

ANUARIO N° 29 (2006)
ISSN 1316-5852

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO
POR CARENCIA O ABSTENCIÓN EN
VENEZUELA**

Marie Picard de Orsini

Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad de Carabobo

Judith Useche

Docente de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
Universidad de Carabobo

CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN EN VENEZUELA

RESUMEN

De acuerdo a la concepción del Estado de Derecho, establecido en el artículo 2 de la Constitución de 1999 se expresa uno de los valores fundamentales sobre el cual se basa el Estado venezolano, a través del cual, debe existir la garantía para los ciudadanos de que no solamente existe control sobre las actuaciones de los órganos del Poder Público sino también en referencia a las omisiones en que incurren los funcionarios públicos. Se trata de la justicia administrativa que garantiza la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos. Se reconoce la potestad de autotutela de la Administración y la garantía del recurso por carencia o abstención, como recurso contencioso administrativo. Es un derecho humano, conferido por la propia Constitución y por la ley, que contemplaba la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y no ha sido regulado por la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La jurisprudencia ha jugado un rol determinante en la construcción de los principios configuradores de este recurso al que tiene derecho todo ciudadano que se ve perjudicado por la inactividad de la Administración.

Palabras Clave: Recurso, derecho, abstención, carencia, contencioso-administrativo

REFLECTIONS ABOUT APPEALS FOR LACK AND ABSTENTION IN VENEZUELA

ABSTRACT:

According to Rechtsstaat (law-based state), as established on article 2 of the 1999 Constitution, one of the core values on which the Venezuelan State is based, which guarantees citizens that there is control not only Public Power bodies performance, but also regarding omissions made by public employees, is stated. It deals with administrative justice guaranteeing the protection of citizens interest and rights. The power of self-tutelage of administration and the guarantee of appeal for lack or abstention, as a court case brought against the state. It is a human right, granted in the Constitution and in the law, taken into account in the repealed High Court of Justice Organic Law and has not been reviewed by the current High Court of Justice Law. Jurisprudence has played a key role in establishing the leading principles of this appeal which is a right of every citizen injured by Administration inactivity.

Key words: appeal, right, abstention, lack, court case brought against the state.

CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN EN VENEZUELA

INTRODUCCIÓN

I. RECURSO CONTENCIOSO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN.

1. Definición.
2. Antecedentes.

II. FUNDAMENTACIÓN.

1. Fundamentación constitucional.
2. Fundamentación legal.
3. Fundamentación jurisprudencial.

III. CAUSALES DE INADMISIBILIDAD.

IV. OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN.

V. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN.

VI. ALCANCE DEL RECURSO.

VII. DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN Y EL RECURSO DE ANULACIÓN.

VIII. ASPECTOS PROCESALES.

1. Juez competente.
2. Procedimiento.
3. Caducidad.
4. Legitimación.
5. Medidas cautelares.
6. Poderes del juez.

REFLEXIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS LEGALES

CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN EN VENEZUELA

INTRODUCCIÓN.

Dentro de la concepción del Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia consagrado en la normativa de la Constitución de 1999, es indispensable el aseguramiento y acceso irrestricto a la justicia y su realización efectiva en un Estado de Justicia por parte de los tribunales, sin dilaciones indebidas, por lo que el no cumplimiento y la inactividad pasiva, constituye una infracción que acontece en cualquier tipo de proceso, incluyendo el contencioso- administrativo.

En nuestro sistema contencioso administrativo, representa un recurso de efectos particulares en el sentido de que contribuye a reducir la arbitrariedad administrativa en relación a garantizar los derechos individuales íntimamente conectados con el interés colectivo.

Es además, un mecanismo procesal para el control de las infracciones al ordenamiento jurídico causado por la pasividad administrativa o inactividad administrativa.

En este trabajo se plantea la necesidad de mantener el Recurso Contencioso Administrativo por Carencia o Abstención que se encontraba establecido en los artículos 42, numeral 23 y 182 numeral 1 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no contenido en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Siendo que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vigente no contempla este recurso y mantenemos el supuesto de su existencia en la práctica, ¿será que hemos transformado esa pretensión en un dogma en torno al sistema contencioso administrativo? Y, al hablar de que su no aplicación es considerada como violación de un derecho individual que debe ser garantizado por la propia normativa constitucional?

Se trata, sin lugar a dudas, de un medio de protección de los derechos e intereses ciudadanos ya que la inactividad lesiona derechos o intereses legítimos, lesión que se materializa a través de la obligación de resarcir los daños y perjuicios que pueden ser evitados si se reformulan los supuestos de procedencia del recurso contencioso administrativo de carencia, negativa o abstención.

En este sentido debemos citar a Brewer (1997) cuando expresa que es un “incumplimiento por parte de la administración de una obligación legal concreta al decidir o cumplir determinados actos que se manifiesta en un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada” (Pág. 16)

La investigación subexamen sobre el recurso por carencia o abstención se ha realizado desde el punto de vista constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, habida cuenta de que este recurso es un derecho humano que debe ser garantizado y tutelado por el Estado de Derecho.

I. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN

1. Definición

Es el medio a través del cual el administrado afectado por una inactividad de la Administración, que es un deber, la compele ante el órgano jurisdiccional competente para que restablezca la situación jurídica infringida.

Para Badell (1995) “Constituye la vía procesal para controlar la ilegalidad que se deriva del incumplimiento o negativa de la Administración en realizar una actuación concreta que le corresponde por estar definida en forma concreta y precisa por la ley”. (Pág. 177-178)

Para Mucci (1991) “Constituye un útil mecanismo procesal para el control de las infracciones de orden jurídico consumadas por la pasividad administrativa”. (Pág. 17)

La primera sentencia en materia de carencia o abstención dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 6 de diciembre de 1984, caso: Teresita Aguilera, estableció como condición para la procedencia de la pretensión de carencia o abstención, la existencia de una carga u obligación legal donde “le corresponderá al juzgador precisar si la carga que el recurrente le imputa a la autoridad administrativa es una carga específica contemplada en una ley; de igual manera, siguiendo los mismos supuestos la Sala Político Administrativa en fecha 28 de febrero de 1984, caso: Eusebio Igor Viscaya Paz determinó que no se regula la abstención “ frente a una obligación genérica (inconcreta, por tanto, en su formulación general) que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo antes bien, debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma “ .

2. Antecedentes

Este mecanismo de impugnación jurisdiccional de la inacción administrativa, es el llamado Recurso por Carencia o Abstención, contra las conductas omisivas o negativas de los funcionarios públicos, el cual, es de vieja data en la legislación patria; surge primeramente, en la Ley Orgánica de la Corte Federal del 19 de julio de 1925, el cual se estableció como un medio procesal de impugnación residual, extraordinario y excepcional “para conocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes federales cuyo cumplimiento no este atribuido a otro Tribunal”; el llamado recurso contra las conductas omisivas de los funcionarios públicos es una creación exclusiva del ordenamiento jurídico venezolano, lo único utilizado del Derecho Francés fue el término “Recours en Carence”.

En Alemania, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1961, estableciendo las denominadas demandas de imposición que pretenden que el Tribunal imponga a la Administración la obligación de ejecutar un acto administrativo cuya petición ha sido desatendida.

En EEUU el “writ of Mandamus”, es el dirigido a compeler a la Administración, para que cumpla con sus obligaciones legales y que permite el control de la inacción administrativa; más recientemente la Unión Europea ha creado con mayor proximidad a nuestro Recurso un recurso de carencia como una vía procesal de impugnación contra la decisión implícita de rechazo que se reputa resultante del silencio de la Alta Autoridad

Este recurso permaneció adormecido por cierto tiempo, posteriormente, alrededor de los años ochenta hubo un desarrollo jurisprudencial muy importante emanado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, conjuntamente con la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

II. FUNDAMENTACIÓN

1. Fundamentación Constitucional: Para articular el fundamento constitucional de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con épocas recientes, citamos la regulación que establecía la Constitución de 1961, en cuanto a esta jurisdicción: Art. 206:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o

individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

En la vigente Constitución la regulación de la jurisdicción contenciosa se encuentra en el artículo. 259 constitucional:

“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Podemos observar que en las disposiciones constitucionales transcritas, el contenido de las mismas es prácticamente el mismo, salvo que la disposición vigente, incorporó en forma taxativa la facultad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a conocer los reclamos por la prestación de los servicios públicos que ya la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se pronunció al respecto y se habla del contencioso de los servicios públicos.

2. Fundamentación Legal: Es importante destacar que la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia contenía el fundamento legal del recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos, en el artículo 42.23 se consagraba la competencia de la Corte como el más alto Tribunal de la República para conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas; asimismo, el artículo 182 de la precitada Ley, establecía la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativo para conocer de la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas, y la competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tenía competencia para conocer y decidir del recurso subexamen de acuerdo a la competencia residual.

Bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el régimen competencial previsto en la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al recurso subexamen, fue alterada quedando expresamente atribuida la competencia para conocer de este recurso a la Sala

Político Administrativa por las omisiones de funcionarios nacionales, de acuerdo artículo 5 numeral 26 es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como el más alto Tribunal de la República:

“Conocer de la abstención o negativa del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República y de los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes”.

Se aprecia que es la única disposición en la Ley que hace referencia al recurso jurisdiccional de abstención y circunscribe la competencia en razón del nivel a la cual tiene adscripción la persona, en el caso concreto, se refiere al nivel nacional nombrando taxativamente:

- Al Presidente o Presidenta de la República
- Al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República
- A los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional
- Las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa
- Al Alcalde del Distrito Capital.

Los estudiosos del Derecho Administrativo sostienen que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa quedó amputada legalmente en la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto el resto de la estructura de esta Jurisdicción no quedó consagrada por lo que la misma no tiene base legal.

De modo que los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo y las Cortes creadas 1ª y 2ª no tienen competencia desde el punto de vista legal para conocer del recurso en estudio, cuestión que es demasiado grave si partimos del criterio que la competencia es de reserva legal, de orden público, pues la misma no se presume debe ser taxativa, por estar inmerso el principio de seguridad jurídica.

La omisión legal obviamente, genera perturbaciones del derecho al acceso a la justicia, contemplado en el 26 constitucional que establece:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses,

incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente..

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

En razón, de esta complejidad la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de fecha 05 de noviembre de 2004, con ponencia de la Magistrada Iliana Contreras se decidió aplicar temporalmente el artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, la Corte estableció:

“...al no existir texto normativo alguno que contemple o atribuya a otro tribunal de la República las competencias que tenía asignadas ese Órgano Jurisdiccional en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, en aras de garantizar a los justiciables el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 del Texto Fundamental se mantienen vigentes las competencias establecidas por el derogado artículo 185 de la LOCSJ para las Cortes de lo Contencioso Administrativas.”

En este mismo orden de ideas, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia determinó las competencias de los Tribunales y de las Cortes en lo Contencioso Administrativo.

Mediante sentencia del 27 de octubre de 2004 la SPA-TSJ (Caso: Marlon Rodríguez vs. Cámara Municipal del Hatillo), estableció las competencias de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, entre otras en el numeral 4º, estableció: “Conocer de la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales, a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, de conformidad con ellas.”

En este mismo sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de noviembre de 2004, determinó las competencias de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, señalando la Sala:

“Ante el silencio de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y la inexistencia de una ley que regule la Jurisdicción contencioso-administrativa, es propicia la ocasión para que la Sala, tal y como lo ha hecho en otras oportunidades (véase sentencias Nos. 1209 del 2 de septiembre, 1315 del 8 de septiembre y 1900 del 27 de octubre todas del año 2004), actuando como ente rector de la aludida jurisdicción, delimite el ámbito de competencias que deben

serle atribuidas, en el caso concreto, a las Cortes de lo contencioso Administrativo, siguiendo a tales efectos y en líneas generales, los criterios competenciales de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como las interpretaciones que sobre la misma fue produciendo la jurisprudencia, todo ello armonizado con las disposiciones de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y los principios contenidos en el Texto Constitucional vigente...”

De acuerdo, a la sentencia aludida entre otras competencias las Cortes de lo Contencioso Administrativo, serán competentes de conformidad con el numeral 8 “Conocer de las abstenciones o negativas de las autoridades o funcionarios distintos a los establecidos en el numeral 26 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, o distintos a los de carácter estatal o municipal, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes.”

Puede afirmarse que en una clara extralimitación de funciones y usurpación de funciones la Sala Político Administrativa ha legislado el régimen competencial de los Tribunales Superiores y las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

3. Fundamentación Jurisprudencial: La jurisprudencia ha jugado un rol determinante en la construcción de los principios reguladores de este recurso.

De acuerdo a Urdaneta (1999)

“La acción de carencia o por abstención ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, por lo cual resulta impretermitible mencionar algunos de los principios configuradores de la misma,:

1. Se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados (C.P.C.A., Caso Yanucci: 28-10-87).

2. Su objeto o materia es la abstención o negativa de los funcionarios de la Administración a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes (CSJ., Caso Vizcaya Paz: 28-02-85), vale decir, el hecho que puede dar lugar al recurso es la negativa expresa de la Administración en realizar determinado acto, o su abstención (silencio) en ejecutarlo (CSJ., Caso Rangel Burgoin: 13-06-91), cuando existe una norma legal expresa que ordene a la Administración a dictar o a realizar un determinado acto y cuando la Administración no se haya pronunciado en modo algunos durante el

procedimiento previo a la formación de la voluntad administrativa que se requiere (CSJ., Caso Pérez Salinas: sentencia del 05-08-93; y Caso Álvarez Giménez: auto del 09-11-89), siempre y cuando la omisión de la Administración que habilita el ejercicio de la acción de abstención sea la específica de pronunciarse y no la genérica que ha venido exigiendo la jurisprudencia en el caso de la acción de amparo por mora (CSJ., Caso Durán Díaz: 11-07-91).

3. Tal inactividad o negativa no solo resulta ilegal o ilegítima, sino también lesiva para los derechos e intereses de los administrados por lo que la otra finalidad de este especial recurso es el de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la administración (C.P.C.A.: Caso Yanucci, 28-10-87).

4. Podría haber una negativa o abstención del despacho de justicia para dar cumplimiento a la sentencia, pero su proceder no conduce a que el interesado tenga la vía del llamado recurso por abstención “o negativa”, porque ésta es una acción autónoma que se da cuando la autoridad nacional no cumple algún acto a que estuviere obligado por ley expresa, y no existe alguna regla legal que califique el cumplimiento de una sentencia judicial de “acto realizable por la autoridad administrativa” sino que se inscribe dentro de las funciones de cada Tribunal encargado de ejecutar, cumplir y hacer cumplir las sentencias (CSJ., Caso Rojas: 09-05-90).

5. Tiene por efecto un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta en vista de un imperativo legal expreso y específico que ella se niega a cumplir (CSJ., Caso Vizcaya: 28-02-85).

6. No es una decisión lo que se busca, como si se tratara del silencio administrativo negativo, donde la obligación de decidir sigue pesando sobre la Administración, a tenor del artículo 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino una actuación obligatoria y material de la misma Administración, que no puede obviarse con un acto declarativo. Es decir, que si lo que se trata es lograr que un organismo administrativo cumpla con una prestación, porque a ello está obligado, por la ley, los interesados pueden optar por el recurso de abstención, porque en éste, de no cumplir voluntariamente la Administración, el Tribunal contencioso-administrativo puede hasta llegar a suplir la conducta omitida, sustituyéndose, dentro de sus poderes de ejecución de sus propios fallos a la propia Administración remisa y rebelde (CPCA., Caso Yanucci: 28-10-87).

7. Para intentar un recurso por carencia no es necesario, que se siga un procedimiento administrativo propiamente dicho con sus respectivos recursos que agoten la vía administrativa porque, precisamente, lo que se busca es que la administración pública dicte un auto el cual se niega a dictar un auto (CSJ.: 20-10-94).

8. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establece un procedimiento ni condiciones específicas de cualidad o interés para el llamado recurso de carencia, por lo que, aplicando lo dispuesto en el artículo 102 ejusdem, se debe aplicar el procedimiento relativo a la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares adaptado a las peculiaridades del recurso, ya que lo que se busca es que la administración dicte un acto de efectos particulares que se abstiene o se niega a dictar, y entonces se debe exigir al recurrente la misma cualidad o interés que exige el artículo 121 de la normativa en comentario (CSJ., Caso Vizcaya: 28-02-85).

III. CAUSALES DE INADMISIBILIDAD

Las causales de inadmisibilidad se rigen por las previstas en el artículo 19 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia que se tomaron del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo en los siguientes términos:

“Se declarará inadmisibile la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada.”

IV. OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN.

En este punto, hay que observar como se vislumbran los dos aspectos posibles motivos o circunstancias, por los cuales se puede recurrir al Órgano Jurisdiccional Contencioso Administrativo, con ocasión de un Recurso de Abstención, como lo figurarían, en primer lugar, la negativa del funcionario a actuar o cumplir el acto al cual esta expresamente obligado por ley; o en segundo lugar, la simple carencia o abstención, entendida como una negativa presunta o inacción siempre y cuando

frente a ésta, exista una obligación específica y predeterminada en una norma de rango legal. Tales situaciones, son constitutivas de una doble ilicitud, en primer termino, por el quebrantamiento de la norma específica que impone la obligación específica de actuar de determinada manera para el funcionario público, y en segundo lugar, al violentar visiblemente el Principio de Legalidad, cuyo imperativo ciñe estrictamente el obrar de la Administración Pública, e impone a la misma, la obligación irresistible de proceder en la forma y límites predeterminados por la ley, lo cual constituye una garantía para los administrados que usualmente se traduce en la ineficacia de los actos cumplidos con su violación, pero que en el caso específico de la materia del Recurso por Abstención, se verificaría como la protección ante las conductas de contenido negativo, ya sea por inercia presunta o por negativa expresa, así lo sostiene Carrillo (1999)

Estas actitudes son la esencia intrínseca de la ausencia o carencia administrativa la cual es definida idénticamente, en dos sentencias líderes dimanadas de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en primer lugar, en fecha 28 de Febrero de 1985, bajo ponencia del Magistrado Luís Enrique Farias Mata, en el conocido caso Eusebio Igor Vizcaya Paz Vs. Universidad del Zulia, y posteriormente, en fecha 3 de Octubre de 1985, bajo ponencia del Magistrado Luís Enrique Farias Mata, caso Iván Pulido Mora Vs. Contraloría General de la República, identificándola como

“... la omisión de esas mismas administraciones de crear actos cuyos supuestos de hecho, expresamente se encuentran regulados por el legislador y que aquellas se niegan a acatar (“cumplir” es el término empleado por la ley) al no deducir de esos supuestos de hecho la consecuencia jurídica que el texto legal les impone...; por lo que emerge incontrovertiblemente la conclusión, de que el recurso procesal de abstención, se refiere al cumplimiento efectivo de los actos omitidos por la administración activa, nunca agotándose en el simple esquema de pronunciamiento o fallo de carácter declarativo por el Tribunal que conozca sobre la ilicitud de la omisión en cuestión, sino que este llevaría inequívocamente, la realización de un cúmulo de actuaciones, por parte de la Administración condenada, para subsanar la lesión denunciada por el administrado accionante en su pretensión.

En dicha pretensión el recurrente tiene como finalidad, el lograr, a través de la intervención del Tribunal Contencioso Administrativo, el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene a cumplir, siempre y cuando, el accionante tenga derecho a ello y exista la norma que contemple el deber de la Administración a actuar, por lo que “ el objeto del recurso no es, ni un acto administrativo, ni la indebida ausencia, por vía general de este, ni una ilícita actuación material de la Administración sino la Abstención

o negativa del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto- en el sentido de actuación- del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una Ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone”

V. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CARENCIA O ABSTENCIÓN

1. Es un recurso que procede contra la denegación del no-acto, contra la abstención o negativa de los funcionarios públicos a cumplir determinados actos, y no contra un acto administrativo tácito de denegación presunta;
2. Constituye un remedio contra el incumplimiento de una obligación legal de decidir, y busca una actuación judicial que obligue a la Administración a adoptar la decisión omitida, no deduciéndose de la interpretación de la normativa que el juez contencioso-administrativo pueda sustituirse a la Administración y proveer en lo conducente.

VI. ALCANCE DEL RECURSO

Persigue el restablecimiento de la situación jurídica infringida, el juez ordena a la Administración a realizar el acto o prestación- actividad o comportamiento ilegalmente omitidos.

VII. DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR ABSTENCIÓN O CARENCIA Y EL RECURSO DE ANULACIÓN

Si bien es cierto, que entre el Recurso Contencioso Administrativo de nulidad y el recurso de abstención existen algunos rasgos de similitud, por ser ambos mecanismos procesales pertenecientes a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales persiguen como finalidad común, el control de las conductas de la Administración Pública por la intervención de un órgano jurisdiccional; no es menos resaltante el hecho, que poseen elementos configurativos propios y característicos, que los diferencian y distinguen en su origen, naturaleza, objetos y efectos.

- El Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad, es un medio mediante el cual un administrado afectado en su esfera jurídica subjetiva por un acto dimanado por cualquier órgano de la Administración Pública, recurre al Tribunal competente para atacar la validez de dicho acto preexistente por razones de violación normativa, ya sea constitucional o legal, con la pretensión ulterior de que sea declarada judicialmente la nulidad de tal pronunciamiento administrativo; por lo que se deduce que el atributo primordial de dicho recurso, es el hecho de que siempre e invariablemente estará precedido de un acto previo por el cual se recurre, entendido éste, como una actuación positiva o material.
- El Recurso por Carencia o Abstención, es un instrumento procesal por medio del cual, un administrado también afectado en su esfera jurídica subjetiva, esta vez no por un acto administrativo expreso y precedente, sino por una inercia en el actuar del funcionario administrativo que se encuentra inevitablemente conminado a realizar una actuación específica y predeterminada por el mandato irresistible que le impone el contenido de una norma de rango legal, recurre de dicha conducta omisa, inactividad, incumplimiento o inejecución de actuación que vulnera la imposición concreta del legislador, e inclusive de una veleidosa negativa expresa por parte del funcionario en cumplir su carga. La pretensión va encaminada a lograr un fallo sobre la “obligatoriedad de determinado acto o de realizar una actuación concreta” por la Administración, y a la cual se constriñe mediante una orden judicial de cumplimiento efectivo de la obligación impuesta por ley, no obstante, en el caso de que la Administración se mantenga en una actitud negativa contumaz ante dicho fallo jurisdiccional que le ordena efectuar su obligación legal, se podrá obtener una dispensa jurisdiccional del acto requerido, subsanándose de tal forma la omisión impugnada.

Esta última precisión pone en evidencia la utilidad del recurso, su operatividad y conveniencia, y constituye un paso más, con respecto al de anulación, en cuanto tiene que ver con el proceso de reducir la arbitrariedad administrativa; abriéndose con él, por otra parte, nuevo campo al legislador si deseara garantizar un derecho individual íntimamente conectado al interés colectivo.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

Estos aspectos dimanar de la normativa que rige el aspecto procesal, como ya apuntamos supra en el momento actual ha sido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia, la que ha determinado el régimen competencial de los Tribunales Superiores y las Cortes de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

1. Juez Competente

Según se trate del funcionario de acuerdo al nivel, id est, nacional, estatal o municipal, el juez competente variará.

- Si se trata de funcionarios del nivel nacional de conformidad con el artículo 5 numeral 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo: el Presidente de la República o el Vicepresidente de la República, el Alcalde Metropolitano la competencia será de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia
- Si se trata de conductas omisivas de funcionarios distintos a los precedentemente nombrados, conocerán las Cortes de lo Contencioso Administrativo.
- Si se trata de conductas omisivas de funcionarios estatales o municipales, el juez competente será el juez del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

2. Procedimiento

Si bien el Ordenamiento jurídico venezolano sólo se limitó a prever la existencia del recurso subexamen, sin embargo, nunca se ha establecido un procedimiento propio que regule la tramitación de dicho recurso, por lo que ha sido labor de la actividad jurisprudencial, implementando la técnica de aplicación analógica y para cubrir la inexistencia de la normativa adjetiva del recurso de carencia o abstención, mayoritariamente se ha inclinado en utilizar el procedimiento del recurso de anulación de actos de efectos particulares.

3. Caducidad

En la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la vigente Ley del Tribunal Supremo de Justicia el lapso de caducidad es de seis meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, según artículo 21 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

4. Legitimación

La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exigía al interesado, para poder recurrir, un interés personal, legítimo y directo, en cambio en la nueva Ley del Tribunal Supremo de Justicia la característica del interés es sólo legítimo, de acuerdo a la sentencia FIVENEZ de la Sala Político Administrativa año 2002.

5. Medidas Cautelares

De acuerdo a la Constitución, la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la Administración dependiendo del caso concreto.

En el sentido, la Sala Político Administrativa, ha sentado jurisprudencia al respecto, al señalar:

“...en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado actualmente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para emitir todo tipo de medida cautelar que se requiera en cada caso concreto, esto es, puede decretar todo tipo de mandamientos –como la suspensión del acto recurrido, medidas positivas e incluso anticipativas- ante todo tipo de actividad o inactividad administrativa, incluyendo actos de efectos particulares o generales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones, etc. (...) el Juez tiene un amplio poder cautelar, que le permite tomar cualquier medida cautelar para garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del fomis bonis juris y del periculum in mora. En efecto, son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva” SPA 17/04/01. Sent.662

Dentro del sistema de medidas cautelares previsto en el contencioso administrativo venezolano, encontramos la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado, medida cautelar propia y exclusiva del contencioso administrativo, ésta es la medida cautelar nominada del contencioso administrativo, prevista en la derogada Ley de la extinta Corte Suprema de Justicia y en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, condicionada a exigir al solicitante caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.

En miras a ampliar el poder cautelar, los jueces del contencioso administrativos también han venido utilizando las medidas cautelares innominadas,

previstas en el Código de Procedimiento Civil, medidas que, como bien lo ha destacado la doctrina civilista, significaron un gran avance en el propio campo de los procesos ordinarios, ahora llevado, al campo del Contencioso Administrativo.

6. Poderes del Juez

Tomando como referencia la doctrina patria y foránea, el juez contencioso administrativo tiene amplios poderes que varían según del contencioso de que se trate:

- El Poder del juez contencioso administrativo como intérprete, esto es, debe realizar una labor integradora o de interpretación. del de
- Poderes del juez contencioso administrativo para lograr la efectividad del fallo, importancia fundamental han adquirido las medidas cautelares, llamado también poder cautelar del juez.
- Poderes del juez contencioso administrativo en la ejecución de sus sentencias, en este sentido, hay distintos fallos donde no sólo se decide, sino que se ordena a la Administración a cumplir el fallo en un lapso de tiempo perentorio, so pena de materializar la ejecución forzosa.

REFLEXIONES FINALES

Dentro de la concepción del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia debe existir la garantía a los ciudadanos, no solamente de control de las actuaciones de los diferentes órganos del poder público, sino también, el control de las omisiones en que incurren los funcionarios públicos.

Como consecuencia de la tendencia hacia la universalidad del control, el recurso por carencia o abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen, está puesto a la disposición de los particulares para acceder a la justicia administrativa.

Siendo una garantía para los administrados, este recurso debe estar concebido dentro de los principios de celeridad, economía y eficacia de la actividad administrativa.

Haciendo uso del principio de progresividad en el sentido de la aplicación de la norma de una manera progresiva, debe adaptarse el recurso por carencia o abstención al nuevo Estado Social de Derecho donde el ciudadano tiene pleno derecho de obligar al ente u órgano a decidir. Asimismo, no sólo la abstención debe provenir de la Administración sino de cualquier Órgano del Poder Público.

Es necesaria la consagración de este recurso que sirva para que los órganos jurisdiccionales controlen efectivamente la inactividad tanto formal como material del poder público. Actualmente, el recurso por abstención, carencia o negativa, no responde al derecho a la tutela judicial efectiva contra la inactividad.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo, determina la admisibilidad de la acción de amparo constitucional por omisión respecto de las conductas omisivas provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, entendida como resistencia a decidir el derecho de petición dentro de los lapsos establecidos legalmente. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales en lo contencioso- administrativo, protegerán el derecho humano de protección jurisdiccional frente al daño que representa la dilación o inactividad del proceso, materializándose así la tutela judicial efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo J. José. (1996). **Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo**. Vadell Hermanos. Caracas.

Badell. Rafael.(1995). **El Recurso por Abstención o Carencia. Derecho Procesal Administrativo**. Vadell hermanos. Caracas

- Brewer C. A. (1997). **Instituciones Políticas y Constitucionales Tomo VII.** Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira. Caracas.
- Carrillo A. Carlos Luís. (2004). **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia Comentada.** Fundación de Estudios del Derecho Administrativo. Caracas..
- (1999). **El Recurso Jurisdiccional contra las Abstenciones u Omisiones de los Funcionarios Públicos.** UCAB. Caracas.
- Chinchilla Marín. Carmen. (1991). **La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa.** Madrid..
- Urdaneta S. Carlos Alberto. (1999). **Publicaciones Jurídicas Venezolanas.** Revista 114. Caracas.

REFERENCIAS LEGALES

- Constitución de la República de Venezuela.** Imprenta Nacional. Caracas. 1961
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Gaceta Oficial N° 5453. Extraordinaria. De fecha 24 de marzo de 2000
- Ley Orgánica de la Orgánica Suprema de Justicia.** Editorial. Eduven. 30 de julio de 1976. Caracas
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** Gaceta Oficial N° 37.942. de fecha 20 de mayo de 2004
- Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.** Gaceta Oficial N° 34.060 Extraordinaria 27 de setiembre de 1988