinado, para el establecimiento y explotación de ferrocarriles, empresas de navegación aérea, canalización, tranvías, fuerza hidráulica, líneas telefónicas o telegráficas y sistemas de comunicación inalámbrica, cuando tales obras se llevan a cabo o se instalan a costa del concesionario...”; y asimismo, que el Poder Federal queda facultado, entre otras cosas, “para reservarse el ejercicio de determinadas industrias para asegurar los servicios públicos y la defensa y crédito de la nación...” (artículo 32, ordinales 8o. y 9o.)... Sustancialmente, en nada difiere del texto constitucional actual (artículos 96, 97, 98 y 100). En consecuencia, la Ley de Telecomunicaciones, de 1940, vigente también durante el ejercicio reparado, previene, por su parte, que “el establecimiento y explotación de

¹¹ El artículo 97 de la Constitución de 1961, establecía: “No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público. El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control. La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado”.

¹² La Ley de Telecomunicaciones de 1940 señala en su artículo 1: “Salvo lo dispuesto en esta ley o en leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos, u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado... (*omissis*)”.

todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilo o sin ellos, y otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado”, pero que, sin embargo, el Ejecutivo Federal podrá otorgar permisos y concesiones a particulares para el establecimiento y explotación, o para empleo con fines educativos, de los servicios expresados, cuando cumplidas por aquellos las formalidades establecidas en los reglamentos, garantice el Estado que el permiso o la concesión no perjudica sus propias instalaciones, ni la de los anteriores concesionarios, llene una necesidad de efectivo progreso (artículo 1).

En este fallo se reconoce la constitucionalidad de la reserva que efectuó el Estado sobre la actividad económica de las telecomunicaciones, pudiendo otorgar a los particulares títulos habilitantes para explotar dicha actividad. Sin embargo, es preciso advertir, que las telecomunicaciones no surgieron ni se desarrollaron bajo un régimen de exclusividad, sino que incluso con la ley que regulaba la reorganización de los servicios de telecomunicaciones, se estableció un contrato de concesión entre la República y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, por un periodo de 25 años, para que ésta prestase los servicios de telecomunicaciones mencionados en dicho contrato, sin que ello impidiese que los operadores privados pudiesen explotar la actividad, previa obtención del respectivo título habilitante.¹³

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia de 5 de octubre de 1970, caso Cantv, vuelve sobre la interpretación de las normas constitucionales que regulan la libertad de empresa en el sector de las telecomunicaciones y sostiene lo siguiente:

Al conjunto de actividades que es reservado a los particulares en los países de régimen capitalista (y que en razón de ello se denomina “sector privado” por oposición al “sector público”), alude el constituyente al consagrar la libertad de comercio e industria en los siguientes términos: “Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución, y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otros de interés social”. “El

¹³ Ley que regula la reorganización de los servicios de telecomunicaciones, de 8 de julio de 1965.

Estado —añade seguidamente el constituyente— podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional”; “podrán otorgarse, de conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y explotación de obras y servicios de interés público”. De consiguiente, las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones. Y en razón de ello, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado, para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado reasuma la responsabilidad de prestar el servicio directamente o por medio de un órgano controlado por él, entre otros motivos por “razones de conveniencia nacional” según dice el constituyente en las disposiciones antes citadas.

Sin embargo, debe tenerse presente que ni la Constitución de 1961, ni la Ley de Telecomunicaciones, ni las sentencias parcialmente transcritas mencionan expresamente que la actividad económica de las telecomunicaciones constituye un servicio público.

Fue posteriormente, cuando la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias de 5 de mayo de 1983, 11 de diciembre de 1990, y 1 de agosto de 1991, finalmente ratificadas por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia de 13 de febrero de 1997, caso Venevisión, se pronunció en los siguientes términos:

De esta forma y como también ha tenido ocasión de precisar la Corte anteriormente, *todo lo relativo a la actividad de telecomunicaciones queda en definitiva erigido en auténtico servicio público de titularidad estatal y de competencia nacional*, conforme a lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley de Telecomunicaciones y por los numerales 22 y 24 del artículo 136 de la Constitución, servicio que si bien es susceptible de ser prestado por particulares mediante el previo otorgamiento de “permisos o concesiones”, en términos del mismo artículo 1o. del texto legal citado, queda sujeto en todo caso a un especial régimen jurídico que comprende el ejercicio por la administración, precisamente en defensa del interés público, de incidentes, poderes de regulación, dirección, vigilancia, inspección, control e intervención, a los que el prestatario privado acepta sumirse al solicitar y obtener la concesión o el permiso, quedando así vinculado a una indiscutible relación de sujeción especial respecto de la administración concedente en todo lo

concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio (*cfr.* Sentencias de la Sala Político Administrativa de 5/5/83, de 11/12/90 y de 1/8/91).

Tal como lo expresé, la Constitución de 1961 señalaba en el artículo 136, numeral 22, que “es de la competencia del Poder Nacional: el correo y las telecomunicaciones”, sin calificar dichas actividades económicas como servicios públicos; en tanto que el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones se concretaba a establecer la “exclusividad del Estado”, es decir, la reserva, pero admitiendo la participación privada en la explotación de la actividad, lo que implicaba una *publicatio* media.¹⁴

Esto lleva a formular como conclusión preliminar que la consideración de una actividad económica como servicio público debía estar precedida de una declaración formal y expresa de rango constitucional o legal, cuando se requería la realización de una prestación necesaria para la satisfacción del interés general, en cuyo caso se establecería un régimen jurídico de derecho público. No obstante tal situación, aun cuando existía la convicción mayoritaria en la doctrina científica y en la jurisprudencia respecto a que la presencia de un servicio público excluía absolutamente la libertad de empresa, ello no estaba expresamente establecido así ni constitucional, ni legalmente, en razón de lo cual la exclusión absoluta de dicha libertad —entrar, permanecer y retirarse—, podía considerarse ajena a la Constitución.

Existen hechos empíricamente demostrables que confirman tal aserto. En efecto, bajo la vigencia de la misma Constitución de 1961 y de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, cuyo artículo 1o. conservaba la “exclusividad del Estado” sobre la actividad de las telecomunicaciones, se desarrolló un primer periodo en que existían varios operadores privados, luego se produjo la estatización de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela en 1965, que actuó en el marco de la denominada concurrencia limitada durante 25 años y posteriormente se privatizó parcialmente la empresa estatal y se permitió la participación de otros operadores privados, a partir de 1991, en un proceso de liberalización que se ha visto com-

¹⁴ Gómez-Ferrer Morant, R., “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. V, pp. 3825 y 3826; Martínez López-Muñiz, J. L., “La *publicatio* de recursos y servicios”, *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al profesor, doctor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 700.

plementado con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000. Esto lleva a señalar, que aun admitiendo la tesis predominante que tal exclusividad del Estado implicaba la presencia de un servicio público, ello no impidió la existencia de varios operadores explotando y compitiendo en las actividades de telecomunicaciones.

El anterior no es el único caso, pues puede observarse que el artículo 1o. de la Ley de Correos señala que éste “es un servicio público prestado exclusivamente por el Estado, que se regirá por las disposiciones de la presente Ley y sus Reglamentos y por las Convenciones, Acuerdos y Tratados Postales ratificados por la nación”. Sin embargo, a pesar de existir una declaratoria formal de servicio público y la obligación de prestación exclusiva por el Estado, con fundamento en el artículo 13, literal b) de la Ley de Correos, se dictó el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos,¹⁵ que ha permitido la participación de varios operadores privados en la prestación del servicio de correos, quienes una vez obtenida la respectiva habilitación administrativa, compiten entre sí para captar a los usuarios.

Dado que la realidad con frecuencia se impone a los dogmas, se procederá a estudiar los cambios experimentados a finales de la década de 1990.

III. EL VIRAJE PROGRESISTA RESPECTO A LA CONVIVENCIA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En la concepción tradicional de los servicios públicos, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia coincidían en señalar que no existía libre ejercicio de la actividad económica cuando se estaba en presencia de actividades que estaban reservadas al Estado. Esta afirmación se justificaba en la idea que la limitación legalmente desarrollada con fundamento en la propia norma constitucional tenía tal alcance que impedía la libre competencia y, más aún, la libre escogencia de ese sector de la actividad econó-

¹⁵ El Decreto núm. 2180, de 28 de julio de 1983, que contiene el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos, fue publicado en la Gaceta Oficial núm. 32.784, de 8 de agosto de 1983 y tiene su basamento legal en el artículo 13, literal b) de la Ley de Correos, que expresamente señala: “Es obligatorio valerse del Correo para enviar correspondencia de Primera Clase. Sin embargo, podrán los particulares ser portadores de correspondencia en los siguientes casos: ... b) Por estar autorizado, conforme a los reglamentos, por falta absoluta o poca frecuencia del servicio oficial”.

mica.¹⁶ Sin embargo, ante esta tesis se ha planteado una posición revisionista, que reconoce la posibilidad de convivencia de los derechos económicos en el contexto de las actividades que han sido calificadas como servicios públicos.

1. *El nuevo enfoque de la libertad de empresa en la jurisprudencia previa a la Constitución de 1999*

Ante esta interpretación clásica, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 375, de 18 de junio de 1998, caso Avena, inicia una etapa de reinterpretación constitucional en la cual estableció:

En el presente caso, emerge que, la actividad aeronáutica es un servicio público por calificación expresa de la ley, pero no así una actividad reservada al Estado. Incluso es posible dentro de un sistema de reserva (siempre y cuando no lo impida en forma expresa una norma, como fuera el caso de la industria de los hidrocarburos) que el Estado otorgue concesiones a varias empresas, lo cual las va a colocar entre sí en condiciones de competencia.

Tal como se aprecia del texto transcrito, el fallo comienza por señalar que una actividad económica declarada servicio público, no siempre implica una reserva y que aun establecida ésta —tal como sucede en el caso de las telecomunicaciones— los particulares pueden explotar dicha actividad económica en régimen de libre competencia, siempre que obtengan la respectiva habilitación administrativa, pues en tal caso, la reserva en sí misma, no implica la constitución de un monopolio estatal, como sucedía en el sector de los hidrocarburos.¹⁷ Al ahondar en esta tesis, la Sala sostiene:

¹⁶ *Cfr.* La sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 9 de abril de 1997, caso Arnaldo González Sosa, referida por la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 19 de noviembre de 1998, caso Omnivisión.

¹⁷ Respecto al estado actual del sector hidrocarburos, se recomienda Brewer Carías, A., “El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: Desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Caracas, Funeda, 2004, pp. 15-58; Araujo Juárez, J., “La reserva al Estado y la participación del sector privado en la industria petrolera de Venezuela”, *Estudios jurídico políticos en homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

En efecto, las nociones de libertad económica y reserva del Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una “reserva” en los términos señalados, se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre concurrencia, de acceder al ejercicio de la actividad.

Tal interpretación da inicio a una nueva etapa, porque permite considerar que en la concepción moderna del Estado de derecho, la reserva de la actividad económica de las telecomunicaciones o de correos implica la existencia de una titularidad de la administración —que se ha denominado anteriormente *publicatio* media—, pero no la existencia de un monopolio a favor de ésta, en razón de lo cual, la reserva debe convivir con las libertades públicas, referidas a la libertad de empresa y la libre competencia,¹⁸ en virtud de lo cual la sentencia considera:

Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitado, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general.

Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados. Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de libertad económica aun en el contexto de actividades reservadas no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de “telefonía celular” y la “explotación de la industria del fósforo” en las que se verifica la presencia de más de una empresa capaces de competir entre sí, con base en las reglas

¹⁸ En sentido contrario se pronuncia en la doctrina científica uruguayo el profesor Carlos E. Delpiazzo, quien considera que a pesar de la distinción entre monopolio y exclusividad, “lo cierto es que ambos conceptos traducen la supresión de la libre competencia. Sin embargo, mientras que el concepto de monopolio se asocia a la actividad estatal en el campo de los servicios de prestación, la noción de exclusividad se vincula a la exclusión de otros prestadores ya que la *publicatio* del servicio apareja su exclusión del campo de la libertad de los particulares”, “Los derechos fundamentales y la libertad económica”, *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Funeda, Caracas, 2004, pp. 74 y 75.

que rigen en el mercado en la medida en que no sean contrarias al régimen de la reserva.

La sentencia no puede ser más contundente, de manera resuelta reconoce que tiene tanto fundamento constitucional, la reserva mediante ley de una actividad económica como el derecho a la libertad de empresa y que éste debe existir, aun en el contexto de las actividades reservadas, mas no monopolizadas. Sin embargo, la decisión va más allá, pone de relieve que esta convivencia no es extraña en el ordenamiento jurídico venezolano y que la presencia de más de una empresa capaces de competir entre sí, con base en las reglas que rigen en el mercado, se produce en la medida en que no sean contrarias al régimen de la reserva misma.¹⁹

Esta posición jurisprudencial, fue aceptada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 1841, de 19 de noviembre de 1998, caso Omnivisión, oportunidad en la cual este tribunal cambia su tradicional interpretación y formula la siguiente apreciación:

Por todo ello, es forzoso concluir que las pautas anteriormente resumidas constituyen el desarrollo actual del marco conforme al cual se puede limitar la actividad económica, en esta materia especial de las comunicaciones televisivas; ya que, una vez que el particular obtiene la concesión por parte

¹⁹ Existe una posición distinta en la doctrina científica hispana. Es así como considera Martín-Retortillo, S., que la reserva implica la asunción “con carácter exclusivo”, de una determinada actividad, que por virtud del interés general, se sustrae de su posible realización por el sector privado. *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1988, t. I, p. 251; por su parte, Martínez López-Muñiz, J. L., comparte el criterio anterior, pero introduce un matiz al señalar que dicha sustracción de la iniciativa privada se produce al menos de entrada. Así considera que “las actividades de los servicios publicados o las que puedan tener por objeto los bienes publicados se sustraen, en ese sentido, por la reserva, al ámbito propio de las libertades constitucionales que pudieran en otro caso tenerlas por objeto: libertad de empresa, libertades inherentes al derecho de propiedad, etcétera. Los particulares podrán adquirir derechos y ejercer actividades gestoras en los ámbitos publicados pero ya no se sustentarán directamente en sus libertades constitucionales ni serán expresión inmediata de éstas, aunque puedan comportar, por vía de participación y colaboración o para su utilización (en lo que exceda el alcance de derechos fundamentales de satisfacción de necesidades vitales), cierta recuperación parcial del espacio del que fueron inicialmente excluidas [bajo cierto régimen de relativa competencia], siempre con subordinación a las facultades decisorias y condicionantes del poder público titular exclusivo del recurso o servicios reservados”. “La Publicatio de recursos y servicios”, *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 694 y 695, 716.

del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con los concesionarios del ramo, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional, gracias a la habilitación que le otorga la ley de la materia al poder reglamentario.

Posteriormente, de manera complementaria, la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 826, de 3 de junio de 1999, caso Supercable,²⁰ estableció:

Es decir, que existen derechos a la libertad de industria e iniciativa privada en el régimen de concesión, como lo expone el accionante y como ha sido reconocido por esta Corte, pero los mismos no son absolutos y se encuentran sometidos a los límites establecidos en la Constitución y en las leyes. Esta libertad implica el acceder al mercado, el competir y el ejercer la actividad en el mercado en el marco del ordenamiento jurídico vigente y el cesar en el ejercicio o abandonar el mercado si es el caso, como lo señala la accionante en su escrito contentivo de la acción de amparo.

Aquí la Corte, acogiendo los argumentos de los operadores reconoce que el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa está conformado por la libertad de entrar o tener acceso al mercado, la libertad de competir y la libertad de retirarse o cesar en el desarrollo de la actividad,²¹ sin otras limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico. Seguidamente agrega la sentencia:

En efecto, para poder acceder al mercado o ejercer la actividad económica o industrial de televisión por suscripción se ha habilitado al Poder Ejecutivo, como antes se señaló, para regular dicho servicio, con facultad, por tanto de imponer limitaciones. Así el Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción establece las formalidades que deben cumplir los particulares interesados en ejercer la actividad industrial reservada al Estado, ésta es telecomunicaciones: televisión por suscripción, y regula el comportamiento que debe tener el prestador de este servicio en el mercado, es decir, se remueve un obstáculo legal (formalidades para acceder al

²⁰ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 334, de 20 de febrero de 2003, confirmó la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el día 3 de junio de 1999.

mercado) para ejercer libremente una actividad económica, pero no de manera absoluta, sino con limitaciones que en el mismo Reglamento se consagran. En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 1o. de la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción ha sido otorgada a la accionante, previo el cumplimiento de las formalidades allí previstas, la concesión para el ejercicio de la actividad comercial o industrial de televisión por suscripción, sometida al régimen legal que regula dicha actividad y al contrato administrativo celebrado por la República.

Continuando con el desarrollo de su argumentación, la Corte procede a ratificar la anterior sentencia 1841, de 19 de noviembre de 1998, señalando: "... que, una vez que el particular obtiene la concesión por parte del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con otros concesionarios del ramo sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes, y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional, gracias a la habilitación que le otorga la Ley de la materia al poder reglamentario".

Tal como se puede observar, la interpretación constitucional efectuada por la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, son proclives a reconocer el derecho de los particulares —personas naturales y jurídicas— a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, para tener acceso previa obtención de la respectiva habilitación administrativa, competir, invertir y cesar en el desarrollo de la actividad económica reservada al Estado, como lo son las telecomunicaciones, siempre que cumplan estrictamente con la habilitación administrativa y se sujeten a las demás limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley respecto a la actividad reservada.²²

²¹ Hernández, J. I., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado de derecho español y venezolano*, Caracas, IESA-Funeda, 2004.

²² Al respecto sostiene Martínez López-Muñiz, J. L. que "la *publicatio* no comporta necesariamente gestión pública directa y ni siquiera exclusividad de un solo gestor. Puede afirmarse incluso que los principios constitucionales *pro libertate* y de máxima participación posible de la ciudadanía o de la sociedad civil que pueden derivarse de preceptos como el 10.1 y 9.2 de la Constitución, deben llevar a no aplicar la exclusividad gestora, ni la gestión directa sino cuando los fines públicos de la *publicatio* no puedan asegurarse suficientemente de otro modo, con pluralidad de agentes o con gestión indirecta". "La Publicatio de recursos y servicios", *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 696.

Por su parte, un sector de la doctrina científica ha considerado que la garantía del ejercicio pleno de los derechos económicos que reconoce la Constitución, exige que incluso en el marco de las actividades consideradas servicios públicos, cualquier restricción que se imponga a éstos, esté debidamente justificada y sea la estrictamente necesaria para la consecución de los objetivos concretos del interés general, debiendo considerarse que las limitaciones o restricciones que se impongan a los derechos económicos, deben ser las exactamente imprescindibles, adecuadas y proporcionales para la satisfacción de dicho interés y aquellas que sean irracionales, desproporcionadas y excesivas resulten inconstitucionales.²³

2. *Las precisiones de la jurisprudencia luego de entrar en vigencia la Constitución de 1999*

Luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, los principios económicos reconocidos en ella establecen el régimen conformador de las actividades económicas. El modelo económico que nace de la Constitución es una economía social de mercado, basada en los principios siguientes: los principios de libertad de empresa y de participación privada en la economía (artículos 112 y 299); los principios de regulación y limitación del ejercicio de la actividad económica (artículo 112); los principios de planificación, fomento y libre competencia (artículos 112, 113, 118, 299, 305, 306, 307 y 309); los principios de reserva, intervención y participación pública (artículos 299, 300, 302 y 303).

En atención a tales principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sus primeras decisiones establece una interpretación que guarda coherencia con la tesis de la convivencia de las libertades económicas con los servicios públicos. Fue así, como en la sentencia 1556, de 8 de diciembre de 2000, caso Transporte Sicalpar, la Sala Constitucional expresa:

Observa además la Sala, que la vigente Constitución ha considerado en el capítulo de los derechos económicos, como contrario a los principios fundamentales de la Constitución, el abuso de la posición de dominio que un o

²³ Araujo Juárez, J., “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos”, *Servicio público. Balance y perspectiva*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999, pp. 39 y 40.

una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiriera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada (artículo 113 de la Constitución de 1999). Si bien es cierto que en dicho artículo 113, lo relativo al abuso de la posición de dominio está referido a los particulares y no al Estado, al expresar la norma mencionada a las empresas, no distingue si ellas son públicas o privadas; mientras que el artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, somete a dicha ley a las personas jurídicas públicas, que actúan con o sin fines de lucro, señalando dicha ley entre las actividades reguladas, a la posición de dominio (artículo 113).

El fallo reconoce la obligación que tienen tanto los operadores públicos como los privados, conforme a la Constitución y la ley de no abusar de la posición de dominio que pueden ostentar en el ejercicio de una determinada actividad económica. En este orden de ideas, la sentencia expresa:

A juicio de esta Sala, tal deber del Estado se traduce en que el o los concesionarios, al invocar el interés general o público para rescindir contratos, como el que trata esta causa, amparado en las cláusulas exorbitantes que permiten tales rescisiones unilaterales del contrato administrativo, no pueden hacerlo con el fin de crear situaciones monopólicas o eliminar del mercado arbitrariamente a quienes realizan actividades económicas como desarrollo del derecho de libertad económica que contempla el artículo 112 de la vigente Constitución y que era reconocido en la Constitución de 1961 (artículo 96).

Este criterio es ratificado y complementado por la propia Sala Constitucional, en la sentencia 1563, de 13 de diciembre de 2000, caso Alcaldía Metropolitana, en la cual se agrega:

La Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los municipios en general, y el Distrito Metropolitano en particular, tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los municipios pueden construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en

sus territorios, establecer servicios de transporte y claro está, el Distrito Metropolitano puede hacerlo, pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la carta magna.²⁴

Estas decisiones, al precisar el marco del régimen socioeconómico destacan, que en una economía social de mercado, junto a los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada, legalidad en el mercado y libre competencia, concurren los principios de prohibición de monopolios y de abuso de posición de dominio, que se encuentran reconocidos en la Constitución y que deben respetar tanto los operadores económicos públicos como los privados.²⁵

Este subepígrafe puede concluirse señalando que con independencia que una actividad económica sea considerada servicio público, con o sin reversa del Estado o actividad económica de interés general, la regulación económica debe fomentar la libertad de empresa, lo que supone la libertad de entrada, permanencia (libertad de contratación, innovación tecnológica y acceso a las facilidades esenciales) y salida del mercado, conforme al régimen de limitaciones y restricciones constitucionalmente aceptables.

IV. LA ACTUAL CONFUSIÓN REINANTE SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE INTERÉS GENERAL

Luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, se han producido una serie de reformas legales sobre las actividades económicas y aun cuando todo parecía estar meridianamente claro en la realidad jurídica venezolana, en cuanto a la presencia de los derechos económicos y en particular de la libertad de empresa, incluso en las actividades calificadas como ser-

²⁴ La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, precisó: “...la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados...”.

²⁵ Muñoz Machado, S., “Los límites constitucionales a la libertad de empresa”, *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 143.

vicios públicos o de aquellas reservadas a la titularidad estatal, siempre que no existiese un régimen de monopolio, vamos a constatar cómo el proceso de transformación jurídico no ha estado exento de tropiezos, que son producto del desconocimiento o uso inapropiado de las categorías jurídicas que han nacido en el contexto de la nueva realidad política, jurídica, económica, tecnológica y social que ha dado origen a la aparición del Estado regulador.

1. *La confusión respecto a la actividad económica de las telecomunicaciones*

Dos recientes sentencias se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la actividad económica de las telecomunicaciones, siendo las mismas un tanto contradictorias con los precedentes jurisprudenciales y con la legislación recientemente reformada sobre la materia. A continuación se analizarán ambas decisiones.

En primer lugar, se tiene que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2436, de 29 de agosto de 2003, caso Arnaldo González Sosa, ha señalado lo siguiente:

Ahora bien, la Sala aclara que no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público.

Con esta afirmación la Sala Constitucional se ubica en sintonía con el criterio que había sostenido la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 375, de 18 de junio de 1998, comentada en el epígrafe segundo. Pero luego efectúa una afirmación que contraviene toda la tendencia jurisprudencial, en lo atinente a la libertad de empresa. Es así como señala:

Con base en lo anterior, se concluye que no es cierto lo que afirmó la decisión que fue apelada de que el servicio público excluye a la libertad económica porque es de la titularidad del Estado, por cuanto lo determinante es la expresa reserva al Estado de la actividad, que se dicte con fundamento en el artículo 302 de la Constitución... (*omissis*).

La aplicación de lo anterior al caso de autos, admite la conclusión que la exclusión de la libertad económica, bajo la Ley de Telecomunicaciones de

1940, no era una derivación de la calificación de esas actividades como servicio público, sino de la expresa reserva que sobre todo el sector estableció el artículo 1o. de la misma ley. Por esa razón, la Sala considera que el demandante no podía alegar la violación de su derecho a la actividad económica, ya que tal derecho había quedado suprimido de la actividad de telefonía rural, en virtud de la expresa reserva legal que existía. Así se decide.

Es preciso tener presente que la decisión apelada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo fue de 9 de abril de 1997 y el criterio sostenido en ella había sido superado por la interpretación progresista tanto de la Sala Político Administrativa de 18 de junio de 1998, como por las sentencias de la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 19 de noviembre de 1998 y de 3 de junio de 1999, todas comentadas anteriormente. De allí, que actualmente resulte insostenible considerar que la reserva que fue establecida en la Ley de Telecomunicaciones de 1940, por sí misma excluía la libertad de empresa, pues sólo podía afectar de manera absoluta el ejercicio de este derecho, la reserva que conllevase a la constitución de un monopolio estatal, que era el único posible al estar prohibidos los monopolios privados, sin embargo, como se ha advertido antes, tal monopolio jamás se estableció.

En segundo lugar, se tiene que posteriormente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 3149, de 25 de septiembre de 2003, caso Andrés Álvarez, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de la actividad económica de las telecomunicaciones, conforme al nuevo ordenamiento del sector. La Corte comienza por señalar:

Así, la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones permite que estas actividades puedan ser explotadas por los particulares en ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica, por lo que no existe una reserva de las telecomunicaciones a favor del Estado, en cuanto a la explotación de esas actividades, ya que el Estado continúa ejerciendo su potestad de policía administrativa, de regulación y de control sobre éstas.

Por otra parte, las telecomunicaciones no son consideradas servicios públicos tradicionales por la nueva ley, sino actividades privadas de interés general.

Tal como se puede apreciar, la sentencia efectúa dos afirmaciones importantes respecto a la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones: en primer lugar, sostiene que al no existir reserva del Estado sobre la activi-

dad económica de las telecomunicaciones, ésta puede ser explotada por los particulares en ejercicio de la libertad de empresa, la cual no es absoluta tal como se ha señalado antes; y en segundo lugar, reconoce que la actividad económica de las telecomunicaciones no constituye un servicio público tradicional, sino una actividad privada de interés general.²⁶ Tales afirmaciones las corrobora la Corte al expresar:

²⁶ En favor de esta afirmación se pronuncia Alejandro Fuenmayor Espina, quien considera a la actividad de las telecomunicaciones como servicio de interés general, que debe ser desarrollada por los particulares en régimen de competencia, bajo la supervisión de un ente regulador, cuya misión es garantizar la prestación universal del servicio y el derecho a la comunicación. *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Instituciones fundamentales*, El Nacional, Caracas, 2001, p. 69; por su parte, Víctor Hernández-Mendible ha sostenido que el legislador al establecer el régimen de las telecomunicaciones, en lugar de mencionar que constituyen un servicio público, ha declarado que éstas constituyen una actividad económica de interés general, que se presta en régimen de libre competencia, previa obtención de la correspondiente habilitación administrativa. “El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, 2002, p. 980. También debe destacarse que para José Araujo Juárez, las telecomunicaciones constituyen servicios económicos de interés general, que se prestan en régimen de libre competencia y sobre la cual se pueden imponer obligaciones o cargas jurídicas. “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. II, pp. 1973-1978. En contra se ha pronunciado José Peña Solís, quien considera que el artículo 156, numeral 28 de la Constitución, al referirse a los servicios de telecomunicaciones, incurre en una omisión de carácter literal del adjetivo “público” que en nada afecta su naturaleza de servicio público por calificación constitucional. Para justificar tal afirmación señala que “tradicionalmente ese sector de actividad ha revestido tal carácter, inclusive a nivel de casi todos los países, en Venezuela esa calificación constitucional tiene larga data, pues viene desde la Constitución de 1936 y encuentra su desarrollo en la Ley de 1940”. *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 2003, vol. III, p. 433. Esta argumentación resulta inaceptable por varias razones: en primer lugar, porque en Venezuela la “tradicición” no forma parte del sistema de fuentes de derecho y menos aun del derecho constitucional o administrativo; en segundo lugar, porque ni la Constitución de 1936, ni las posteriores incluida la actual, hacen referencia alguna a las telecomunicaciones como servicio público; en tercer término, el derecho comunitario andino impone un marco de liberalización de los servicios de telecomunicaciones, en la Decisión núm. 439, de 17 de junio de 1998 y en la Decisión núm. 462, de 1 de junio de 1999; y, finalmente, porque muy lejos de su afirmación, actualmente en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia, Italia y España, por nombrar sólo algunos países, las telecomunicaciones no constituyen un servicio público. Por su parte, Octavio Sisco Ricciardi, sin mayor argumentación, considera que la actividad de las telecomunicaciones constituye un servicio público, en virtud de lo que disponen los artículos 1, 2, 5 y 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. “Hacia un nuevo concepto de servicio público. Su visión en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho*, Caracas, núm. 13, 2004, pp. 265-269.

Dicha terminología ha sido planteada y discutida por la doctrina nacional y extranjera con ocasión a lo que se ha denominado la “despublicación” de actividades calificadas tradicionalmente como “servicios públicos”, pasando estas actividades a ser realizadas por los particulares en ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica, dentro de los límites que establezca la ley y bajo la supervisión, control y dirección del Estado.

Este es el planteamiento que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico respecto a las telecomunicaciones, visto que tal actividad se encontraba reservada exclusivamente al Estado, es decir, era de titularidad pública; pero que, con la entrada en vigencia de la reciente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pasaron a ser actividades ejercidas por los particulares de acuerdo con los parámetros y reglas previstas en la ley y con la intervención del Estado.

Lo expuesto permite inferir que actualmente no cabe duda de la existencia de una nueva regulación jurídica, destinada a garantizar el ejercicio de la libertad de empresa en la actividad económica de las telecomunicaciones.

Sin embargo, la Corte no parece entender —al igual que tampoco parece hacerlo un sector de la doctrina—, el cambio de política pública introducido por la nueva regulación, pues no se trata de una reforma puramente nominal de una actividad que antes era calificada de “exclusividad del Estado” y considerada servicio público por la doctrina científica y la jurisprudencia, la cual permitía el ejercicio de la libertad de empresa, dentro del marco del ordenamiento jurídico del sector; sino que ahora, se trata de una actividad considerada de “interés general”, es decir, no se trata de una modificación meramente semántica de la calificación de la actividad, sino de un cambio en la filosofía de la comprensión de la misma.

En efecto, la nueva regulación no sólo ha supuesto la despublicación de la actividad, que ya no es exclusiva del Estado,²⁷ sino que viene a completar el proceso de liberalización que se había iniciado con la privatiza-

²⁷ Hay que destacar que la Ley considera a las telecomunicaciones como una actividad económica de interés general (artículos 1 y 5) y reserva al Estado los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa (artículo 8), sin que dicha reserva constituya técnicamente hablando una *publicatio* de los mismos, sino un reconocimiento de la necesidad que tiene el Estado de establecer un servicio administrativo interno que puede ser desarrollado y prestado directamente por sus propios órganos y medios o que puede adquirirse o contratarse con empresas, mediante un contrato administrativo de servicios, debiendo considerarse que la reserva sólo establece un servicio a cargo del Estado y para su propio beneficio, que debe ser calificado como tal por el Presidente de la Repú-

ción de la antigua operadora estatal, que actuó durante un buen tiempo en régimen de concurrencia limitada. Es así como legalmente desaparece la titularidad pública sobre toda la actividad, para dar paso a un régimen de mercado abierto, es decir, a la libertad de empresa, con las limitaciones establecidas en la ley y por ende, sometida a una intensa regulación del Estado, por tratarse de una actividad económica de interés general, en la cual potencialmente se pueden imponer obligaciones específicas de servicio universal, en aquellos casos en los cuales el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades comunicacionales de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Ello supone, como ha sostenido la doctrina científica, que “la introducción en nuestro ambiente jurídico del nuevo modelo de intervención pública de regulación, reclama unos servicios públicos reducidos en su número y limitados en su alcance. De ahí que, por un lado, los servicios públicos deberían reducirse a las prestaciones básicas o esenciales; y, por el otro, no podrán abarcar la totalidad de las prestaciones posibles en un sector o actividad determinados, remitiéndose a la libre iniciativa en el seno de la sociedad, el acceso a las demás prestaciones y servicios adicionales”.²⁸

Tal como se dijo, parece que la Corte no logró asimilar la modificación experimentada en el ordenamiento jurídico, pues luego de establecer una aproximación a la nueva regulación, sostiene lo siguiente:

Sin embargo, debe indicarse, que aun cuando la novedad deriva desde el punto de vista de los sujetos habilitados administrativamente para la explo-

blica, en Consejo de Ministros. En sentido similar se pronuncia, Martínez López-Muñiz, J. L., “En torno a la regulación de los servicios esenciales económicos en red. (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, t. III, pp. 2808-2810. En la ley, sólo existe una excepción al principio de la despublicación y viene establecido en desarrollo del artículo 108 de la Constitución, que exige al Estado garantizar servicios públicos de radio y televisión, lo que condujo a que se declarase que la radiodifusión sonora y la televisión abierta comunitaria, sin fines de lucro constituyen un servicio público (artículo 200).

²⁸ Araujo Juárez, J., “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. II, p. 1978. Este trabajo coincide con las propuestas de De La Cuétara Martínez, J. M., “Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (Un ensayo de prospectiva jurídica)” y, “Tres postulados para el nuevo servicio público”, ambos publicados en *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 57-85 y 107-182, respectivamente.

tación de las telecomunicaciones, no puede considerarse que el cambio se produjo respecto a la naturaleza de estas actividades tomando en cuenta que las mismas están dirigidas a satisfacer necesidades colectivas, incluso desde su regulación en la derogada Ley de Telecomunicaciones de 1940.

Aunado a ello, debe señalarse que a pesar de la terminología empleada, el resguardo del interés general o público es lo que motiva el ejercicio de las potestades administrativas, por lo que el uso de cualquiera de los términos “público” o “general” no modifica de ninguna manera la regulación de las telecomunicaciones, como actividad sometida al control del Estado, debido al interés que se satisface.

Esta última argumentación es contradictoria con las efectuadas en el mismo fallo, en las cuales se admite que se produjo la despublicación de la actividad económica de las telecomunicaciones, sin embargo, considera que la naturaleza de la misma no ha variado, por el hecho de continuar persiguiendo la satisfacción del interés general.

Es justamente, el reconocimiento que efectúa el Estado como garante de la satisfacción del interés general, que él no es el único que puede prestar los servicios que satisfagan dicho interés, sino que también los particulares en el ejercicio de su libertad de empresa pueden contribuir a la satisfacción del mismo, lo que ha constituido la reforma fundamental del sector de las telecomunicaciones. Tal modificación apunta en el sentido de eliminar la denominada *publicatio* genérica y de admitir que únicamente aquellas actividades explotadas en régimen de libre mercado, deben ser sometidas a obligaciones de servicio universal, cuando aquél no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas.

Sin embargo, manteniendo la contradicción apuntada, la Corte realiza la siguiente apreciación:

Además, como bien lo ha destacado la doctrina, la actividad de las telecomunicaciones, luego de la liberalización, se caracteriza no sólo por la aplicación de un régimen de concesiones y de libertad económica, sino por la imposición de servicio público que ello implica, y por lo cual se encuentra altamente reglada y sujeta a la actuación de policía administrativa de la administración.

Resulta obvio que para la Corte no existe ninguna diferencia, más allá del empleo de la nueva terminología, entre el régimen jurídico aplicable bajo la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y la regulación

contenida en la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000. En efecto, afirmar que luego de la liberalización, la actividad económica de las telecomunicaciones “se caracteriza no sólo por la aplicación de un régimen de concesiones y de libertad económica, sino por la imposición de servicio público que ello implica”, no supone reforma alguna con respecto a la regulación anterior, en la cual siendo una actividad bajo la “exclusividad del Estado”, también se admitía de manera pacífica que se trataba de una actividad de servicio público, que se encontraba sometida a un régimen de concesiones y tanto la jurisprudencia como la doctrina científica habían reconocido el ejercicio de la libertad de empresa, dentro del marco jurídico vigente en ese momento.

La argumentación realizada en el fallo comentado es producto de un sofisma que tiene como única y exclusiva finalidad, entrar en el análisis de los elementos que considera integran la noción de servicio público, para concluir que los servicios que presta el operador de telefonía fija local, nacional e internacional son servicios básicos de telecomunicaciones, cuya prestación resulta justiciable ante el orden jurisdiccional administrativo y particularmente ante ese mismo tribunal.

Lo más lamentable es que para llegar a esa conclusión —que formulada en tales términos es superficial e incorrecta— y afirmar su propia competencia, se haya incurrido en un desconocimiento de las importantes reformas jurídicas que recientemente ha experimentado la actividad económica de las telecomunicaciones.

2. La confusión respecto a la actividad económica de los servicios postales y de correos

Actualmente, algún sector en la doctrina científica ha llegado a afirmar que los servicios de correos —igualmente lo predicen de las telecomunicaciones— constituyen una actividad de servicio público, por declaración constitucional. En concreto este sector ha sostenido que tradicionalmente las Constituciones han considerado la actividad de correos —así como a las telecomunicaciones— como un servicio público y que el hecho que la Constitución de 1999, no califique formalmente dicha actividad como un servicio público, en nada cambia su naturaleza jurídica de actividad prestacional de titularidad estatal.²⁹

²⁹ Considera José Peña Solís que la actividad económica de correos es un servicio público por calificación constitucional. En tal sentido expresa: “A mayor abundamiento

Nada más falso que tal afirmación, pues una simple lectura de la anterior Constitución de 1961 pone en evidencia que durante sus 38 años de vigencia jamás se consideró que la actividad económica de correos era un servicio público por declaración constitucional y que la Constitución de 1999 tampoco califica a la actividad de correos como un servicio público. En efecto, el artículo 136 de la Constitución de 1961 señalaba: “es competencia del poder nacional: ... 22. El correo y las telecomunicaciones” y en la actualidad el artículo 156 de la Constitución de 1999, señala que “es de la competencia del poder público nacional: ... 28. El régimen del servicio de correos y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”, es decir, que el reconocimiento de la actividad de correos como servicio público es consecuencia de la declaración formal, contenida en el artículo 1 de la Ley de Correos.

Esta explicación luce necesaria, para proceder al análisis de la sentencia 1002, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 5 de agosto de 2004, caso DHL Fletes, en la cual se señaló:

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 de servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la administración pública, y su consecuencial régimen de derecho público.

Establecida esta consideración, la sentencia efectúa un aparente, pero superficial análisis de las disposiciones constitucionales y evidentemente influenciada por la tesis del servicio público constitucional cuya inexistencia se ha demostrado, procede a realizar la siguiente afirmación:

En este sentido, la *publicatio* se cumple de manera absoluta, cuando la propia carta magna otorga al régimen de correo carácter de servicio público. Tal situación es confirmada por la Ley de Correos de 1958.

Tal como se aprecia de la sentencia parcialmente transcrita, la misma le atribuye a la Constitución expresiones que no contiene. Resulta totalmente

la calificación constitucional está asociada a otra materia que de antiquísima data ha recibido, sin ninguna discusión, la condición de servicio público, como lo es el correo”. *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 2003, vol. III, p. 433.

falsa la afirmación de que el artículo 156, numeral 28 de la Constitución declara como servicios públicos a las actividades económicas de correos o de las telecomunicaciones. Por tanto, correspondiendo a la Asamblea Nacional legislar sobre las materias que son competencia del poder público nacional, ésta podrá declarar mediante ley y con estricta sujeción al derecho comunitario andino, si la actividad de correos o de telecomunicaciones es considerada o no servicio público.

Esta libertad de regulación legislativa tiene su fundamento en el principio de pluralismo político, que constituye uno de los valores fundamentales del Estado de derecho (artículo 2 de la Constitución) y que permite la satisfacción del interés general mediante distintas modalidades de prestación, que puede establecer el Legislador. Lo dicho se comprueba al estudiar la regulación legal, en la cual se considera a la actividad de correos como un servicio público (artículo 1 de la Ley de Correos), mientras que se optó por calificar a las telecomunicaciones, como una actividad económica de interés general (artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). Esto demuestra que la calificación de las actividades económicas de los correos y las telecomunicaciones son de la libre configuración del legislador, por habilitación constitucional y que no existe una *publicatio* constitucional como sí podría considerarse que existe —conforme a la interpretación tradicional— respecto de las actividades de energía eléctrica, agua potable e hidrocarburos gaseosos,³⁰ que formalmente han sido calificadas como servicios públicos.

No obstante reconoce la Sala en la sentencia 1002, de 5 de agosto de 2004, que ha surgido una tendencia —que tiene como principal fundamento el derecho comunitario andino— hacia la concurrencia del Estado y los particulares en la prestación de las actividades económicas, con independencia que éstas sean calificadas o no como servicios públicos, dentro de lo que se ha denominado el “nuevo servicio público” que se caracteriza por la liberalización de los servicios públicos que realiza el Estado y al respecto señala:

³⁰ Sandia De Segnini, M., et al., *Leyes sobre servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad y gas*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2001; Hernández-Mendible, V. R., “El régimen de los servicios públicos domiciliarios (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios)”, *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 961-1029, www.hernandezmendible.com.

Así, la liberalización de los servicios públicos implica la revisión de ese concepto tradicional dispuesto en el artículo 1o. de la Ley de Correos a las nuevas realidades socioeconómicas, operándose de esta manera un cambio significativo del sistema tradicional del servicio de correo donde exista un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, con determinadas obligaciones o cargas de servicio público y en régimen de competencias abiertas como cualquier otra actividad comercial o industrial.

Para la Sala tal cambio de paradigmas en la actividad económica de correos va a permitir el ejercicio de la libertad de empresa, que al no ser absoluta puede quedar sujeta a la imposición de obligaciones o cargas concretas de prestación. Siguiendo con esta argumentación la sentencia señala:

Así, el Estado traslada la prestación del servicio a los particulares, mediante concesiones y deja de ser el prestador exclusivo del servicio para ser el ente regulador de esos particulares que prestan dichos servicios —pudiendo concurrir el Estado igualmente—, todo ello enmarcado dentro de las consideraciones del nuevo Estado social y democrático de derecho y de justicia.

A partir de aquí, se reconoce la concurrencia del Estado y de los particulares, tal como lo establece el artículo 299 de la Constitución, en la gestión de las actividades económicas en general³¹ y en particular, en la actividad de correos. Además se señala que el Estado asume un nuevo rol como regulador, razón por la cual:

es necesario destacar que el hecho que exista liberalización de los servicios públicos no implica que el Estado se desentiende de los mismos, sino que actúa como un ente regulador y organizador de las políticas públicas de prestación de servicios básicos.

Tal actuación como regulador supone —como lo he señalado en otras oportunidades—,³² una nueva misión y una nueva visión, en la cual el Es-

³¹ En igual sentido, el artículo 3 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre declara: “El transporte terrestre, así como la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de la infraestructura vial, constituye una actividad económica de interés general, a cuya realización concurren el Estado y los particulares de conformidad con la ley”.

³² Hernández-Mendible, V. R., “El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, núm. 14,

tado reconoce que no tiene el monopolio en la satisfacción del interés general, sino que éste también puede ser satisfecho por los particulares en ejercicio de la libertad de empresa, debiendo él actuar como garante de tal interés general. En consecuencia la sentencia precisa:

La tendencia actual del Estado en materia de prestación de servicios públicos viene determinada por una participación de éste en las actividades de interés general que no siempre es directa, lo que no significa que se pierde o retire —ni debe hacerlo—, sino que actúa de manera tal que coadyuva [a] una competencia efectiva entre los distintos agentes económicos, por medio de un ordenamiento jurídico justo que ordena y disciplina la participación e iniciativa privada, al establecer cuándo y cómo se deben corregir las deficiencias del mercado, en aras de satisfacer el interés general.

Esto trae como consecuencia la necesidad de la conformación de una autoridad administrativa reguladora que tenga competencias, funciones y atribuciones ubicadas dentro del llamado Estado regulador. Por ende, el tema de los servicios públicos sigue teniendo un carácter predominantemente de derecho público, ya que a pesar de la propensión práctica ha llevado a liberalizar los servicios públicos y dejar la prestación en manos de particulares, existe un control y una regulación por parte del Estado, la cual ordena, reglamenta y disciplina la actividad de esos entes privados prestadores de servicios públicos, de conformidad con ese Estado regulador.

A lo anterior debe agregarse que la legislación no ha sido modificada, lo que plantea serias dudas sobre la validez constitucional de la reserva actualmente establecida en el artículo 1 de la Ley de Correos, la cual, al no encontrarse prevista en una ley orgánica, no se ajusta a la exigencia del artículo 302 de la Constitución.³³ Al no tener la Ley de Correos rango orgánico, la reserva establecida en la misma carece de fundamento constitucional y en consecuencia, la calificación de la actividad económica de correos como “servicio público prestado exclusivamente por el Estado” no

out/dez. Belo Horizonte, Brasil, 2003; “La regulación económica”, *Tendencias actuales del derecho público. Libro homenaje a los 50 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 2004; *La regulación de los servicios públicos económicos*, Guayaquil, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2004, www.hernandezmendible.com.

³³ La Constitución en el artículo 302 establece: “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés públicos y de carácter estratégico”.

puede implicar la validez de la reserva o el establecimiento de un monopolio estatal y menos aún, la restricción de la libertad de empresa, pues toda disposición previa a la Constitución de 1999 —igual sucede con las posteriores—, que desconozca los derechos reconocidos en la misma es contraria a la Constitución, debiendo considerarse que en el primer caso —norma anterior—, se encuentra derogada por mandato expreso del texto supremo y en el segundo supuesto —norma posterior—, debe ser declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente debe señalarse que si bien es cierto que el proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Postales está encaminada a una mayor liberalización de dicha actividad económica, éste debe ser objeto de importantes modificaciones antes de su publicación en la *Gaceta Oficial*,³⁴ porque en la actualidad presenta algunas contradicciones que de no corregirse, seguramente van a afectar su aplicación dentro del nuevo modelo de Estado regulador, que viene desarrollándose en el ordenamiento jurídico nacional.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta ahora, se ha hecho referencia al binomio servicios públicos-libertad de empresa como dos nociones que surgieron y se desarrollaron de manera paralela e incluso, excluyente; que luego de un proceso de reinterpretación constitucional comenzaron a coexistir, pero que a pesar de ello, no han tenido una relación pacífica. Por el contrario, ha sido una travesía tormentosa e impregnada de innumerables tropiezos, tal como se evidencia de las sentencias sobre servicios públicos y libertad de empresa precedentemente analizadas.

Lo dicho conduce a plantear la necesaria regeneración de los servicios públicos, lo que supone deslastrarse de la concepción tradicional de dicha institución y replantear su resurgimiento, adecuado a la economía social

³⁴ Sobre la actividad económica de los servicios postales, se recomienda con provecho la obra dirigida por Parejo Alfonso, L., *Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español)*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, Madrid, 2003; Pemán Gavín, J., “La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales”, *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 963-1010.

de mercado que reconoce la Constitución, en la cual debe desenvolverse la libertad de empresa.

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

Lo expuesto permite afirmar que la declaración de servicios públicos que le otorga la Constitución a determinadas actividades económicas como la energía eléctrica, los hidrocarburos gaseosos, el agua potable y saneamiento, no excluye por sí misma la libertad de empresa de los particulares, pero sí queda implícita su restricción en los términos que determine la ley en cada caso. Por ello, aun cuando la Constitución señale que determinados servicios públicos son competencia del Estado, debe reconocerse que la misma no es exclusiva de éste y excluyente de la iniciativa privada, en virtud de lo cual resulta perfectamente posible que la ley regule el ejercicio de la libertad de empresa, en la prestación de estos servicios públicos competitivos.

Es por ello que el legislador, sin desconocer la calificación “formal” de servicios públicos mencionada en la Constitución, actuando conforme al principio de pluralismo político, que constituye uno de los valores que informan el Estado de derecho, tiene dos opciones o puede elegir entre dos posibles soluciones, destinadas a conformar el régimen de dichas actividades prestacionales: una es establecer una regulación tradicional de servicio público, es decir, desde el punto de vista histórico-jurídico; y la otra es la conformación de esas actividades denominadas servicios públicos, en el marco de la regulación para la competencia. Sin lugar a dudas, que ello va a producir consecuencias jurídicas también diferentes.

En el primer caso, el legislador puede establecer una regulación que coincide con el servicio público tradicional, en la cual la responsabilidad en la prestación del servicio reposa sobre el Estado y en caso que éste decida convocar a los particulares para participar en la gestión, éstos quedarán condicionados en la explotación de la actividad, a obtener el otorgamiento de una habilitación administrativa constituida por una concesión temporal, que se convierte en el título para la gestión en régimen de monopolio, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos

de explotación o de ser el caso, en un mercado disputable, con competencia entre operadores en zonas geográficas determinadas, debiendo el operador público o privado realizar todas las actividades esenciales, así como aquellas que no lo son, pero que se encuentran comprendidas en el sector, las cuales serán financiadas mediante el régimen uniforme de tarifas, que deberán ser fijadas por el poder público nacional.

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

Si bien el Legislador se ha inclinado en un primer momento por la regulación tradicional, no está excluida la posibilidad que en razón de una relectura de la Constitución, se realice una interpretación sistemática y armónica que garantice la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, a través del ejercicio de la libertad de empresa de los operadores privados, quienes podrán concurrir con los operadores públicos, lo que conduciría a que se produzca una reforma de la legislación de inspiración decimonónica, pero actualmente vigente, que la coloque en sintonía con la realidad social y cultural actual.

Llegado este momento cabe preguntarse, ¿qué importancia tiene entonces la calificación de una actividad como servicio público, cuando se encuentra sometida a un régimen de regulación para la competencia? La relevancia consiste en que la declaración de servicio público —superado el modelo tradicional— viene dada por la presencia del interés general en una actividad económica cualificada y de gran relevancia para la sociedad,

interés que exige y justifica la intervención del poder público para regularla, ordenarla, controlarla y supervisarla, debiendo explotarse la misma, en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de libre competencia, pero sin desatender la obligación de satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, para que puedan vivir con dignidad y alcanzar el libre desarrollo de su personalidad, en un entorno de cohesión social, solidaridad e igualdad, lo que otorga a dicha obligación una vocación universal y progresiva.

Por supuesto, que la elección del Legislador por uno u otro modelo de regulación de los servicios públicos competitivos, estará influenciada por el desarrollo alcanzado a nivel tecnológico y económico, que ha generado la aparición de nuevas necesidades y servicios en la sociedad de comienzos del siglo XXI. Pero en dicha elección también influirá la concepción ideológica-política que prive en la mayoría del Parlamento, en cuanto concierne al papel protagónico que debe desempeñar el Estado al intervenir en la actividad económica nacional, la cual deberá tener presente que la actuación del poder público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que permitirá limitar o restringir, mas no anular el ejercicio de los derechos económicos de los particulares, en el marco de la economía social de mercado que reconoce la Constitución.

En fin, el derecho de los servicios públicos competitivos debe ser el reflejo de la evolución histórica que ha experimentado el Estado social y democrático de derecho, que se encuentra en el tránsito de un Estado productor de bienes y prestador de servicios (Estado prestacional) hacia un Estado regulador (Estado de garantía de prestaciones). Corresponde al operador jurídico afrontar el reto de efectuar el análisis de dicha evolución histórica y tener plena conciencia de la realidad social que le ha correspondido vivir, para contribuir a la construcción del nuevo modelo de regulación para la competencia en la actividad de los servicios públicos.