AAU1084

TESIS
DA 2011
C4

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

MECANISMOS PROCESALES PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, FRENTE A LOS RECLAMOS POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

AAU 1084 001 00000

Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo.

Autor: Sandra M. Cervellione Pérez

Asesor: José Luis Villegas Moreno

Caracas, 24 de Febrero de 2011

UNIERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Sandra Cervellione Pérez,** para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **Mecanismos Procesales para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva, Frente a los Reclamos por la Prestación de Servicios Públicos**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Barinas, a la fecha de su presentación.

José Luis Villegas Moreno
C.I. V.-12.970.978.

DEDICATORIA

A Dios, por darme la vida y los sueños vividos, la experiencia adquirida, la sabiduría dada, tener a mis padres, los sueños brindados, la familia, los amigos, a ti mi Dios bondadoso, agradezco todo cuanto me has dado y quiero dedicarte de todo corazón este pequeño logro, que para mi representa una meta importante en mi camino.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, debo agradecer a mi Dios por haberme permitido vivir la gran experiencia de aprender todos los días, el Señor me enseña algo nuevo cada día.

A mis padres, gracias a su esfuerzo y constancia he podido llegar a ser lo que soy.

A mis hermanos, Gina y Andrés, por creer siempre en mí.

A mis sobrinos Andrés Miguel y Carmen Cecilia, espero que mi perseverancia y constancia, pueda servirles de ejemplo en el largo camino que apenas emprenden.

A mi amiga y socia Oliva, por tu amistad, comprensión y sobre todo por siempre impulsarme a seguir adelante, Dios te bendiga.

A mi amiga Nelda, un agradecimiento especial, eres un ser humano lleno de luz, que alumbró mi camino cuando se oscurecía.

A mis amigos, María Andreina y Félix Moisés, por haberme acompañado desde el principio de esta aventura, gracias a ustedes, aprendí lo importante de trabajar en grupo.

A mis amigas Olga y Vanessa, por su amistad, compañía y motivación para seguir adelante.

A mi tutor José Luis Villegas, sin él, este último paso en el sueño, no sería realidad, gracias.
A todas las personas que de una u otra manera contribuyeron al logro de esta meta

A todos de verdad, Gracias.

ÍNDICE GENERAL

	pág
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO GARANTIA ANTE EL RECLAMO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS	8
1. Noción de tutela judicial efectiva	8
1.1. Estado democrático	8
1.2. Estado Social	8
1.3. Estado de derecho	8
1.4. Estado de Justicia	9
2. Naturaleza jurídica de la tutela judicial	17
3. Elementos característicos de la tutela judicial	22
4. Principios que rigen la función de la tutela judicial efectiva	25
4.1. La universalidad	25
4.2. El derecho a la tutela judicial efectiva	26
4.2.1. El derecho de acceso a la justicia	26
4.2.2. La idoneidad del proceso	27
4.2.3. El derecho a la efectividad de la sentencia	27
4.3. La tutela judicial frente a los reclamos por la prestación de servicios públicos	28
5. Noción de servicio público	29

CAPITULO II

CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 34

1. Control de la Administración 34

1.1. Control directo 37

1.2. Control indirecto 40

1.2.1. Participación ciudadana 42

1.2.2. Contraloría Social 48

CAPITULO III

COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CONSAGRADAS EN EL TEXTO FUNDAMENTAL 52

1. Principio de legalidad 52

2. Competencia 54

3. Contencioso administrativo 55

3.1. Concepto 55

3.2. Características del Contencioso administrativo 57

3.2.1. La naturaleza de la relación jurídica sustancial que se debate 57

3.2.2. Naturaleza de la causa pretendi 57

3.2.3. El hecho de que el mismo esté constituido por un proceso contra un acto formal de la Administración 58

3.2.4. La imputación a la Administración de un vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad 58

3.2.5. La naturaleza de los poderes del juez al dictar la decisión 58

3.3. Tribunales superiores contenciosos administrativos 60

3.4. Cortes de los contenciosos administrativos 60

3.5. Sala político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia 63

CAPITULO IV
MECANISMOS PROCESALES DE DEFENSA JURISDICCIONALES PREVISTOS PARA EL RECLAMO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS 68
1. Noción general de pretensión procesal administrativa 68
1.1. Pretensiones relativas al nacimiento del servicio público 72
1.2. Pretensiones relativas al funcionamiento del servicio público 73
1.3. Pretensiones relativas a la extinción del servicio público 75
2. Recurso por abstención o carencia 76
3. Amparo 80
4. Mecanismo idóneos 86
CAPITULO V
SUJETOS ACTIVOS LEGITIMADOS PARA EL RECLAMO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 93
1. Usuarios o administrados 97
2. Órganos de la Administración Pública 100
2.1. Defensoría del Pueblo 100
2.2. Ministerio Público 111
2.3. Procuraduría General de la República 115
CONCLUSIONES 118
RECOMENDACIONES 130
BIBLIOGRAFIA 132

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

MECANISMOS PROCESALES PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, FRENTE A LOS RECLAMOS POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Autor: Sandra Cervellione Pérez
Asesor: José Luís Villegas
Fecha: Junio 2010

RESUMEN

La presente investigación analiza los mecanismos procesales para garantizar la tutela judicial efectiva, frente a los reclamos por la prestación de servicios. Debido a que puede hacer el usuario ante la anormalidad en la prestación de los servicios públicos, y la necesidad de éste de acceder a la vía judicial en procura de una solución eficaz para la restitución del servicio o la prestación del mismo. El objetivo consistió en analizar en el ordenamiento jurídico vigente los mecanismos procesales para garantizar la tutela judicial efectiva, frente a los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Se conocieron cuales mecanismos procesales contempla el ordenamiento jurídico, para que el usuario pueda accionar por la vía judicial su pretensión de reclamo por la prestación anómala de un servicio público, el cual es competencia de la Administración pública, la cual le viene dada por ley, y si estos mecanismos procesales garantizan una tutela judicial efectiva, para el accionante, que busca en primer lugar la prestación de un servicio público de calidad, prestado en condiciones de continuidad y eficiencia, o puede ser que el mismo no haya sido prestado, a pesar, de que el ordenamiento jurídico consagra la obligación de la Administración Pública de cumplir con esa actividad administrativa. Igualmente se determinaron tanto el control directo e indirecto, que tiene la Administración pública para garantizar a los administrados un servicio de calidad, los cuales son ejercidos en primer término por la Contraloría General de la República y en segundo término las Contralorías Sociales, a través de la participación ciudadana. La presente investigación se centró en el análisis de la doctrina y jurisprudencia.

Descriptores: Mecanismos procesales, servicios públicos, tutela judicial efectiva, órganos competentes.

INTRODUCCIÓN

Es innegable la importancia de la prestación de los servicios públicos para la colectividad, ya que los mismos son considerados de primera necesidad, por lo que la prestación de estos, debe ser la más optima posible, para que así, el usuario pueda gozar de un servicio público de calidad, ello atendiendo a los principios fundamentales consagrados por la doctrina para la prestación de los mismos.

Sin embargo, existe una palpable ineficiencia en la prestación de los servicios públicos, ante lo cual el usuario, utiliza la vía jurisdiccional, específicamente la contenciosa administrativa, para reclamar la prestación o eficiente prestación de estos, sin embargo, en la actualidad, el usuario da muy poca importancia a conseguir que estos servicios públicos, se presten con normalidad. Pudiéndose llegar a pensar que el usuario, podría encontrarse desprovisto de la tan mencionada llamada tutela judicial efectiva o de pretensiones procesales para hacer el reclamo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999, reconoce expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si bien, la Constitución Nacional, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, no define que debe entenderse por ésta, por lo que se debe recurrir

a la doctrina, para conocer su conceptualización, lo cual se llevará a cabo en la presente investigación.

La tutela judicial efectiva debe vincularse, con la garantía de la seguridad jurídica que protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos. Pero además, la tutela judicial es un mecanismo garante del respeto del ordenamiento jurídico en todos los órdenes y la sumisión al derecho tanto de los individuos como de los órganos que ejercitan el Poder.

Cabe agregar, que ésta garantía fundamental no llega hasta la sentencia dictada con prontitud, sino, que va más allá del acceso de todos los ciudadanos a los órganos de justicia, para, que se cumpla el procedimiento legalmente establecido para esa pretensión y que la sentencia no vale solamente sea dictada en el lapso legalmente establecido y la misma debe estar ajustada a derecho y ser realmente ejecutada para satisfacción del Estado de Derecho y del recurrente, porque no puede hablarse de tutela judicial efectiva, si la sentencia se queda solamente en el papel, está no cumpliría con su objeto, como lo es la efectividad y ejecución de dicho mandato, para el restablecimiento en el caso concreto, de un servicio público o la buena prestación del mismo.

Es claro, que la carta fundamental incluye dentro de las competencias de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa, la de conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos. Sin embargo, para muchos doctrinarios expertos en la materia, esta disposición amerita una inminente reforma legislativa que adapte la legislación preconstitucional en esta materia, al principio de Tutela Judicial Efectiva y delimite el ámbito de este control respecto de aquellos de carácter extrajudicial o que también se dirigen, en el ordenamiento jurídico venezolano, a controlar la eficacia administrativa, tratándose siempre de plantear la posibilidad de reclamar judicialmente por la efectiva y correcta prestación de los servicios públicos previamente establecidos en la ley, en el marco de las relaciones jurídicas Administración-usuarios.

La doctrina, ya había planteado la necesidad de ampliar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los fines de que se incluyera un control directo sobre la eficiencia de los servicios públicos, así lo proponía Rondón de Sansó, al poner de relieve la situación de indefensión de los usuarios de los servicios públicos, siendo lamentablemente deficiente su prestación ordinaria por parte de la Administración venezolana, ya que nunca ha existido ni existe en Venezuela un medio jurídico idóneo jurisdiccional eficaz y eficiente, mediante el cual el usuario pueda reclamar frente a quien presta el servicio, sea la Administración de manera directa o

de manera indirecta a través del contrato de concesión, el cumplimiento debido del mismo, esto es, que se preste de manera continua, eficiente y con los costos exigidos, bien por las partes, bien impuestos por el ordenamiento jurídico.

Es claro, que en el sistema procesal administrativo se carecía y carece de un mecanismo contencioso administrativo por el cual, se controle la eficacia en cuanto principio constitucional de la actividad administrativa, sobre todo de aquellas actividades prestacionales llamadas *stricto sensu,* que la Administración debe prestar a los particulares.

No cabe duda, de que existe un vacío legal, ya que en la legislación contenciosa administrativa, no se prevé ningún medio propio o especifico de los servicios públicos, que garantice a los usuarios la reclamación por la prestación ineficiente o anormal de los mismos, solo por vía jurisprudencial se han nombrado algunos mecanismos o pretensiones procesales para tales reclamaciones, pero ellas no son ni las más eficientes ni expeditas para los reclamantes y menos aún existe un criterio único o unificado por parte del máximo tribunal a este respecto.

En este sentido, el usuario presenta cierta apatía o resta importancia a la calidad en la prestación de los servicios públicos, pudiéndose subsumir dicha conducta en dos supuestos: Estar habituados o acostumbrados al mal

servicio o a la falta absoluta de este, lo cual se ha hecho costumbre por parte de la Administración y La falta de confianza en el órgano jurisdiccional, por no presentar un medio idóneo y eficaz para el restablecimiento del servicio, según los principios constitucionales sobre la actuación de la administración pública.

Por todo lo antes expuesto, se evidencia la necesidad de llevar a cabo éste proyecto de investigación, el cual se organizará en Capítulos y la información que se refiere en cada uno de éstos, será la siguiente:

El Capitulo I, comprende la tutela judicial efectiva como garantía ante el reclamo de los servicios públicos, el estado democrático, el estado Social, el estado de derecho y el estado de Justicia, naturaleza jurídica de la tutela judicial, elementos característicos de la tutela judicial, principios que rigen la función de la tutela judicial efectiva como son: la universalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la justicia, la idoneidad del proceso, el derecho a la efectividad de la sentencia y la tutela judicial frente a los reclamos por la prestación de servicios públicos y la noción de servicio público.

El Capitulo II, abarca el control de la administración pública en la prestación de los servicios públicos, el control directo y el control indirecto ejercido por la participación ciudadana y la contraloría Social.

El Capítulo III, incluye la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa, consagradas en el texto fundamental, partiendo del principio de legalidad, competencia, concepto del contencioso administrativo, sus características, los tribunales superiores contenciosos administrativos, cortes de los contencioso administrativo y la Sala político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

El Capítulo IV, contiene los mecanismos procesales de defensa jurisdiccionales previstos para el reclamo en la prestación de servicios públicos, la noción general de la pretensión procesal administrativa y los recursos o pretensiones por abstención o carencia y el amparo.

El Capítulo V, contiene los sujetos activos legitimados para el reclamo por la prestación de los servicios públicos, los usuarios o administrados, órganos de la administración pública como: la defensoría del pueblo, ministerio público y la procuraduría general de la República.

Por último se realizarán las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

De esta manera, se persigue satisfacer el propósito de la investigación, aplicando las técnicas y procedimientos adecuados para el registro de la

información que permiten cumplir con los objetivos planteados, según el marco espacial, temporal y científico que la sostiene.

CAPITULO I

DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO GARANTIA ANTE EL RECLAMO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

1. Noción de tutela judicial efectiva

El sistema esencial de la República Bolivariana de Venezuela, encuentra su lineamiento básico en el contenido del artículo 2 de nuestra Constitución, el cual define al Estado Venezolano como "***democrático y social de derecho y de justicia***".

1.1. **Estado democrático** es el sustento de toda la organización política de la Nación basada en los principios fundamentales, que se inicia por el ejercicio de la soberanía mediante el mecanismo de la democracia directa y de la democracia representativa.

1.2. **Estado Social** es aquel que tiene por objetivo la búsqueda de la justicia social, que lo lleva a intervenir en la actividad económica como estado prestacional.

1.3. **Estado de derecho** es el que está sometido al imperio de la Ley, es decir, a la legalidad, lo cual se enlaza con el principio de supremacía constitucional del artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece: "La

Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución." En concordancia con el sometimiento de los órganos del Poder Público a la Constitución y las Leyes, contenido en el artículo 137 eiusdem, a los sistemas de control de constitucionalidad, que se mencionan en los artículos 334 y 336 ibídem (Control abstracto o difuso y control concreto) y del control contencioso administrativo, como lo prevé el artículo 259 del citado texto.

El citado artículo 334 Constitucional expresamente contempla: "...en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente."

1.4. **Estado de Justicia** es aquel que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, lo que le lleva a regular expresamente el principio de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. (Allan Brewer Carias. "Debates Constituyentes. Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente.)

Nuestra Carta Magna en concordancia al citado artículo 2, reconoce expresamente este derecho a la tutela judicial efectiva al consagrar en su artículo 26, lo siguiente:

> "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".

Si bien, la Constitución Nacional, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, no define que debe entenderse por esta, por lo que se debe recurrir a la doctrina, para conocer su conceptualización, para los doctrinarios Bello y Jiménez (2004, 22) al respecto seña:

> "…. Tutela Judicial Efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 Constitucional, según la primera corriente, es decir, que por Tutela Judicial Efectiva se entiende derecho al acceso a los órganos de administración de justicia, derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho a al debido proceso, derecho a la defensa, derechos a ser notificado de los cargos que se imputan, derecho a

> vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él...".

Es así, como la jurisprudencia, define lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva, ya que la Carta Magna, no hace una definición de la misma sino que se limita, a establecer que las personas podrán acudir a la vía judicial en la búsqueda de la defensa de sus derechos e intereses y que la misma será gratuita, entre otras cualidades, como la ejecutoriedad de la sentencia tal como lo señala la jurisprudencia in comento, lo cual hace de la siguiente manera

> "...El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades".

En otra oportunidad, la misma Sala Constitucional del máximo Tribunal de Justicia, con motivo a la Tutela Judicial Efectiva en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de Mayo de 2.001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, N° 708, Exp. N° 1683, expresó:

> "Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 **eiusdem**, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.
> *El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades*

> *no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas* y sin formalismos o *reposiciones inútiles (artículo 26* ***eiusdem****), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura….".*

De la decisión antes transcrita, se denota que para la Sala Constitucional del más alto Tribunal del país, la tutela judicial efectiva es un derecho de amplio contenido, que involucra más que el acceso a la justicia, es el derecho a obtener una decisión razonada y justa, como lo es un proceso con las mínimas garantías constitucionales procesales, que se encuentran contempladas en el artículo 49 Constitucional.

Para Bello y Jiménez (2004, 25), la segunda corriente considera a la Tutela Judicial Efectiva como:

> "algo diferente a la suma de los derechos y garantías procesales constitucionales, que comprende el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática; el derecho a recurrir de la decisión o sentencia; y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia".

Según esta corriente, la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 26 Constitucional, no involucra la suma de los demás derechos o garantías procesales constitucionales contenidos en el artículo 49 eiusdem. Partidario de ésta corriente se encuentra el profesor Escobar (2001 citado por Bello y Jiménez, 2004, 26), quien al comentar el principio del debido proceso señala:

> " El debido proceso es el concepto aglutinador de los que así ha llamado el derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución, que le permiten al justiciable obtener una justicia pronta y efectiva, cuyo contenido no debe cerrarse sino que debe atender a una elenco de garantías procesales como son, la celeridad procesal, la motivación, la congruencia, la transparencia el juez natural, el proceso sin formalismos inútiles, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el principio de publicidad y otros similares".

El criterio del Profesor Escobar León es, a todas luces un diferenciación entre el derecho o garantía constitucional procesal del debido proceso, que es considerado por el autor como la suma de los derechos o garantías constitucionales o procesales, derecho constitucional procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar, que dentro del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para Bello y Jiménez (2004, 32), la tutela judicial efectiva es:

> "…. una garantía constitucional autónoma, independiente y diferente a cualquiera de las garantías o derechos constitucionales procesales a que se refiere el debido proceso contenido en el ya citado artículo 49 Constitucional, de donde inferimos, que la lesión a las garantías mínimas que debe contener todo proceso judicial que se ubican en el debido proceso, no conlleva a la lesión o violación a la tutela judicial efectiva; e igualmente, la lesión o violación a la garantía de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 26 Constitucional, no involucra, conlleva o produce la lesión o violación del debido proceso legal.
> Tutela judicial efectiva comprende derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; derecho a obtener una decisión motivada, razonada, justa congruente y que no sea jurídicamente errónea; derecho a recurrir de la decisión; y derecho a ejecutar la decisión, por lo que si se lesionan o violan en el proceso alguna de estas garantías, se vulnerará la tutela judicial efectiva y consecuencialmente el artículo 26 Constitucional, no así el artículo 49, el cual establece los derechos o garantías constitucionales del debido proceso……"

Es importante apuntalar, que el criterio asumido por nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en posición de la Sala Constitucional, no es el de la segunda corriente explanada por Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos, ya que, para la Sala Constitucional, al existir violación de cualquiera de los derechos consagrados en el artículo 49 Constitucional, se está en contravención con lo dispuesto en el artículo 26 eiusdem, que no es más que el derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva.

Es claro, que la carta fundamental incluye dentro de las competencias de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa, la de conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos. Sin embargo, para muchos doctrinarios expertos en la materia, esta disposición amerita una inminente reforma legislativa que adapte la legislación preconstitucional en esta materia, al principio de tutela judicial efectiva y delimite el ámbito de este control, respecto de aquellos de carácter extrajudicial o que también se dirigen, en el ordenamiento jurídico venezolano, a controlar la eficacia administrativa, tratándose siempre de plantear la posibilidad de reclamar judicialmente por la efectiva y correcta prestación de los servicios públicos, previamente establecidos en la ley, en el marco de las relaciones jurídicas Administración-usuarios.

2. Naturaleza jurídica de la tutela judicial

Después de lo explanado con anterioridad, no cabe duda que la tutela judicial, es un derecho fundamental garantizado por la Constitución Nacional, por así consagrarlo el ya tanta veces citado y mencionado artículo 26 Constitucional, y así ratificarlo la jurisprudencia patria, como por ejemplo en sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 23 de Enero de 2009, N°

127, Exp. 08-153, con ponencia del Magistrado Luis Antonio Ortiz Hernández, al decir:

> "....Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 **eiusdem**, uno de los valores fundamentales presentes en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del estado, en garantía de la paz social. Es así como el estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

No hay lugar a duda, de que el máximo Tribunal de Justicia del país, ha ratificado de manera unánime, que la tutela judicial efectiva es una garantía jurisdiccional, al considerar que la justicia, es uno de los valores primordiales de la vida social, resguardando así el Estado de Derecho, y

trayendo consigo otras cualidades, que la complementan, como lo explana la sentencia en referencia al contemplar:

> "....El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 **eiusdem**), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.
>
> La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles....".

Igualmente prosigue la sentencia, haciendo referencia a una decisión anterior de la misma Sala, de fecha 12 de abril de 2005, (caso: Mario Castillejo Muelas, c/ Juan Morales Fuentealba), la cual determinó que:

> "...el constituyente de 1999 acorde con las tendencias de otros países consagró el derecho a una justicia, accesible, imparcial, oportuna, autónoma e independiente, y estos aspectos integran la definición de la tutela judicial efectiva por parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), cuyo artículo 8 dispone que el derecho de acceso a los órganos de justicia consiste en "...la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, *fiscal o de cualquier otro carácter...".* Es decir, **la tutela judicial efectiva comprende, no sólo el acceso a una vía judicial idónea para la resolución de los conflictos surgidos entre los ciudadanos a través de la aplicación objetiva del derecho mediante una sentencia justa, sino también la garantía de que gozan las partes para ejercer oportunamente los medios recursivos contra las providencias jurisdiccionales, a fin de que puedan ser revisadas en un segundo grado de la jurisdicción...".** (Negritas de la Sala y cursivas del texto)..."

Según se ha visto, la jurisprudencia patria ha desarrollado el término de la tutela judicial efectiva, ya que la Carta Magna la contempla de manera inconclusa, pero también la doctrina ha definido y desarrollado la institución jurídica de ésta, entre ellos encontramos a García (1995, 60) quien califica a

la tutela judicial como "....un derecho subjetivo, el derecho a la jurisdicción o administración de justicia, derecho que responde a la función jurisdiccional".

Por su parte, el profesor Ortiz (2000, 84) afirma: "... que el derecho a la tutela judicial efectiva, puede ser visto como un principio general del derecho de rango constitucional, concluye que debe ser entendido como un derecho fundamental de aplicación directa".

En este orden de ideas, es imperativo resaltar que es pacíficamente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales y por lo tanto, por ser un derecho inherente al ser humano no existe limitación o condicionamiento, por parte de los órganos del poder público y obliga tanto al Estado, como a los particulares, ya que sus efectos son erga omnes.

Resulta oportuno, acotar que en sentencia reciente de la Sala Constitucional fecha del Tribunal Supremo de Justica, de fecha 07 de Octubre de 2.009, signada con el N° 1264, Exp. 09-0114, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, ha dicho al respecto de la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva lo siguiente:

> "... Denunció entre otras cosas la accionante, la violación del derecho a la Tutela Judicial efectiva, siendo que entre las diferentes garantías constitucionales que resguardan al proceso, se

> encuentra precisamente ésta, la cual, a grandes rasgos, pudiera entenderse como aquella que asegura ciertas facultades mínimas de actuación de las personas hasta llegar a la obtención de un juicio e incluso su ejecución. Esta garantía constitucional tiene su base en el artículo 26 de la Carta Magna, norma que no sólo destaca el derecho de acceder a la justicia, para la protección de los respectivos derechos e intereses, sino también el derecho a la tutela efectiva de éstos.
>
> (...) puede apreciarse que la tutela judicial efectiva comprende, el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática (Resaltado añadido); y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia. Al respecto, el autorizado jurista español JOAN PICÒ I JUNOY opina, que la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva tiene, según el Tribunal Constitucional español, un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: 1) El derecho de acceso a los Tribunales; 2) El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; 3) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y 4) El derecho al recurso legalmente previsto....".

3. Elementos característicos de la tutela judicial

En concordancia al citado dispositivo constitucional, el artículo 257 Constitucional establece:

> "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se

> sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales."

En este sentido, destaca el criterio de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, expuesto en sentencia N° 708 de fecha 10 de mayo de 2001, (antes citada) en el cual resalta que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es amplísimo (alcance de los artículos 26 y 257 ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) ya que comprende los siguientes derechos:

- Derecho a ser oído por los órganos de administración de Justicia.
- Derecho de acceso a dichos órganos.
- Derecho a que cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares.
- Derecho a una decisión dictada en derecho, que determine el contenido y extensión del derecho deducido. (Motivación)
- La garantía de que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. (Sin formalismos ni reposiciones inútiles).

En relación a esta garantía, es importante destacar el contenido de la Sentencia Nº 851, de fecha 28 de Julio de 2000, dictada por la Sala Constitucional, caso: José Vicente Pinto, Exp. 00-0159, con ponencia del

magistrado Jesús Eduardo Cabrera, que refiere el contenido de los artículos 26 y 257 del texto constitucional, en cuanto a que el Estado garantizará una justicia sin formalismos, y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, y específicamente señala:

> "...en lo que atañe a los procedimientos diferentes al amparo, el Constituyente quiso evitar una rigurosidad en la observancia de las formalidades no esenciales sin que esto signifique la no sujeción a formalidades esenciales establecidas en las normas legales... Ratificando lo anterior, el Diccionario de la Lengua Española define "formalismo" como la rigurosa aplicación y observancia en la enseñanza o en la indagación científicas, del método recomendado por alguna escuela. 2. Tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias. Por otra parte, el mismo Diccionario define "formalidad" como exactitud, puntualidad y consecuencia en las acciones. 2. Cada uno de los requisitos para ejecutar una cosa. 3) Modo de ejecutar con la exactitud debida un acto público. 4. Seriedad, compostura en algún acto.
> Ahora bien, el juez, de cualquier forma, debe ser prudente en cuanto a obviar formalidades en el proceso de amparo, evitando crear una inseguridad y caos jurídico a consecuencia de la desobediencia absoluta a las formalidades procedimentales establecidas en las normas legales que impliquen, por ejemplo, una violación a otros derechos y garantías constitucionales como es el caso del debido proceso. Sin embargo, cuando la formalidad del procedimiento limita de forma evidente la protección constitucional, el juez está obligado a observar el fondo y omitir los requisitos formales con el objeto de evitar la continuidad de la presunta violación constitucional..."

4. Principios que rigen la función de la tutela judicial efectiva

4.1. La universalidad

Según Urosa (2003, 89), "Tradicionalmente se ha considerado como una de las manifestaciones inmediatas de la constitucionalización del contencioso administrativo, el principio de la universalidad de control, en el sentido de que todo acto administrativo está sujeto a control general, toda manifestación del actuar administrativo está sujeto a control jurisdiccional, en la medida que el mismo afecte la esfera jurídico-objetiva de los particulares...".

De allí, que la función subjetiva de garantía judicial es la que hoy participa al contencioso administrativo, teniendo como destino principal el restablecimiento de las lesiones subjetivas producidas por las relaciones jurídico-administrativas, en otra palabras la pretensión del lesionado, es el objeto del proceso.

Podemos colegir, que la universalidad, trata de la pretensión procesal utilizada, pues de ello dependerá de manera efectiva, la lesión del administrado frente a la administración. Por ello, se debe garantizar que no se excluya ninguna pretensión en el ámbito jurisdiccional, específicamente del contencioso administrativo.

4.2.2. La idoneidad del proceso

Para que la tutela judicial sea efectiva, requiere de un proceso idóneo, que se adecue a la pretensión del ciudadano, la cual va a depender de la naturaleza de la obligación incumplida por la Administración y de ese interés que tenga el administrado.

4.2.3. El derecho a la efectividad de la sentencia

De nada vale que se tenga el acceso al órgano jurisdiccional y se aplique un procedimiento idóneo para la pretensión del recurrente, debe dictarse una sentencia, dentro de las normas del derecho, en el tiempo establecido por la ley, ya que aquí cabria aplicar el principio, de que la justicia tardía no es justicia, pero sobre todas las cosas, que esa sentencia realmente sea ejecutada.

Lo que quiere decir, que realmente el órgano jurisdiccional, conmine a la administración en primer término a una ejecución voluntaria de ésta, y si negándose a ello la Administración, se ejecute forzosamente la misma, para que sea satisfecha la pretensión del recurrente y efectivamente se logre el objetivo, que es la efectividad de la justicia.

4.3. La tutela judicial frente a los reclamos por la prestación de servicios públicos

Sobre este principio, se debe decir, que es incorporado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, ya que dentro de las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, está la de conocer el reclamo por servicios públicos, ello ante la indefensión de los usuarios por la mala prestación de servicios públicos, lo que equivale a una reforma legislativa, donde se incorpore un mecanismo idóneo para la reclamación de servicios públicos como en otros países donde se la denominado el contencioso de los servicios públicos.

Significa entonces, que la tutela judicial efectiva, es un derecho Constitucional de que gozamos los ciudadanos, para acceder a la vía judicial, para hacer valer sus derechos e intereses, la cual abarca no solo el acceder a los tribunales de justicia, sino que se cumpla con el procedimiento legalmente establecido, o con lo denominado por la Constitución Nacional, el Debido Proceso, que la sentencia sea emitida en el tiempo legalmente establecido, y por sobre todas las cosas, la misma sea ejecutada para satisfacer fehacientemente la pretensión del recurrente. La tutela judicial efectiva, prevé igualmente, que para que el ciudadano acceda a la jurisdicción, la misma debe ser transparente, gratuita, imparcial, autónoma, responsable, independiente entre otras cualidades. Todo ello garantiza el

Estado de Derecho, en un país, conjuntamente con el sometimiento de todos los órganos del poder público a la Constitución y las leyes, porque de lo contrario, el Estado de Derecho, se vulneraría y peor aún dejaría de existir, lo que convertiría a Venezuela de un país democrático a uno autocrático.

5. Noción de servicio público

El servicio público, es visto como una de las formas de actividad que despliega la Administración Pública, tal como la define Peña, (2003, 328), es una "...actividad de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto, sujeta a un régimen de derecho público".

Cabe destacar, que el Servicio Público, denota la existencia de una obligación Constitucional o legal a cargo del Estado, para la realización de una actividad prestacional.

Es preciso señalar, que los servicios públicos, son catalogados como de primera necesidad para la colectividad en general, y los mimos deben ser prestados de conformidad a los principios generales aplicados a la prestación de servicios públicos, entre los cuales podemos destacar: la universalidad, la continuidad, la adaptación e igualdad.

En este mismo orden de ideas, cabe destacar, que cualquier persona puede acceder a un servicio público siempre y cuando, cumpla los requisitos legales contemplados para la prestación del mismo y por otra parte, la administración pública o el concesionario, según sea el caso, está obligado a prestarle el servicio, más aun, cuando se habla de servicios públicos necesarios para la subsistencia del ser humano.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, cabe destacar, que en caso de que existan problemas en la prestación de servicios públicos, debe la ley contemplar el procedimiento y mecanismo de que gozan los afectados, para solicitar el servicio o en caso de que el mismo se preste de manera defectuosa, restablezca la buena prestación de éste, ya que es imperativo por ley, que los servicios públicos deben llegar a todos los ciudadanos y en optimas condiciones, es decir, que sea prestado de manera regular, universal, de calidad entre otras, el usuario tendrá a su disposición los mecanismos procesales, para solicitar el mejor funcionamiento del servicio o la prestación de éste según sea el caso.

En este orden de ideas, Guerrero (2005, 57), indica que:

> "....debemos advertir que el desarrollo del contencioso administrativo de los servicios públicos (para el momento actual), se encuentra con varios factores o carencias del sistema que pueden comportar su desaplicación, o al menos una tímida operatividad, solo signada por las innovaciones jurisprudenciales de que pueda ser objeto, ello

> debido a: (i) la inexistencia de una normativa de rango legal que le sistematice, pues su único asidero se encuentra en la lacónica disposición constitucional (....) (Art. 259 CRBV): que como toda norma constitucional, precisamente, ha de ser breve y enunciativa, y (ii) por la tentativa y prisa que puede seducir a los ciudadanos, inclusive a algunos operadores judiciales, de aplicar dicha disposición constitucional sin tomar en cuenta la debida conceptualización del servicio público actual ..."

Es evidente y así lo señala el autor, que la constitución solo prevé en el artículo 259 Constitucional, que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, conocer por los reclamos de los servicios públicos, sin embargo, a pesar de ser una premisa constitucional, la legislación no ha desarrollado aún, una normativa propia para el contencioso administrativo de los servicios públicos, por ende menos aún existe un mecanismo procesal propio e idóneo para este tipo de pretensión.

Para Ortiz, (2002 citado por Bello y Jiménez 2004, 27), establece:

> "Es de la esencia de todo estado de derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se le haga justicia en el entendido que tal justicia sea efectiva, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz. Puede que en la práctica alguien pueda decir que cuando los ciudadanos acuden a los tribunales están ejerciendo más que un derecho a la injusticia a que a la verdadera justicia, pues las limitaciones y concepciones jurisprudenciales restrictivas a todos los niveles del proceso, desde su acceso hasta su ejecución sumado esto a la extraordinaria

> lentitud, hacen del proceso, una especie de caricatura de la justicia. Sin embargo, desde todo plano práctico y real puede decirse que en todo estado de Derecho los ciudadanos tienen un derecho fundamental a una tutela judicial efectiva".

De lo expresado anteriormente, por el doctrinario Ortiz, se evidencia claramente, que no basta que exista acceso a los órganos de justicia, para que el ciudadano pueda interponer su pretensión, sino que la justicia debe ser eficaz, se decir, que el particular, pueda obtener un procedimiento judicial expedito, sin dilaciones inútiles; y sobre todo, una sentencia que esté ajustada a derecho y que sea emitida por el órgano judicial en tiempo oportuno, sin más limitaciones y tardanzas que las establecidas en la ley, para que, de esta manera, el ciudadano común pueda encontrar una verdadera tutela judicial efectiva, a la hora de interponer un reclamo en la búsqueda de una solución a su situación jurídica infringida o vulnerada, en el caso concreto, por la Administración Pública.

CAPITULO II

CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Control de la Administración

Existe una razón jurídica y política, que justifica el control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como un deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal.

Sin control, no puede haber responsabilidad. Sin responsabilidad pública no existe fiscalización eficaz de los actos públicos.

En este sentido Cruz y Sierra (2006, 28), consideran que:

> "Desde una perspectiva limitada se puede entender el control como el análisis a posteriori y en términos monetarios de la eficacia de la gestión de los diferentes responsables de la empresa en relación a los resultados que se esperaban conseguir o a los objetivos que se habían predeterminado. En esta perspectiva el control se realiza de forma racional y aisladamente de su contexto personas, cultura, entorno y se asegura a partir de la comparación entre los resultados obtenidos respecto a los previstos. Por ello, lo más habitual es utilizar sistemas de control contable".

Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, se puede considerar que el control ejercido a través de diferentes mecanismos o pretensiones, no solo mide el resultado final obtenido, sino también, especialmente trata de orientar e influir en el comportamiento individual y organizativo que sea el más conveniente, para alcanzar los objetivos de la organización.

Es así como para Cruz y Sierra (2006, 19) El sistema Nacional de Control Fiscal:

> "... nace de la necesidad de integrar en un solo cuerpo los diversos órganos, instrumentos y recursos que garanticen el fortalecimiento de la capacidad del Estado para lograr la eficaz ejecución de las políticas de gobierno, la transparencia de la gestión pública y la eficiencia en el manejo de los recursos del Estado."

En Venezuela, existe la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, contemplando está en su artículo 1 lo siguiente: "La presente Ley tiene por objeto regular las funciones de la Contraloría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal y la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora".

Por su parte, el artículo 2 eiusdem establece:

> "Artículo 2: La Contraloría General de la República, en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de esta Ley, es un

> órgano del Poder Ciudadano, al que corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control.
>
> La Contraloría, en el ejercicio de sus funciones, verificará la legalidad, exactitud y sinceridad, así como la eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones y de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control...".

Es evidente, que la ley in comento establece, que es a la Contraloría General de la República, a quien corresponde el control de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como la eficacia, eficiencia y calidad de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control, refiriéndose así, a un control interno de los entes y órganos de la Administración Pública en general e igualmente señalándose, en su artículo 1 a la función contralora de los ciudadanos, que es una forma de control indirecto.

Significa entonces, que existen dos tipos de control en la Administración Pública, para que la prestación de servicios públicos, llegue al usuario de una manera óptima, continúa y universal, los cuales son el control directo e indirecto.

1.1.- Control directo

Después de las consideraciones anteriores, es claro que la Contraloría General de la República, es el órgano encargado de ejercer el control directo de la Administración Pública, el cual tiene su fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en el artículo 287 el cual establece:

> "La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control".

Por su parte el artículo 289 eiusdem contempla:

> "Son atribuciones de la Contraloría General de la República:
>
> 1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.
>
> 5. "…. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes…."

Según se ha citado, corresponde a la Contraloría General de la República, el control, vigilancia y fiscalización tanto de los gastos como de los ingresos públicos, lo que quiere decir, que los ingresos obtenidos por el Estado, bien sea por la producción petrolera o por conceptos de recaudación de tributos internos, son gastados en el funcionamiento del aparato productivo de éste, lo cual implica, entre otras cosas, la inversión para la prestación de servicios públicos de calidad y que los mismos puedan ser prestados a la colectividad en general, de forma eficaz y eficiente.

Se observa, claramente de lo dispuesto en el artículo anterior, que ese control directo de la Administración, no solo corresponde a la Contraloría General de la República, sino también a otros órganos de los estados y municipios, lo que se conoce con el nombre de Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual se encuentra contemplado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que señala:

> "A los fines de esta Ley, se entiende por Sistema Nacional de Control Fiscal, el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública".

En este sentido, encontramos apuntalado en el artículo 24 eiusdem, los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual nos refiere lo siguiente:

> "A los fines de esta Ley, integran el Sistema Nacional de Control Fiscal:
> 1. Los órganos de control fiscal indicados en el artículo 26 de esta Ley.
> 2. La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.
> 3. Las máximas autoridades y los niveles directivos y gerenciales de los órganos y entidades a los que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de la presente Ley.
> 4. Los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública.
> Parágrafo Único: Constituyen instrumentos del Sistema Nacional de Control Fiscal las políticas, Leyes, reglamentos, normas, procedimientos e instructivos, adoptados para salvaguardar los recursos de los entes sujetos a esta Ley; verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa; promover la eficiencia, economía y calidad de sus operaciones, y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas, así como los recursos económicos, humanos y materiales destinados al ejercicio del control".

Por su parte el artículo 26 eiusdem señala:

> "Son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal los que se indican a continuación:
> 1. La Contraloría General de la República.
> 2. La Contraloría de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios.

> 3. La Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional.
> 4. Las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley.
> Parágrafo Único: En caso de organismos o entidades sujetos a esta Ley cuya estructura, número, tipo de operaciones o monto de los recursos administrados no justifiquen el funcionamiento de una unidad de auditoría interna propia, la Contraloría General de la República evaluará dichas circunstancias y, de considerarlo procedente, autorizará que las funciones de los referidos órganos de control fiscal sean ejercidas por la unidad de auditoría interna del órgano de adscripción. Cuando se trate de organismos o entidades de la Administración Pública Nacional para el otorgamiento de la aludida autorización, se oirá la opinión de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna".

En consecuencia, de lo explanado con anterioridad, cabe agregar que la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, son los encargados de ejercer ese control directo de gestión de la misma Administración Pública, en la prestación de servicios públicos de calidad para sus administrados y que los mismos sean prestados de manera continua y a la universalidad de los ciudadanos.

1.2.- Control indirecto

Dentro del Estado moderno de derecho social, el ejercicio de la democracia directa y la participación ciudadana, se refleja a través de la

contraloría social y la gestión, que toman un carácter propio a partir de las disposiciones constitucionales que indirectamente, en razón de los principios de participación y transparencia, sientan las bases de un mecanismo de participación ciudadana, para el seguimiento y la evaluación de la gestión de las actividades de la Administración, de los funcionarios, incluyéndose la prestación de los servicios públicos, tomando como referencia un conjunto de leyes aprobadas con posterioridad al texto constitucional de 1999.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es de acotar que desde la entrada en vigencia en 1999 de la Cartas Magna, Venezuela ha estado inmersa en un proceso de transformación social, económica y política, que ha tratado de enfocarse en dejar detrás el sistema de democracia representativa, que estuvo vigente en el país y cuyas expresiones originarias recaían en la Constitución de 1961, y crear un sistema de democracia participativa, el cual exige la inclusión, participación y protagonismo de todos los ciudadanos de Venezuela en los asuntos públicos. Tratando, que todos los ciudadanos no se encuentren alejados de los asuntos públicos, lo que a la forma de ver de la dirigencia política actual, ello ha sido una práctica sana y conveniente para garantizar la marcha del Estado en cualquiera de sus competencias.

1.2.1.- Participación ciudadana

Se trata de un proceso mediante el cual, se integra al ciudadano en la toma de decisiones, fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, a fin de que se verifiquen los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, equidad, seriedad, cumplimiento y calidad.

El interés por la participación se concibe, como un componente de diversos aspectos y proyectos sociales, políticos y democráticos, con tendencias comunitarias. Uno de los propósitos de la participación social, es que se mueva como un ente integrador de las políticas sociales, con el objetivo de facilitar la satisfacción de necesidades sociales básicas y asegurar la gobernabilidad del Estado, con la ayuda de la ciudadanía en general.

Es así, como el ciudadano tiene, por tanto, la obligación de velar por la buena gestión gubernamental: Esta obligación constituye una responsabilidad indelegable. Al mismo tiempo, el gobierno y la Administración Pública, cuya razón de ser es servir al ciudadano y a la sociedad civil en general, están en la obligación de dar cuenta del uso que han hecho del erario público, que pertenece a los ciudadanos.

Ello es así, que la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela en su artículo 141, establece:

> "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

De lo anterior, se podría deducir, que la participación ciudadana, es el derecho que tienen los ciudadanos de intervenir en la vigilancia y seguimiento de la gestión pública, a fin de que se verifiquen los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, equidad, seriedad, cumplimiento y calidad.

A su vez el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece al igual que el 141 Constitucional que la Administración se encuentra al servicio de los ciudadanos y es así como señala:

> "La Administración Pública está al servicio de los particulares y en su actuación dará preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades.
>
> La Administración Pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos

> disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad."

La participación de los ciudadanos en las tareas relacionadas con la vigilancia, evaluación y control del uso y gestión de los recursos públicos es lo que da origen al control ciudadano, el cual tiene su base constitucional en el artículo 62, el cual reza:

> "Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.
> La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para logara el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo....".

El principio de participación ciudadana, se relaciona directamente con el control social, es decir, el que ejercen los ciudadanos directamente o asociados mediante organizaciones no gubernamentales, la participación ciudadana se percibe como una herramienta de lucha contra la corrupción.

La participación ciudadana, se establece como mecanismo de control social sobre la Administración Pública, orientado a garantizar que su actividad se desarrolle de manera transparente, eficaz y eficiente. Igualmente incide en el control y administración de los bienes y el uso de los recursos públicos, en

razón de los informes periódicos relacionados con su utilización o al intervenir en los procesos de formulación y en la evaluación y ejecución presupuestaria y en el diseño de los indicadores de gestión, siguiendo las pautas legales que expresamente se refieren a los temas indicados, según las normas contenidas en las leyes nacionales.

Por su parte la Carta Magna prevé para los estados y municipios la transferencia de ciertos servicios públicos para que sean ellos los garantes de la prestación de los mismos, como lo apuntala el artículo 184:

> "La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:
>
> 1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.
>
> 2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estadales y municipales encargadas de la elaboración de los

respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.

3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

4. La participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.

6. La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales.

7. La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población".

En este orden de ideas, también la Ley Orgánica de la Contraloría General de La República y El Sistema Nacional de Control Fiscal, prevé en sus

1.2.2.- Contraloría Social

La Contraloría social, expone las bases del Control Social, como un mecanismo organizado a través del cual todo ciudadano y ciudadana, individual o colectivamente participa en la vigilancia, seguimiento y control de la gestión pública, en la ejecución de programas, contrataciones, planes y proyectos, en la prestación de los servicios públicos, así como en la conducta de los funcionarios públicos, para prevenir, racionalizar y promover correctivos. Como se ve, es un mecanismo de la participación social con criterios de inclusión; esto es porque la contraloría social procura diseñar o rediseñar un nuevo tipo de vida, en la cual todas las personas tienen derecho a ser considerados en los planes y decisiones del Estado, de manera más efectiva y que, además, la contraloría social busca convertirse así misma, en el único factor de verdadera diferenciación competitiva que pudiera llegar a tener un país como Venezuela, para tener viabilidad en el mercado global.

Los contralores sociales, vienen a ser representantes comunitarios elegidos por las comunidades en Asambleas de Ciudadanos, y tienen como responsabilidad velar por la defensa de los intereses de la comunidad, la calidad y eficiencia de los servicios públicos; el control y seguimiento de los planes y proyectos en su ejecución, gestión y evaluación que sean aprobados en el consejo local de planificación.

En Venezuela, en la actualidad no existe una ley especial que norme la contraloría social, sin embargo existe el proyecto de ley, la cual fue aprobada ya en primera discusión, en febrero de 2010, la cual busca, la participación de los ciudadanos en las tareas relacionadas con la vigilancia, evaluación y control y uso y gestión de los recursos públicos, que es lo que da origen al control ciudadano.

En fin, podríamos decir que cuando los sistemas de control son eficaces y eficientes, y conducen efectivamente a un mejoramiento en el uso y gerencia de los recursos públicos, permitiendo de ese modo una adecuada y eficiente prestación y suministro de bienes y servicios, que realmente satisfacen las necesidades y demandas sociales fundamentales, las posibilidades de que la población se interese en participar y en contribuir en dichas actividades aumentará y en consecuencia, la prestación de servicios para la colectividad será realizada de manera eficiente y óptima, mejorando la calidad de vida de los ciudadanos.

Sin embargo, es imperativo apuntalar en esta investigación, que fue sancionada la ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual fue aprobada en segunda discusión por la Asamblea Nacional, el 15 de Diciembre de 2.009, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual entrará en vigencia, pasado

como fueren noventa (90) días a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con la Disposición Final Única, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previa promulgación y ejecútese por parte del presidente de la República, de conformidad con los artículos 214 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aún en espera de ello.

En fecha 23 de abril de 2.010, mediante sentencia Nº 290, el Tribunal Supremo de Justicia por intermedio de la Sala Constitucional, declaró que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa TIENE EL CARÁCTER ORGÁNICO, tal como le fuere atribuido por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha Ley, en su Título Primero, referido a las disposiciones fundamentales, establece en su artículo 1º como objeto de la misma, la organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, que reconoce el principio de universalidad del control jurisdiccional. Con ocasión a ésta inminente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe agregar, que ésta, incorpora a los Consejos Comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa y las entidades prestadoras de servicios

públicos, en su actividad prestacional, por así contemplarlo el artículo 7 literales d y e, el artículo siguiente habla acerca del control jurisdiccional por la actividad desplegada por estos entes.

De lo anteriormente expresado, podemos colegir que estos órganos de control indirecto en la prestación de los servicios públicos, ahora van a estar sometidos al control jurisdiccional contencioso, por el despliegue de su accionar administrativo; y aunado a ello la ley en su artículo 10, les da la posibilidad de emitir su opinión en los juicios, cuya materia controvertida esté vinculada al ámbito de actuación de estos, aunque no sean parte, ya que el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convocarlos para que participen en la audiencia preliminar, cuando se encuentren vinculados con el tema de la controversia, para que opinen en el asunto controvertido.

CAPITULO III

COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CONSAGRADAS EN EL TEXTO FUNDAMENTAL.

1. Principio de Legalidad.

Para Brewer (2007, 16) el principio de legalidad, "es por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados, como consecuencia de la conceptualización del Estado como Estado de derecho (Art. 2), que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico".

Para este autor, el derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, por ello, puede hablarse de ese derecho administrativo, cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho y sobre todo a ese derecho desarrollado para normar sus actuaciones.

Según Moles (1993, 11) "...el principio de legalidad condiciona a la administración convirtiéndola en administración jurídica".

Para Hariou (citado por Moya 2008, 47), "el principio de la legalidad postula la primacía jurídica de la Constitución y de la Ley en sentido material; es decir, la sumisión total de la acción administrativa a lo que se ha denominado el <<bloque de la legalidad>>".

Es así como, el primer elemento de ese principio de legalidad vendría dado por la Supremacía Constitucional, expresada en el artículo 7 de la Carta Magna al establecer: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

Igualmente la Constitución de la República en su artículo 137, consagra el principio de la legalidad al establecer: "La Constitución y la ley definirán, las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

Es evidente entonces, que este principio es de sumisión del Estado a la ley y al derecho, en tanto que todas las actividades de los órganos del Estado y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse de acuerdo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, siempre dentro de los límites establecidos por estas.

Para Moles (1993, 11) "....el principio de legalidad, pese a su nombre, no se refiere únicamente a la ley formal, aún cuando sea su base sino al conjunto

normativo llamado "bloque de la legalidad", dentro del cual se encuentran los principios generales del derecho o del Ordenamiento...."

Es así, como puede suceder que en determinadas situaciones la Administración llegase a desconocer o violentar el principio de legalidad, lo que conlleva indefectiblemente al contencioso administrativo.

2. De la Competencia

Es una atribución jurídica, otorgada a ciertos y especiales órganos del Estado de una cantidad de jurisdicción, respecto de determinadas pretensiones procesales, con preferencia a los demás órganos de su clase. Ese órgano especial es llamado tribunal.

La materia en sí, es como se ejerce la jurisdicción por circunstancias concretas de materia, cuantía, grado, turno, territorio imponiéndose por tanto una competencia, por necesidades de orden práctico.

Para Santamaría (2004, 912) la competencia es: "La noción que fue acuñada por la teoría jurídica de la organización para designar la medida de la capacidad que corresponde a cada órgano de un ente público".

Es así, como se podría entender que la competencia no es más que la capacidad de cada ente y la aptitud abstracta para actuar en relación con sus fines o materias.

3. Contencioso Administrativo.

3.1. Concepto

Para Moles (1993,12) es:

> "....ante todo, lo que indica su nombre, una contención o controversia con la Administración, la cual puede suscitarse, tanto respecto a un acto administrativo tildado de ilegal o ilegitimo, como respecto a un derecho subjetivo lesionado o a la reparación de un daño".

No cabe duda, que la jurisdicción contencioso administrativa, es una jurisdicción especial, muy diferente a la jurisdicción ordinaria, ya que ésta, tiene por un lado la finalidad de justiciar y por otra el control de las actuaciones de la Administración, cerciorándose de que esta se encuentre dentro del llamado bloque de la legalidad.

La Constitución de 1999, no define lo que se debe entender por la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que en el artículo 259 de la Carta Magna consagra la competencia de la misma al señalar:

> "La jurisdicción contenciosos administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos

> de la jurisdicción contenciosa 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 en la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Es imperativo resaltar, que el artículo vigente trae como novedad la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, para conocer por reclamos en la prestación de servicios públicos, competencia ésta, que no se encontraba consagrada en el artículo 206 de la Constitución Nacional de 1961, por lo que aún más, imperaba la incertidumbre para el particular o administrado de cómo acceder a dicha jurisdicción por la reclamación de la prestación de un servicio público, a pesar de que la anterior constitución al igual que la vigente lo preveía en su artículo 68.

Para García (citado por Moya 2008, 38), El contencioso administrativo, "no es en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados no se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes".

3.2. Características del Contencioso Administrativo.

3.2.1. La naturaleza de la relación jurídica sustancial que se debate.

Para Rondón (1993, 91) este particular alude a que "....es que el contencioso administrativo es el proceso en el cual las normas sustanciales o de derecho sustantivo que sirven de fundamento a las pretensiones deducidas en el mismo, son normas de Derecho Administrativo".

Según esta característica, el contencioso administrativo es la relación jurídica ventilada que solo estaría regida por las normas del derecho administrativo, lo cual no es completamente cierto, ya que, no todos los juicios ventilados por dicha jurisdicción, constituye una particularidad esencial del mismo.

3.2.2. Naturaleza de la causa pretendi.

Para Rondón (1993, 9), "esto es el objeto de la controversia, señalándose al efecto que si el mismo es un interés legítimo lesionado, estamos ante un sistema del contencioso-administrativo y, si por el contrario, se trata de un derecho subjetivo que ha sido afectado no puede hablarse de contencioso-administrativo, porque el juez contencioso, solo puede conocer de las

pretensiones nacidas de la lesión de un interés calificado, no de un derecho subjetivo".

3.2.3. El hecho de que el mismo esté constituido por un proceso contra un acto formal de la Administración.

> Rondón (1993, 95) "Se dice que es contencioso-administrativo todo procedimiento en el cual se impugne un acto administrativo. Es decir, se trata de una vía de recurso, esto es que, el contencioso administrativo es el medio de recurrir contra los actos de la administración y el actor es siempre "un recurrente".

3.2.4. La imputación a la Administración de un vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad.

De ello se desprende, la afirmación de que el juez contencioso administrativo, es el contralor jurisdiccional de la legitimidad administrativa.

3.2.5. La naturaleza de los poderes del juez al dictar la decisión.

El juez contencioso, es el único juez con la potestad de la anulación de un acto dictado por la Administración pública, al igual, es el que puede condenar a la administración al pago de cantidades de dinero, bien sea en calidad de pago por servicios recibidos o por concepto de indemnización.

Las características comentadas con anterioridad, han tenido detractores por considerarlas, que estas no definen en modo alguno la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de los cuales encontramos a Rondón (1993, 97) quien al respecto opina:

> "Rechazados los criterios anteriores cabe preguntarse cuáles son las notas que califican al contencioso-administrativo. A nuestro entender, de la búsqueda de los elementos comunes a todo sistema administrativo, se debe llegara a la conclusión de que los mismos están representados por tres elementos acumulativos: el objeto controlado: constituido por la Administración Pública; el medio de control: que es el proceso jurisdiccional; la finalidad del control: que son las garantías jurídicas de los administrados".

Según lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de La República Bolivariana de Venezuela, en su numeral 37 del artículo 5, corresponde a este máximo tribunal la competencia para conocer y decidir en segunda instancia, de las apelaciones y demás acciones de los tribunales contencioso administrativos, sobre las acciones de reclamo de servicios públicos nacionales, ello a través de la Sala Político Administrativa.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la Sentencia del 2 de Septiembre de 2004, expediente 2004-0848, en ponencia conjunta, caso Importadora Cordi, C.A., contra Venezolana de Televisión, C.A., estableció la competencia por la cuantía de los Tribunales que conforman la jurisdicción

contenciosa administrativa, lo cual había omitido la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

3.3. Tribunales superiores contenciosos administrativos

Corresponde según la sentencia conocer a estos tribunales las pretensiones, que no excedan de diez mil Unidades Tributarias, lo que equivale en la actualidad a seiscientos cincuenta mil bolívares y en demandas interpuestas contra la República, los Estados, los Municipios, Institutos Autónomos, Entes Públicos o empresas de la República, Estados o Municipios y que no esté atribuido a otro tribunal.

3.4. Cortes de lo contencioso administrativo

Estas conocerán en las demandas que excedan de diez mil Unidades Tributarias hasta setenta mil Unidades Tributarias, lo que en la actualidad equivale a seiscientos cincuenta mil bolívares hasta cuatro millones quinientos cincuenta mil sesenta y cinco bolívares y las que versen igualmente contra la República, los Estados, los Municipios, Institutos Autónomos, Entes Públicos o empresas de la República, Estados o Municipios y que no esté atribuido a otro tribunal.

En referencia a lo anterior, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en el año 2004, en Sentencia del 05 de Noviembre de 2004,

con ponencia del Juez Jesús David Rojas Hernández, ha manifestado lo siguiente:

> "Siguiendo esta línea orientadora, observa esta Corte que en las decisiones de la Sala Constitucional, dictadas en fechas 27 de marzo de 2000 (caso HIDROCAPITAL) y 8 de diciembre de 2003 (caso FONTUR), se refleja que bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las acciones de amparo constitucional relacionadas con reclamaciones derivadas de la prestación de servicios públicos, entendido como toda aquella actividad realizada por la Administración Pública, indistintamente que sea prestada directa o indirectamente a través de concesiones de gestión y administración a entes pertenecientes al sector privado, que esté destinada a la satisfacción de un interés público y que se encuentre regida por un régimen exorbitante, donde se encuentre determinada la regulación de todo lo relativo a la creación, modificación o supresión del servicio público (Vid. JAIMES GUERRERO, Yolanda: "El Recurso de Reclamo por la Prestación de los Servicios Públicos". En: Revista de Derecho Administrativo N° 12, Mayo-Agosto 2001. Caracas, Editorial Sherwood, 2002, p. 112); debían ser conocidas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, encontrándose atribuida a esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo las mismas competencias de aquélla, conforme a lo previsto en la Resolución número 2003-00033, antes identificada".

En efecto, la Corte ha expresado de manera inequívoca, la competencia de los tribunales que conforman la jurisdicción contenciosa administrativa, para

conocer sobre la reclamación de los servicios públicos, tal y como ya lo había hecho el Tribunal Supremo de Justicia.

Es así como, esta sentencia citada anteriormente, ratifica lo dicho por la sala en reiteradas oportunidades sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al señalar:

> "Mientras no se dicten las leyes que regulen la jurisdicción constitucional o la contencioso-administrativa, y a pesar de la letra del artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el conocimiento de los amparos autónomos afines con la materia administrativa, corresponderá en primera instancia a los Tribunales Superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo, que tengan competencia territorial en el lugar donde ocurrieron las infracciones constitucionales, a pesar de que no se trate de jueces de primera instancia. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que las personas lesionadas deban trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el hecho lesivo, a fin de obtener la tutela constitucional. En beneficio del justiciable, si en la localidad en que ocurrieron estas transgresiones, no existe Juez Superior en lo Contencioso Administrativo, pero sí un Juez de Primera Instancia en lo Civil, éste podrá conocer del amparo de acuerdo al procedimiento del artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Ahora bien, si en la localidad en que ocurrieran las transgresiones constitucionales, tampoco existe Juez de Primera Instancia en lo Civil, conocerá de manera excepcional de la acción de amparo, el juez de la localidad, y éste, de conformidad con el artículo 9 antes citado, lo

enviará inmediatamente en consulta obligatoria al Juez Superior en lo Contencioso Administrativo, para que se configure la primera instancia".

3.5. Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

Su competencia será en las causas que excedan de setenta mil Unidades Tributarias en adelante y las que traten igualmente contra la República, los Estados, los Municipios, Institutos Autónomos, Entes Públicos o empresas de la República, Estados o Municipios y que no esté atribuido a otro tribunal.

Es así como la Sala Político Administrativa, tiene amplísimas competencias jurisdiccionales como tribunal de primera y única instancia, y como tribunal de segunda instancia; se ocupa, entre otros, del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los Ministros, de la Asamblea Nacional y de los organismos autónomos constitucionalmente (Contraloría, Consejo Nacional Electoral, Ministerio Público; de recursos de amparo contra actos administrativos de los organismos antes mencionados).

De la misma manera, que se ha hecho con el capítulo anterior, pasaremos de seguido, a analizar la competencia de los Órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa, bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sancionada por la Asamblea

Nacional y en espera de su promulgación, quien dentro de su contenido consagra que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, está compuesta por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, considerando también a la Jurisdicción especial tributaria como parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por establecerlo así, en sus artículos 11 y 12, correspondiendo igualmente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, dejándose intacta su competencia con relación a las causas anteriores y cuantía, agregándose algunas atribuciones demás, no contempladas anteriormente .

Esta ley crea a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dándoles competencia territorial, de la siguiente manera: Dos Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Región Capital con competencia en el Distrito Capital y los Estados Miranda, Vargas, Aragua, Carabobo y Guárico, Un Juzgado Nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Región Centro-Occidental, con competencia en los Estados Cojedes, Falcón, Yaracuy, Lara, Portuguesa, Barinas, Apure, Táchira, Trujillo, Mérida y Zulia, un Juzgado Nacional de la

Y por último señala dicha ley orgánica, sobre la competencia de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los cuales no se menciona, si los mismos serán creados para este único fin o conocerán de esa materia, los ya existentes Juzgados de Municipio, por lo que existe un vacío en la ley con relación a este aspecto. Por otra parte, fueron creados solo para conocer sobre la reclamación por servicios públicos de manera expresa, reservándose la ley cualquier otro recurso contemplado en una ley.

Cabe indicar, que en cuanto a éste último particular, la ley se refiere a servicios públicos, sin contemplar diferencia alguna con los domiciliarios prestados mayormente por el municipio, lo cual resulta claro la competencia de dichos tribunales, ¿pero serán competentes también para conocer de la reclamación de servicios públicos nacionales?, no se sabe, tendremos que esperar la entrada en vigencia de la ley y el desarrollo de la misma, para ver si por vía jurisprudencial se aclara el punto.

Ello parece absurdo, esperar a que sea la jurisprudencia quien aclare el punto, cuando ha debido ser la misma ley quien nos aclarara ese particular, porque a todas luces pareciera que ésta, en ningún momento, trata de acercar la jurisdicción contencioso administrativa al usuario, para que reclamen por la prestación de los servicios públicos nacionales por ejemplo,

lo que conllevaría a una la situación actual, que se presenta con la reclamación por la prestación de servicios públicos, bien porque, no se cuenta con una pretensión procesal propia o adecuada para este tipo de reclamación; y con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto si bien es cierto crea un procedimiento breve y especial para este tipo de reclamación, solo señala que se ventilará por los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual está claro para los servicios públicos prestados por el municipio, pero cabría entonces preguntarse, ¿Cuáles son los tribunales competentes para la reclamación de servicios públicos nacionales?.

Ello no lo sabemos, la ley tiene un vacío al respecto, con lo cual no nos acercamos nada, a la prestación de servicios públicos modernos, eficientes y sobre todo de calidad, hasta tanto no se pongan a disposición de los usuarios mecanismos procesales idóneos, procedimientos claros para este tipo de reclamación y sea la jurisdicción contenciosos administrativa quien a disposición de los usuarios en sus reclamaciones, controle este actuar de la Administración y juzgue a la misma por dicha actuación u omisión, esto en búsqueda de la satisfacción plena de los administrados, para la prestación de servicios públicos considerados de primera necesidad, cuando menos.

CAPITULO IV

MECANISMOS PROCESALES JURISDICCIONALES PREVISTOS PARA EL RECLAMO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Noción general de la pretensión procesal administrativa

Resulta oportuno abordar en este capitulo, la pretensión procesal en el contencioso administrativo, para un mejor entendimiento del tema, por cuanto, del artículo 259 Constitucional, se desprende la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa y da rango Constitucional a dos vertientes: la vertiente orgánica, correspondiéndole a los tribunales con competencia contencioso administrativa y la vertiente procesal, constituida por las distintas pretensiones que pueden plantear los particulares ante estos tribunales.

Es así, como el doctrinario Hernández (2005, 121) con respecto al contencioso administrativo en Venezuela apunta: "....la existencia de un conjunto cerrado de recursos, dentro del cual se aprecia una notable primacía del llamado recurso de nulidad. Hay así, un sistema tasado de recursos, cada uno de los cuales tiene una –también- tasada materia objeto de impugnación. De allí que, por tanto, sólo se admitirán aquellos recursos que encuadren dentro de la rígida definición de la materia objeto del recurso".

Como se puede entender, lo dicho del profesor Hernández, es que el contencioso administrativo tiene una serie de recursos, siendo el más utilizado por los recurrentes el recuso de anulación o nulidad, cada uno de estos tiene un objeto definido expresamente por la ley y la jurisprudencia, pero de una manera ambigua y confusa, que complica el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente Hernández (2.005, 122) aclara al respecto: "…. una decidida crítica: tal sistema cerrado de recursos carece del menor anclaje conceptual. Pues a poco que se penetre en éste se advertirá, con facilidad, que no existen tales recursos, ni que tampoco hay determinadas materias objeto del recurso. Por el contrario, un análisis ponderado de tal sistema permite concluir que, en realidad, nos encontramos ante diversas pretensiones, las cuales pueden ser ejercidas a través del derecho a la acción".

En este sentido Urosa (2004, 105), define la pretensión procesal, "…como la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración".

En efecto, tal y como lo dice la doctrinaria Urosa, la pretensión procesal administrativa, es la voluntad de un particular de acudir a la vía jurisdiccional

contencioso administrativa en la búsqueda de la solución a esa pretensión, con motivo de una actuación de la administración pública.

Entre otros doctrinarios que han definido la pretensión procesal administrativa encontramos a Guasp (1985 citado por Urosa, 2004, 105), quien al respecto la define como "la declaración de voluntad por lo que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a la Administración pública o frente a otro sujeto de Derecho público o privado que ejerza actividad administrativa".

Es así como esa pretensión procesal administrativa, es la voluntad dirigida de un particular contra un órgano de la administración, cuyo objeto es la actuación o inactividad de la administración pública

En el mal llamado contencioso de los servicios públicos, la pretensión es de condena, solo que posee unas características muy peculiares, ya que, el sujeto pasivo viene a ser el servicio público y el sujeto activo el usuario del mismo, donde existen sujetos titulares de un derecho o interés difuso.

Al respecto el abogado Hernández (2005, 143) indica:

> "El llamado Contenciosos de los servicios públicos es una suerte de conglomerado heterogéneo de pretensiones procesales: Nulidad de actos administrativos, condena por daños y perjuicios e incluso, la vía del acaparo constitucional, serían

> algunos de los medios a través de los cuales se manifestaría ese sistema".

Es así que Hernández (2005, 146), concluye a este respecto explanando lo siguiente:

> "...contencioso de los servicios públicos debe ser interpretado, entonces, como el sistema de tutela judicial de los derechos prestacionales, ante la inactividad imputable a la Administración de asegurar el ejercicio de esos derechos, mediante el despliegue de las prestaciones exigibles en cada caso: Sistema de tutela judicial referido, propiamente, al ejercicio de pretensiones de condena contra las administraciones públicas, orientada a obtener, de éstas, la prestación indispensable para la satisfacción del derecho prestacional lesionado".

En este sentido, para el doctor Gonzáles (2003, citado por Rondón 2004, 26), el contencioso administrativo de los servicios públicos, tiene tres pretensiones y al respecto, atribuye a este:

> "....valor organizativo y tres órdenes de pretensiones, vinculadas a dicha actividad que pueden dar lugar al contencioso de los servicios públicos y que se relacionan con las vicisitudes por las cuales los servicios públicos pueden atravesar a lo largo de su existencia las cuales son: Pretensiones relativas procesales relativas a su nacimiento, a su funcionamiento y a su extinción...".

1.1. Pretensiones relativas al nacimiento del servicio público.

En relación a ello Rondón (2004, 26) apuntala lo siguiente:

> "....pueden surgir en virtud de varias circunstancias. Una de ellas es la relativa a la omisión por parte de la autoridad administrativa del establecimiento de servicios calificados como obligatorios por la ley. Otra es la conformación de servicios contrarios a una previsión legal y finalmente, podemos aludir a la implantación del servicio en forma inadecuada".

Como puede observarse, en la primera de las pretensiones procesales administrativas nombradas, como lo es por el nacimiento del servicio público, se refiere a la omisión de parte de la administración de la prestación del servicio público, aún cuando la ley considere este servicio como obligatorio, en este tipo de servicio entrarían los esenciales para la subsistencia humana, tal como suministro de aguas servidas, electricidad, recolección de desechos y residuos sólidos, etc., para lo cual la doctrina considera que es una abstención de la administración.

En cuanto a este tipo de pretensión Rojas (2004-2005, 152) opina: "...el establecimiento de un servicio público, es de recordar que el ordenamiento jurídico puede imponer a la Administración la obligación de establecer determinados servicios públicos, estando frente a un verdadero derecho subjetivo y no ante un simple interés general".

1.2. Pretensiones relativas al funcionamiento del servicio público.

En este particular Rondón (2004, 27), opina: "Los problemas que el funcionamiento del servicio público plantea, son múltiples sobre todo si se piensa que los mismos pueden ser prestados por la administración en forma directa, mediante concesiones, empresas del estado o en régimen de economía mixta."

Como su nombre lo indica, este tipo de pretensión procesal, tiene que ver con el funcionamiento del servicio, lo que en la actualidad ocurre mucho, por la falta de estándares de calidad, eficiencia y continuidad del servicio, por la falta de exigencia de los usuarios de estos estándares y aunado a ello, una gran cantidad de esos servicios son prestados a través de concesiones, y mayormente los conflictos son por la vía contractual, a través de los contratos de adhesión.

Significa entonces, que el usuario se encuentra bajo el imperio de estos contratos, donde el régimen sancionador de estos, conlleva la suspensión del servicio, y la reclamación ante el órgano encargado del suministro, por lo general es lento y enmarañado; mientras tanto, el usuario no goza del servicio, lo que lleva a ese usuario, a no efectuar el reclamo y por ende paga la factura, aunque considere que tiene la razón sobre dicha reclamación; y acceder a la vía contenciosa, también requiere de tiempo, y tomando en

cuenta, la no existencia de un mecanismo o pretensión procesal adecuada para ello, le crea más incertidumbre e inseguridad para interponer la reclamación por ante el contencioso administrativo, por lo que decide en muchos casos dejar de un lado la reclamación.

En lo tocante a este tipo de pretensión Rojas (2004-2005, 155) señala:

> "....es la hipótesis del contencioso administrativo prestacional por el funcionamiento de los servicios públicos: esta figuración consiste en el reclamo que haga un usuario del mal funcionamiento de un servicio público.
> Esta es la típica pretensión del contencioso administrativo de los servicios públicos, y en verdad, es la única a la cual hace referencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Comparto el criterio del doctrinario Rojas, ya que es completamente cierto que del artículo 259 Constitucional, se desprende únicamente este tipo de pretensión procesal para la reclamación por servicios públicos, como es por el funcionamiento, tratándose entones, sobre la anomalía en el mismo, dejando de un lado la pretensión correspondiente al nacimiento del servicio público, por lo que la legislación relativa al contencioso administrativo, deberá ampliar y detallar tales pretensiones.

1.3. Pretensiones relativas a la extinción del servicio público

Con relación a este punto Rondón (2004, 28), considera: "Las causas de extinción son múltiples: Hay servicios que deben extinguirse por cuanto su ejercicio no está cubierto debidamente con los ingresos derivados de los aportes de los usuarios. En tales casos la muerte paulatina del servicio es algo semejante....".

Por su parte, Gonzáles (2003 citado por Rondón 2004,28), señala: "....hay los casos relativos a las privatizaciones de los servicios, que implican más que una extinción, una modificación de las modalidades de la prestación. Generalmente, las privatizaciones se producen sometiéndolos a un régimen mixto."

Con respecto a las pretensiones procesales administrativas relativas a al extinción del servicio público, hay que considerar que en este supuesto que es una transformación orgánica que hace que el prestatario original sea absorbido por la nueva entidad que cambia las modalidades de la prestación.

En ese sentido Rojas (2004-2005, 158) apuntala en cuanto a la extinción de un servicio público:

> "....el procedimiento a seguir ya no depende del contencioso administrativo, ya que los servicios públicos solo pueden ser creados por ley. A tal evento, el mecanismo procesal pertinente será el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que crea o extingue el servicio público, según sea el caso".

Hechas las consideraciones anteriores de seguido, se conocerán los mecanismos o pretensiones procesales administrativas, contemplados en la legislación vigente, para el acceso de los usuarios a la jurisdicción contencioso administrativa para la reclamación por la prestación de servicios públicos.

2. Recurso por abstención o carencia

El mal llamado Recurso por Abstención o Carencia, se ha definido como un proceso autónomo y diferente al resto de los medios contenciosos-administrativos, de naturaleza condenatoria, por su parte Urosa (2003, 163) define el Recurso de abstención o carencia como "una acción procesal a través de la cual se canaliza la pretensión de condena a prestación administrativa, no obstante-y como pretendemos destacar- solo respecto de concretas manifestaciones de inactividad en los términos específicos en los que ha venido admitiendo la jurisprudencia y la doctrina ...".

funcionarios públicos, a cualquier norma administrativa que deban cumplir o acatar, dicha pretensión data en el país, específicamente desde el año de 1925. Desde ese tiempo hasta nuestros días, dicha pretensión en esencia no ha variado, salvo en algunos aspectos materiales, para ser adecuado a las normas vigentes en el ordenamiento jurídico actual.

Cabe agregar que el profesor Carrillo (1999, 26) al referirse a la interposición de la pretensión por abstención o carencia señala:

> "....uno de los presupuestos indisponibles para que se pueda interponer un recurso por abstención o carencia, sea que la petición presentada por el administrado necesariamente descanse en una norma de rango legal, la cual contenga una obligación especifica, concreta y determinada para la Administración, la cual se impute como un deber jurídico de actuación, con rasgos de absoluta imperatividad taxativa, enmarcándose totalmente la forma y manera de cómo dicho ente administrativo tendría que proceder".

Según se ha citado, es claro que uno de los requisitos indispensables para la interposición de la pretensión por abstención o carencia lo constituye la omisión o negación, por parte del funcionario público de una norma legal, la cual impone a éste, una obligación de hacer o de actuación, por lo que en el caso en concreto, la falta de la prestación de un servicio público o la prestación anormal del mismo, constituye el presupuesto fundamental para la interposición de la pretensión basada, en el recurso por abstención o

carencia por parte de la administración, con lo cual se busca el restablecimiento del servicio público objeto de pretensión.

Asimismo, en este orden de ideas Urosa (2003, 169), opina que

> "…. el Recurso por abstención o carencia no procede solo para condenar tácitos incumplimientos administrativos, sino además con relación con negativas expresas de incumplimiento, surge el problema de determinar cuando, en éste último supuesto, procede una u otra vía de condena a actuación administrativa, esto es cuando opera el recurso por abstención y cuando lo procedente es la nulidad del acto denegatorio y el consecuente restablecimiento que ordene la actuación".

En otras palabras, el mal llamado recurso por abstención o carencia, no solo es un mecanismo procesal, para condenar la inactividad de la Administración pública, sino que condena la negativa de esta a cumplir con las actuaciones, que le competen según lo establecido en la ley, en el caso especifico, el cumplimiento en la prestación normal del servicio público, en todo caso la disyuntiva sería, en qué situación aplicar el procedimiento establecido para el recurso por abstención y en qué momento aplicar el recurso de nulidad, si es que ha lugar a ello.

Para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia (6 de Abril de 2.004), la idoneidad de la pretensión por abstención o carencia puede medirse bien por su alcance, o bien por su efectividad en cuanto a la

urgencia de la protección requerida por el accionante, ya que al respecto señala la Sala lo siguiente: ".... es evidente que la satisfacción de toda pretensión de condena y, en especial, la condena a actuación, exige prontitud y urgencia en la resolución judicial, a favor de la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo riesgo de que el sujeto lesionado pierda el interés procesal en el cumplimiento administrativo por el transcurso del tiempo ...".

Es decir, que la Sala en su sentencia, valora la brevedad para poder otorgar efectividad a la pretensión procesal, que se requiere ante la falta de pronunciamiento de la Administración Pública, en aquellos casos en que el recurso por abstención no satisfaga las necesidades del sujeto accionante, en esos casos la vía idónea para la resolución de la reclamación será la acción de amparo, pero es claro que la pretensión por abstención o carencia, aunque se pueda utilizar en el caso de la reclamación por la prestación de servicios públicos, no es el mecanismo idóneo para ello.

3. Acción de amparo

Según Rondón (1994, 31) conceptualiza a la acción de amparo como "una acción personal, destinada a proteger a un sujeto o persona física, a pesar de que admita, con cierta condescendencia, la protección de las personas

jurídicas; pero siempre en las situaciones en las cuales se le ha lesionado o se amenaza con lesionar su esfera de intereses particulares."

Por su parte la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en su artículo 1 dispone:

> "Toda persona natural o habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías Constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella..."

Es claro, que la norma contempla ese derecho de todo habitante o residente de la República, refiriéndose tanto a las personas naturales como jurídicas, de acceder a cualquier tribunal, en aras de solicitar el restablecimiento de un derecho que le ha sido lesionado o que tiene una amenaza inminente de lesionársele. Refiriéndose a todos los derechos y garantías constitucionales, contemplados en el artículo 49 de la Carta Magna y de aquellos que aunque no estén taxativamente contemplados en ella, sean de carácter fundamental para los ciudadanos.

Después de las consideraciones anteriores, es importante señalar que, uno de los mecanismos procesales utilizados en vía judicial para la interposición

de una pretensión por reclamación de servicios públicos, es la acción de amparo y al respecto la doctrinaria,

Rondón (1994, 39) opina:

> "....el derecho de amparo se presenta como una vía judicial multiforme que se puede ejercer ante los tribunales, sea mediante las acciones o recursos preexistentes que pueden servir de amparo siempre que se prevea un procedimiento breve y sumario, con poderes para que el juez restablezca las situaciones jurídicas infringidas; sea mediante la acción autónoma de amparo prevista en la Ley Orgánica que la regula".

Como puede observarse, de lo anteriormente señalado por la autora, la acción de amparo, se presenta como un mecanismo procesal, que pueden utilizar los administrados ante la vía judicial, para interponer una pretensión que conlleve a la violación de derechos garantizados constitucionalmente, siendo la prestación de servicios públicos por parte de la Administración, uno de ellos, por constituirse algunos de éstos servicios, como de primera necesidad.

En este mismo orden de ideas, con relación al amparo sobre actos administrativos, Rondón (1994, 217) acota:

> "....el amparo puede ejercerse contra los particulares y contra los órganos del poder público, tanto por lo que atañe a la conducta de sus

> titulares, representada en sus actos, como respectos a sus omisiones y a las actuaciones materiales que se les atribuyan.
> De allí que, en lo referente al sujeto pasivo de la acción de amparo, el mismo puede ser un particular o puede ser una figura subjetiva que opere en al ámbito del derecho público".

En este sentido, la acción de amparo constituye en el contencioso administrativo, un mecanismo rápido y eficaz, para conseguir la suspensión de efectos del acto administrativo, lo que no se conseguiría a través de la impugnación de dichos actos por vía del recurso de nulidad, y el mismo puede ser ejercido por cualquier administrado, al que se le hayan violentado sus derechos o garantías constitucionales, por cualquiera de los órganos de la administración pública

En lo relacionado con la acción de amparo, cabe señalar, que aparte del amparo por violación de derechos fundamentales, también se ha reconocido por vía jurisprudencial, la posibilidad de ejercer acción de amparo frente a las lesiones sufridas por los usuarios de un servicio público, derivadas bien sea de la omisiones en el cumplimiento del servicio, por vías de hecho, por la ejecución del contrato de servicios; e incluso, por violación a derechos colectivos y difusos.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la doctrinaria Urosa (2003, 349), señala:

> "De allí, que en la actualidad la pretensión de condena a prestación de servicios públicos puede tramitarse a través de dos causes procesales concretos (i) en el ámbito contencioso administrativo, a través del recurso por abstención o carencia, pues según lo analizado anteriormente, puede hablarse en estos casos de una obligación especifica frente a un sujeto determinado con derecho a ello; y (ii) en el ámbito constitucional, a través de la acción de amparo, que es un medio procesal que puede ser incoado directamente y del que conocen según la Ley todos los tribunales de la República, según la naturaleza del derecho constitucional lesionado".

Cabe decir, que el criterio explanado por la anterior doctrinaria, es el criterio acogido por el máximo tribunal de la República, para la interposición de pretensiones por la prestación de servicios públicos, utilizando, un mecanismo u otro, según la urgencia de la situación legal infringida en la actuación de la Administración pública, es decir, que el particular podrá optar ente la interposición del recurso por Abstención o Carencia, entre la acción de amparo, en aquellos casos en que sea urgente el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la Administración.

Sin embargo, existen doctrinarios entre ellos, el autor venezolano Rojas (2004-2005,159), es contrario a la opinión de la utilización del amparo, como medio eficaz para satisfacer las prestaciones por reclamos de los servicios

públicos, por varias razones y al efecto acota:

> "…. primero, porque el amparo constitucional es restitutivo, ya que lo que busca es restablecer los derechos fundamentales que han sido transgredidos, nunca es condenatorio; segundo, porque el amparo constitucional no serviría para solicitar el establecimiento de un servicio público, ya que siendo el amparo de naturaleza restitutoria, mal podría restituirse lo que nunca sea creado. Así mismo, es importante recordar que la acción de amparo constitucional podrá ser aplicado solo en los casos donde se presuma violaciones directas al ordenamiento constitucional".

Para el autor in comento, la acción de amparo, no sería el mecanismo procesal idóneo para la reclamación por la prestación de servicios públicos, alegando que el mismo, en primer lugar, no constituye una acción de condena para la Administración Pública, por su inactividad o por la prestación anómala del servicio, sino que es una acción restitutoria de derechos fundamentales que han sido quebrantados por la Administración y en segundo lugar, el mismo no puede restablecer algo que no se ha creado, y solo serviría para aquellas situaciones, donde exista una violación directa de normas constitucionales.

4. Mecanismos idóneos

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, consagran los siguientes Recursos en materia contenciosa administrativa:

4.1. Recurso Contencioso de anulación de actos administrativos,

4.1.1. Contencioso de anulación de actos administrativos de efectos generales.

4.1.2. Contencioso de anulación de actos administrativos de efectos particulares.

4.1.3. Contencioso de anulación de los actos administrativos bilaterales (contratos).

4.2. Contencioso de anulación de condena

4.3. Contencioso de anulación y amparo cautelar

4.4. Recurso contencioso de las demandas contra los entes públicos

4.5. Recurso contenciosos contra las conductas omisivas de la administración (Recurso por abstención o carencia)

4.6. Recurso contencioso de interpretación.

Es evidente, que el ordenamiento jurídico venezolano, no prevé un recurso propio para la reclamación en la prestación de los servicios públicos, tal

como existe en otros países, denominado recurso contencioso de los servicios públicos, igualmente lo apuntala Urosa (2003, 101) al indicar:

> "....pero lo que sí es cierto es que el sistema procesal administrativo venezolano carecía y carece de un mecanismo contencioso administrativo a través del cual se controle la eficacia ya antes aludida en cuanto principio constitucional de la actividad administrativa de las actividades administrativas stricto sensu que la Administración ejerce bien de modo directo....."

Es así, como la legislación contenciosa administrativa venezolana, no consagra un mecanismo idóneo, para la reclamación de la prestación de los servicios públicos, sino, que se han venido utilizando indistintamente los Recursos por Abstención o Carencia y/o el Amparo. Dependiendo la utilización de los mismos, de las opiniones de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia existentes para el momento en que se ventile el proceso, lo cual realizan a través de la jurisprudencia nacional, tomando en cuenta que la misma varía dependiendo del momento coyuntural que viva el país.

Con relación con este último particular, el profesor Rojas (2004-2005, 150), dice: "...no existe en el derecho positivo venezolano, un mecanismo procesal directamente establecido para dilucidar las reclamaciones por los servicios públicos, lo cual dificultaría la posibilidad de acceder al ajusticia

administrativa a los fines de reclamar por la deficiente prestación de un servicio público en concreto".

Con respecto a ello, encontramos una sentencia de la Corte Primera de la Contencioso Administrativo del año 2007, con ponencia de la Juez Neguyen Torres López, Expediente N° AP42-N-2001-5169, que señala:

> "Al respecto, esta Corte observa que, efectivamente, fue utilizado en el escrito de interposición del presente recurso, por parte de la Defensoría del Pueblo, el concepto de actos de autoridad, para calificar las actuaciones llevadas a cabo por las empresas prestatarias del servicio eléctrico (folio 13 del expediente, pieza principal). Tal calificación resulta natural, en tanto la presente demanda, si bien es considerada por la Defensoría del Pueblo como un reclamo por la prestación de servicios públicos, es formalmente interpuesta como un recurso contencioso administrativo de anulación, el cual tiene siempre como objeto una actividad administrativa, bien sea un acto administrativo típico, una vía de hecho o un acto de autoridad.
> De un análisis de la controversia planteada, sin embargo, esta Corte estima que el asunto litigioso no puede ser ubicado dentro de lo que la doctrina denomina contencioso de nulidad, cuyo origen es el recurso por exceso de poder del sistema francés; ni tampoco, es un típico caso de demanda patrimonial, cuyo origen es el recurso de plena jurisdicción. Se trata, en cambio, de un tipo de acción novedoso.
>
> Justamente, la novedad que la redacción del artículo 259 de la vigente Constitución presenta respecto de la redacción de su equivalente en la Constitución de 1961, el artículo 206, es la

> inclusión de la competencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa para "...conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos...".

Como puede observarse, de la sentencia antes transcrita, los Jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al momento de calificar la pretensión por el reclamo de los servicios públicos, no encuentran en donde encuadrarlo, y tienen entonces, que denominarlo "acción novedosa", porque, la misma carece de un mecanismo procesal idóneo, asimismo, la sentencia en referencia sigue apuntalando lo siguiente:

> Pero, la suspensión o privación abusiva del servicio, fundada en la falta de pago de lo facturado por un servicio que efectivamente no se recibió, o cuya recepción no puede ser demostrada, o que no corresponde a una tarifa o suma razonable, desborda los derechos emanados de la ley, se trata de un abuso que invade derechos constitucionales, impidiendo el goce y ejercicio de los mismos por quienes son víctimas de la suspensión o privación del servicio, y cuando ello sucede, el derecho conculcado es el constitucional, y es el amparo la vía ideal para impedir la amenaza o lesión en la situación jurídica fundada en dicho derecho. En casos como estos, no sólo el amparo propende a la reanudación del servicio, sino que como parte de la justicia efectiva la reanudación puede hacerse compulsivamente, sin perjuicio de las acciones penales por desacato al fallo que se dicte en el amparo".

Cabe destacar entonces, que la sentencia es un poco contradictoria, ya que en la segunda parte, nos indica que es el amparo, un mecanismo pertinente para interponer en la vía contencioso administrativa, por la reclamación de servicios públicos, alegando la posibilidad del abuso de derechos constitucionales, cuando en la primera parte de ésta, nos habla de una acción novedosa; desechando entonces, la interposición del Recurso de Anulación, recurso propio de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Es extraño entonces que la sentencia, considere la acción de amparo como acción novedosa ya que la misma data en el país desde el año 1988, según la ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y garantías Constitucionales.

En fin, se puede concluir, de lo explanado con anterioridad, que de los mecanismos procesales ya estudiados, ninguno de estos, sería el mecanismo idóneo, para intentar la reclamación por servicios públicos, ya que la jurisprudencia ha sido cambiante, al indicar cual de ellos sería el apropiado, lo cual crea incertidumbre al administrado a la hora de recurrir a la jurisdicción contenciosa, ya que no existe un recurso propio contencioso para la reclamación de los servicios públicos y menos aún puede entonces garantizársele al usuario a la hora de reclamar la tutela judicial efectiva.

De un breve y sencillo estudio, que hagamos al texto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aún en espera de su promulgación por parte del Ejecutivo Nacional, podemos constatar, que dicha ley orgánica, establece expresamente en su artículo 9 numeral 5, la competencia de la Jurisdicción contencioso Administrativa para conocer los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos, no establece expresamente un recurso contencioso de los servicios públicos, más sin embargo, se establece un procedimiento llamado breve, contemplado en su artículo 65 numeral 1, por el cual se tramitarán los reclamos, por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, así como las vías de hecho y la Abstención, procesos de carácter no patrimonial, solicitando como requisito para intentar la pretensión que el demandante acompañe o certifique los trámites efectuados en los casos de reclamo de los servicios públicos o de la abstención, lo cual se encuentra tipificado en el artículo 66 de la Ley inminente, ya citada.

Es así, como hasta el artículo 75 de la ley in comento, se establece todo el procedimiento breve a seguir, el cual corresponde para el tema objeto de investigación.

CAPITULO V

SUJETOS ACTIVOS LEGITIMADOS PARA EL RECLAMO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Es claro, que la Carta Fundamental incluye dentro de las competencias de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la de conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos. Sin embargo, para muchos doctrinarios expertos en la materia, esta disposición amerita una inminente reforma legislativa, que adapte la legislación preconstitucional en esta materia, al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y delimite el ámbito de este control, respecto de aquellos de carácter extrajudicial o que también se dirigen, en el ordenamiento jurídico venezolano, a controlar la eficacia administrativa, tratándose siempre de plantear la posibilidad de reclamar judicialmente por la efectiva y correcta prestación de los servicios públicos previamente establecidos en la ley, en el marco de las relaciones jurídicas Administración-Usuarios.

La doctrina, ya había planteado la necesidad de ampliar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los fines de que se incluyera un control directo sobre la eficiencia de los servicios públicos, así lo proponía Rondón de Sansó, al poner de relieve la situación de indefensión de los

usuarios de los servicios públicos, siendo lamentablemente deficiente su prestación ordinaria por parte de la Administración Pública Venezolana, ya que nunca ha existido ni existe en Venezuela, un medio jurídico idóneo jurisdiccional eficaz y eficiente, mediante el cual el usuario pueda reclamar frente a quien presta el servicio, sea la Administración de manera directa o de manera indirecta a través del contrato de concesión, el cumplimiento debido del mismo, esto es, que se preste de manera continua, eficiente y con los costos exigidos, por el ordenamiento jurídico.

Es claro, que en el sistema procesal administrativo se carecía y carece de un mecanismo contencioso administrativo por el cual, se controle la eficacia en cuanto principio constitucional de la actividad administrativa, sobre todo de aquellas actividades prestacionales llamadas *stricto sensu,* que la Administración debe prestar a los particulares.

No cabe duda, que existe un vacío legal, ya que en la legislación contenciosa administrativa, no se prevé ningún medio propio o especifico de los servicios públicos, que garantice a los usuarios la reclamación por la prestación ineficiente o anormal de los mismos, solo por vía jurisprudencial se han nombrado algunos mecanismos procesales para tales reclamaciones, pero ellas, no son ni las más eficientes, ni expeditas para los reclamantes y menos aún existe un criterio único o unificado por parte del máximo tribunal a este respecto.

Por su parte, La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela vigente para el momento en que se realizó la presente investigación, en su artículo 21 primer aparte señala:

> "Toda persona natural o jurídica, o el Fiscal General de La República o el Defensor del Pueblo podrá proponer ante el Tribunal Supremo de Justicia, demanda de nulidad por ilegalidad o insconstitucionalidad de contratos, convenios o acuerdos celebrados por los organismos públicos nacionales, estadales, municipales o del distrito capital, cuando afecten los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas....".

Sin embargo, debe existir una cierta legitimación, para acceder o recurrir a la vía contencioso administrativa, es decir, se requiere a parte de la capacidad procesal, tener un interés o derecho personal, directo y legítimo para poder impugnar cualquier acto de la Administración Pública, en otras palabras, el interesado es el que tenga la titularidad adecuada, derivada de ese interés legitimo, personal y directo o de un derecho subjetivo, en su caso, es decir, existen una serie de condiciones de la capacidad jurídica para actuar en el campo del derecho.

Esta capacidad, es la regulada por el derecho civil, que no es más que la derivada de la mayoría en las personas naturales o la existencia de la personalidad jurídica.

Se debe enfatizar, que la jurisprudencia nacional da a la legitimación activa dos tratamientos distintos, una de manera amplia y otra restringida. La primera de ellas, a través de sentencia con ponencia del magistrado Rafael Tinoco, de fecha 18-05-2000, en donde se establece, que el interés es mucho más amplio que el interés personal legitimo y directo, ello con la entrada en vigencia de la Constitución actual, y el otro criterio, que es restringido, que señala que el recurrente no ostenta el interés que exige el artículo 121 de la extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que no se delimita la forma de cómo el acto normativo incide de manera negativa sobre la esfera jurídica del afectado recurrente, ello queda plasmado en sentencia con ponencia de la magistrado Yolanda Jaimes en el año 2001.

Ello es así, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de (2004), exige para ser parte en el proceso contenciosos-administrativo, tener un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

Sin embargo, ante la proximidad de la promulgación de la ya antes mencionada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, habría que enfatizar que la misma, dentro de su articulado, concretamente en el 27 y 29, habla en primer término de la capacidad procesal, considerando, que pueden actuar en los procedimientos contencioso

administrativos las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, las irregulares o de hecho, las asociaciones, consorcios, comités, consejos comunales y locales, agrupaciones, colectivos y cualquiera otra entidad y que estarán legitimadas todas las personas que tengan un interés jurídico actual, sin más explicación de lo que se debe entender por interés jurídico actual, por lo que debemos guiarnos entonces por lo dicho por la jurisprudencia patria.

1.- Usuarios o administrados

Según Diccionario Jurídico, (1981,322), el usuario es entendido como "En el Derecho Administrativo, quien, por concesión gubernativa, o por otro justo titulo, aprovecha aguas derivadas de una corriente pública. El que usa ordinaria o frecuentemente una cosa o servicio.

Para Villar (1999, 238) recibe la denominación de Usuario, "el sujeto que se beneficia de la prestación de un servicio mediante el abono de una contraprestación económica (al margen, también, de la naturaleza de esta contraprestación como tasa, precio público o precio privado)".

Al respecto, debo sostener que considero incompleto el concepto dado por el doctrinario Villar, por cuanto en el caso de Venezuela, la Carta Magna contempla una serie de servicios públicos de manera gratuita, como lo son la salud, educación entre otros, por lo que si bien es cierto, que es aquel

sujeto que se beneficia de una prestación no necesariamente existe un pago por el uso de dicha prestación.

El usuario, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Administrado, es el beneficiario de los servicios prestados por las administraciones públicas a todos sus niveles. Entre estos servicios destacan la educación, la salud, la seguridad y la defensa, el alumbrado, las carreteras, etc.

El administrado es un concepto más amplio que el de contribuyente, porque puede haber beneficiarios de los servicios públicos que no sean contribuyentes (no llegan al mínimo exigible, están en paro, no tributan, etc.) aunque todo contribuyente paga tributos para beneficiarse, como administrado, de los servicios públicos.

Para Araujo (2005, 222) el administrado, "...denota que el ciudadano (concepto político) entra en relación con la Administración Pública. Por ello

Administrado, es todo sujeto de derecho que se encuentra en una relación de subordinación respecto de la Administración Pública".

Es preciso resaltar, cuales son los derechos de los usuarios de servicios públicos y entre los cuales encontramos entre otros los siguientes:

a) derecho de acceso y a la igualdad de trato, ello se vincula a lo dicho anteriormente en esta investigación, como lo es la universalidad del servicio público (característica del servicio público) ya que el acceso puede ser limitado por motivos económicos, es decir, el usuario tiene el derecho a gozar del servicio que cumpla con los requisitos contemplados en la normativa vigente.
b) Derecho a la continuidad y regularidad en la prestación, referido a que ese usuario tiene derecho a que ese servicio público que presta directamente la administración o por intermedio de un concesionario, sea prestado de manera regular, que no existan interrupciones en el servicio sin una causa de fuerza mayor o caso fortuito, que justifique su incumplimiento.
c) Derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, se representa la oportunidad del usuario de reclamar por la mala prestación del servicio o por la no prestación del mismo, por lo que el usuario podrá ejercer su derecho de denuncia ante la

La Carta Magna de nuestro país en su artículo 280 señala lo siguiente:

> "La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas...".
>
> Y en su artículo 281 establece:
>
> "Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:
>
> ...2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.
>
> 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley...."

De esta manera la Constitución Nacional, consagra de manera expresa la atribución que tiene el Defensor del Pueblo para recurrir a la vía Judicial, en aras de garantizar a la comunidad el correcto funcionamiento de los servicios públicos, para de esta manera resguardar los derechos e

Ello es así, que en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 20 de Agosto de 2004, magistrado ponente José Manuel Delgado Oquendo, en amparo constitucional intentado por el defensor del pueblo delegado y defensor del pueblo auxiliar del Estado Yaracuy contra el Instituto Autónomo de la Salud de dicho Estado, a lo que la sala en primer lugar se pronunció en cuanto a la legitimación de la Defensoría del Pueblo para recurrir ante la anomalía en la prestación de un servicio público y manifestó lo siguiente:

> "En primer lugar, lo que legitima a la Defensoría del Pueblo para interponer la presente solicitud es la existencia de un conflicto, político a su entender, que ha afectado la continuidad del servicio prestado por el Centro de Atención Médica Solidaria "24 de Julio". En tal sentido, dispone el artículo 281.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:
>
> " **Artículo 281.**Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:
>
> (...)
>
> 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos...." ".

En segundo lugar la Sala se refiere a la competencia del Tribunal que debe conocer y señala:

> "Con ello es evidente que la presente no es una acción relacionada con la afectación de derechos o intereses colectivos o difusos, sino que se trata de una amparo constitucional cuyo conocimiento compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 259 de la Carta Magna, *supra* citado, pues su objeto lo constituye una de las manifestaciones típicas de la actividad administrativa, cual es, la prestación de un servicio público.
> Una vez señalado lo anterior, visto que la presunta lesión constitucional se habría producido en el Estado Yaracuy, esta Sala declina la competencia en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Centro-Norte, el cual, con fundamento en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con el literal b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es el tribunal competente para conocer en primera instancia del presente amparo constitucional. Así se decide."

En atención a lo anterior, la Sala, ratifica el contenido del artículo 280 de la Constitución Nacional, al designar al Defensor del Pueblo, como el garante de los derechos e intereses difusos de la colectividad y la reclamación por el funcionamiento de los servicios públicos, y da a éste, la legitimación activa para interponer querellas, cuando el objeto de la pretensión sea de la competencia que le viene dada en la Carta Magna.

Igualmente, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del año 2007, siendo la Juez Ponente, Neguyen Torres López, en el Expediente N° AP42-N-2001-5169, se aplica el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y al respecto señala:

> "....Se alega igualmente, en varias oportunidades, la presunta falta de legitimación activa por parte de la Defensoría del Pueblo para ejercer esta acción, por cuanto no se trataría de una demanda por intereses colectivos o difusos, sino de un asunto relacionado con los intereses personales, legítimos y directos de los usuarios en cuya defensa la Defensoría del Pueblo dice actuar.
>
> Al respecto, se observa que el artículo 281, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:
>
> "Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:
>
> (...).
>
> 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos".
>
> De la norma constitucional citada, pareciera poder interpretarse que las atribuciones de la Defensoría del Pueblo en materia de servicios públicos, al

> menos dentro del ámbito judicial, se limitan a interponer demandas de protección de intereses colectivos o difusos; el término "legítimos" estaría sólo referido a tales intereses, excluyendo los intereses personales y directos.

La sentencia precisa que, la Defensoría del Pueblo, puede interponer pretensiones por reclamación de servicios públicos, cuando ello sea por intereses colectivos o difusos, y no en un interés personal, como sería el caso de anomalía en el servicio público pero prestado a una persona o usuario en particular, debe ser de tal magnitud la anomalía en el servicio, que afecte a un grupo bastante grande de usuarios, para que este puede ejercer tal representación, por otro lado continua la sentencia antes transcrita diciendo:

> "Ahora bien, es importante destacar que el concepto de intereses personales, legítimos y directos ha estado tradicionalmente ligado al ejercicio de recursos contencioso administrativos contra actos de efectos particulares, es decir, es una categoría jurídica relacionada con el contencioso de nulidad. En este caso, sin embargo, como ha sido señalado anteriormente, no se está en presencia realmente de una acción de nulidad, sino de una pretensión relacionada con el funcionamiento de servicios públicos.
>
> Sobre dicha materia, esto es, sobre el contencioso de los servicios públicos consagrado novedosamente en el artículo 259 de la Constitución, ha sido dada a la Defensoría del Pueblo una legitimación general para interponer "las acciones necesarias para exigir al Estado el

> resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos", sin que se realice distinción alguna respecto a qué tipo de acciones se trata. En este sentido, en aplicación del principio interpretativo in dubio pro actione, debe entenderse que la Defensoría del Pueblo, en lo relativo al contencioso de los servicios públicos, tiene legitimación activa no sólo para interponer demandas por intereses colectivos o difusos, sino cualquier tipo de acción que resulte necesaria para exigir y procurar un buen funcionamiento de dichos servicios.
>
> En consecuencia, debe concluirse que la Defensoría del Pueblo sí tiene legitimación activa para interponer la presente acción. Así se declara....".

De la misma manera, en Sentencia de la Sala Constitucional, del 13 de agosto de dos mil ocho, ponente Carmen Zuleta de Merchan Exp 08-431, se reitera el criterio ya aquí expuesto; incluyéndose lo estipulado en la exposición de motivos de la Carta Magna, estableciendo lo siguiente:

> "....Nótese que la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa:
> En general, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa. Además, deben velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, por el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado".

> Se desprende del Texto que los motivos que animaron la creación de la Defensoría del Pueblo como órgano del Consejo Moral Republicano están referidos a "...la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos".

Asimismo, se señala lo siguiente:

> "...La Defensoría del Pueblo representa la institución del Poder público más vinculada y cercana a los ciudadanos, cuyas funciones son esenciales para controlar los excesos del Poder y garantizar que el sistema democrático no sólo sea una proyección constitucional, sino una forma de vida en sociedad con eficacia y realidad concreta, donde los derechos e intereses de los ciudadanos sean respetados.
> Se atribuyen al Defensor del Pueblo las más amplias funciones y competencias en las materias antes señaladas, tales como velar por el efectivo respecto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República".
>
> Al respecto, es preciso hacer alusión a la doctrina de esta Sala a propósito de la intervención de este organismo en asuntos que no se enmarquen dentro de las competencias y la esencia que por la Constitución y el Derecho Comparado tiene atribuida (Véase igualmente los artículos 2, 4, 7 y 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo); así, en sentencia número 1938 del 15 de julio de 2003, este órgano concluyó de un análisis sistemático de los artículos 280 y 281 que la labor del Defensor del Pueblo se escinde, en nuestra Carta Magna, en dos grandes funciones: de **defensa** y de **control**".

A este respecto, apuntó la Sala:

> "...Las labores de defensa constituyen lo que en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos se han considerado como labores típicas del Defensor del Pueblo, y son las que se caracterizan por realizarse a través de la *sugerencia* o *persuasión*. Las mismas tienen por objeto, tal como lo dispone el encabezado del artículo 280 constitucional, **la promoción** de: 1) derechos constitucionales; 2) derechos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos; 3) intereses legítimos; 4) derechos colectivos e, 5) intereses difusos.
> Esa labor de sugerencia o persuasión es a la que se refieren las normas contenidas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 281 de la Constitución....".

Como puede observarse, la Sala ha sido reiterativa en el criterio de que puede el Defensor del Pueblo, puede ejercer la defensa de los usuarios o administrados, en lo relacionado a la prestación de servicios públicos, atendiendo a la vigilancia y prevención del uso del patrimonio público, para lo cual la Sala, menciona lo dicho en la exposición de motivos de la Carta Magna, dándosele al Defensor del Pueblo dos grandes funciones como lo son la defensa y el control, de los derechos y garantías constitucionales que se le señalan, por ello, él mismo, se encuentra facultado para ejercer esa representación legitima de los usuarios o administrados en caso de perturbación en la prestación de servicios públicos.

En este mismo orden de ideas, la misma sentencia explica, las funciones de control y defensa que tienen los órganos del Poder Moral, en el caso concreto el Defensor del Pueblo al indicar:

> "....Por su parte, la labor de **control** constituye una labor activa, en cuanto trasciende a la simple sugerencia y persuasión en los términos expuestos en el numeral 3 del artículo 281, e implica la posibilidad de que el Defensor del Pueblo interponga: 1) acciones de inconstitucionalidad; 2) amparo constitucional; 3) hábeas corpus; 4) hábeas data y 5) demás acciones necesarias, sólo en los supuestos a que se refieren las normas constitucionales.
>
> Las labores configuradoras de la facultad contralora del Defensor del Pueblo son las de *defensa* y *vigilancia* que, a su vez, de la lectura de los numerales 1 y 2 del artículo 281 de la Constitución, se dividen en acciones de tutela de derechos personales (individuales) e impersonales (generales). Es así como, el Defensor del Pueblo **sólo** puede tutelar un derecho individual cuando el derecho lesionado sea un derecho humano. De manera que, para tal fin, puede interponer por sí mismo, a nombre de un sujeto presuntamente lesionado, cualquier acción que para la defensa de tal circunstancia estime pertinente realizar, lo que, dicho sea de paso, no implica la necesidad del llamamiento del Defensor del Pueblo a un juicio que, para tal fin, ya esté instaurado. Se trata de una labor activa con iniciativa propia y parcializada del Defensor del Pueblo.
>
> Por su parte, lo que la Sala ha denominado acciones de tutela de derechos impersonales están configuradas por aquellas labores destinadas a garantizar: 1) el funcionamiento de

> los servicios públicos; 2) la tutela de los **intereses legítimos, colectivos y difusos afectados por** las arbitrariedades, desviación de poder y errores cometidos en **la prestación de tales servicios**; y, 3) tutelar los derechos colectivos o intereses difusos....".

Según se ha citado, no hay lugar a duda de que la Defensoría del Pueblo, tiene la legitimación para poder actuar en nombre del interés general, para la reclamación de los servicios públicos, por así señalarlo la norma suprema de la República, y es reiterada por la jurisprudencia patria.

2.2.- Ministerio público

En el orden de ideas, de lo contemplado en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra el Ministerio Público como Órgano competente para ejercer reclamaciones ante la jurisdicción Contenciosos Administrativa. Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 284 establece quien ejercerá la dirección y responsabilidad del Ministerio Público al señalar lo siguiente:

> "El Ministerio Público estará bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionarias que determine la ley..."

Pero es la ley del Ministerio Público vigente la que indica en su artículo 2, que este "... es un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objetivo actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado, democrático y social de derecho y de justicia".

Señalando, que de acuerdo al artículo arriba transcrito, el Ministerio Público debe actuar de acuerdo al interés general, siendo el responsable de la preservación del Estado de Derecho, preservando el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías Constitucionales.

Por su parte el artículo 285 de la Constitución Nacional, señala las atribuciones del mismo y específicamente indica:

> "Son atribuciones del Ministerio Público:
>
> 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
> 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y debido proceso..."

El artículo transcrito con anterioridad, señala que dentro de las atribuciones del Ministerio Público, se encuentra la de garantizar en los procesos judiciales, los derechos y garantías judiciales, entendiéndose que existen

servicios públicos que son esenciales para la existencia del ser humano, por lo tanto se encuentran amparados como derechos fundamentales, garantizando igualmente la celeridad y el debido proceso, como lo es, que éste se lleve de acuerdo a lo contemplado en la legislación vigente.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 16 señala:

> "Son competencias del Ministerio Público:
> 1. Velar por el efectivo cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, acuerdos y convenios internacionales, válidamente suscritos y ratificados por la República, así como las demás leyes.
> 2. Garantizar el debido proceso, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República, actuando de oficio o a instancia de parte.
>
> (....).
>
> 12. Investigar y ejercer ante los tribunales competentes, las acciones a que hubiere lugar con ocasión de la violación de las garantías constitucionales y derechos humanos, por parte de funcionarios públicos o funcionarias públicas o particulares....".

Y en su artículo 31, indica

> "**Son** deberes y atribuciones comunes de los fiscales o las fiscales del Ministerio

> Público:
> 1. Garantizar en los procesos judiciales y administrativos, en todas sus fases, el respeto de los derechos y garantías constitucionales, actuando de oficio o a instancia de parte. Lo anterior no menoscaba el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares.
> 2. Garantizar, en cuanto le compete, el juicio previo y el debido proceso, la recta aplicación de la ley, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia.
> 3. Proteger el interés público, actuar con objetividad, teniendo en cuenta la situación del imputado o imputada y de la víctima, y prestar atención a todas las circunstancias pertinentes del caso.
> 4. Promover la acción de la justicia en todo cuanto concierne al interés público y en los casos establecidos por las leyes.
>
> "...6. Velar por el exacto cumplimiento de los lapsos, plazos y términos legales y, en caso de inobservancia por parte de los jueces o juezas, hacer la correspondiente denuncia ante los organismos competentes....".

Es necesario señalar, que el Fiscal del Ministerio público, facultado para actuar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no tiene facultad de intentar procedimientos o tener la representación de un ciudadano o grupo de ciudadanos, como si las tiene el Fiscal en materia penal, el Fiscal en materia contencioso administrativa se considera un tercero coadyuvante en la relación jurídica, por lo que no está legitimado para ejercer la pretensión de reclamación de los servicios públicos.

A este respecto, Araujo (2004, 460) señala sobre la actuación del Ministerio Público:

> "....puede intervenir, y es lo que ocurre de ordinario, para emitir dictamen o informe. Cuando esto ocurre, no deduce una pretensión ni se opone a la pretensión deducida de persona distinta: se limita a emitir una opinión acerca de la admisibilidad o procedencia de una pretensión jurídica, teniendo oportunidad para ello antes de dictarse sentencia".

2.3.- Procuraduría General de La República

Este Órgano, posee la representación judicial de la Republica, tal y como lo contempla el artículo 247de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al contemplar:

> "La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.
> La Ley Orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento".

Por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 1 señala:

> "El presente Decreto Ley tiene por objeto establecer las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República; su actuación en la defensa de los derechos,

de manera reiterada. Y de los órganos estudiados, no cabe la menor duda que el único de ellos, legitimado para intentar la reclamación de los servicios públicos, es la defensoría del pueblo, en aras de la defensa del interés general de los ciudadanos, en el caso bajo estudio de los administrados o usuarios.

CONCLUSIONES

- Ha sido el Tribunal Supremo de Justicia, quien por la vía de la jurisprudencia, ha desarrollado el término de la tutela judicial efectiva, al señalar que ésta, no solo comprende el acceso de los particulares a los órganos de justicia, sino también, el derecho que estos tienen a ser oídos y que un vez cumplidas las formalidades contempladas en la leyes objetivas, se emita sentencia conforme a derecho, que determinen el contenido y sobre todo la extensión del derecho deducido, estableciendo que el proceso debe ser una garantía, para que las partes puedan ejercer el derecho a la defensa, tal como lo establece la decisión de fecha, 10 de Mayo de 2001, Sentencia N° 708, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia.

- De allí, que la tutela judicial efectiva, constituye uno de los principios de mayor trascendencia que definen y determinan la noción contemporánea del Estado de Derecho. El conjunto de derechos y garantías reconocidos en favor de los ciudadanos por el ordenamiento jurídico, se hace letra muerta, si el Estado no garantiza en forma prioritaria, la existencia y el respeto a un sistema jurisdiccional que permita libremente a los administrados exigir la protección plena de todas sus libertades. Debido a ello, se llega más claramente al

concepto de tutela judicial efectiva, ya que según lo explanado por la Sala constitucional esta garantiza el cabal ejercicio de todos los derechos procesales constitucionalmente establecidos, que deben ir desde el acceso a la justicia, hasta la eficaz ejecución del fallo.

- Por lo tanto, la tutela judicial efectiva debe vincularse, con la garantía de la seguridad jurídica, que protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos. Pero además, la tutela judicial es un mecanismo garante del respeto del ordenamiento jurídico en todos los órdenes y la sumisión al derecho tanto de los individuos como de los órganos que ejercitan el Poder.

- Cabe destacar, que el Servicio Público, denota la existencia de una obligación Constitucional o legal a cargo del Estado, para la realización de una actividad prestacional. Es preciso señalar, que los servicios públicos, son catalogados como de primera necesidad para la colectividad en general; y los mimos deben ser prestados de conformidad a los principios generales aplicados a la prestación de servicios públicos, entre los cuales podemos destacar: la universalidad, la continuidad, la adaptación e igualdad.

- Es claro, que debido a las transformaciones económicas y sociales, en el siglo XXI, tiene repercusiones y efectos en el campo político y jurídico, lo cual conlleva al surgimiento de un cambio de paradigma conceptual en cuanto a la presencia del Estado como instrumento al servicio de la sociedad, para de esta manera lograr sus fines colectivos, lo que da lugar a la aparición del Estado de Bienestar. Por lo que debe verse a la Administración Pública, como un objetivo social, de satisfacción general de las demandas de la colectividad, en cuanto a sus condiciones de vida, y que repercute en la calidad de vida de los ciudadanos.

- Por lo tanto, en caso de que existan problemas en la prestación de los servicios públicos, debería la ley contemplar el procedimiento y mecanismo de que gozan los afectados, para solicitar el uso del servicio o en caso de que el mismo se preste, pero de manera defectuosa, solicitar la buena prestación de éste, ya que es imperativo por ley, que los servicios públicos deben llegar a todos los ciudadanos en óptimas condiciones, es decir, que sea prestado de manera regular, universal, de calidad, entre otras, el usuario tendrá a su disposición los mecanismos procesales, para solicitar el mejor funcionamiento del servicio o la prestación de éste según sea el caso.

- No obstante, la prestación de los servicios públicos, estará sometido a un control, de acuerdo a lo contemplado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es a ella a quien corresponde el control de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como la eficacia, eficiencia y calidad de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control, refiriéndose así, a un control interno de los entes y órganos de la Administración Pública en general e igualmente señalándose en su artículo 1, la función contralora de los ciudadanos, que es una forma de control indirecto.

- Pero además, dentro del Estado moderno de derecho social, el ejercicio de la democracia directa y la participación ciudadana, se refleja también un control indirecto, ejercido a través de la contraloría social y la gestión, que toman un carácter propio a partir de las disposiciones constitucionales que indirectamente, en razón de los principios de participación y transparencia, sientan las bases de un mecanismo de participación ciudadana, para el seguimiento y la evaluación de la gestión de las actividades de la administración, de los funcionarios, incluyéndose la prestación de los servicios públicos, tomando como referencia un conjunto de leyes aprobadas con posterioridad al texto constitucional de 1999.

- Sobre la base de las consideraciones anteriores, es de acotar, que desde la entrada en vigencia en 1999 de la Carta Magna, Venezuela ha estado inmersa en un proceso de transformación social, económica y política, que ha tratado de enfocarse en dejar detrás el sistema de democracia representativa, que estuvo vigente en el país y cuyas expresiones originarias recaían en la Constitución de 1961, y crear un sistema de democracia participativa, el cual exige la inclusión, participación y protagonismo de todos los ciudadanos y ciudadanas de Venezuela en los asuntos públicos. Tratando, que todos los ciudadanos no se encuentren alejados de los asuntos públicos, lo que a la forma de ver de la dirigencia política actual, ello ha sido una práctica sana y conveniente para garantizar la marcha del Estado en cualquiera de sus competencias.

- Sin embargo, un vez que fallaron los controles directo e indirecto para garantizar el servicio público eficiente, el usuario que quiere hacer valer esos derecho que tiene, y en aras de la tutela judicial efectiva que le garantiza el Estado, acude a la jurisdicción contenciosa administrativa, quien es que tiene la competencia para conocer de ello y con respecto a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, habría que acotar que el derecho administrativo, está montado sobre el principio de legalidad, por ello puede hablarse de

ese derecho administrativo, cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho y sobre todo a ese derecho desarrollado para normar sus actuaciones.

- No cabe duda que la jurisdicción contencioso administrativa, es una jurisdicción especial, muy diferente a la jurisdicción ordinaria, ya que ésta tiene por un lado, la finalidad de justiciar y por otra, el control de las actuaciones de la Administración, cerciorándose de que esta se encuentre dentro del llamado bloque de la legalidad.
- La Ley del Tribunal Supremo de Justicia, guardó silencio, con respecto a la competencia de los tribunales contenciosos administrativos, por lo que, por vía jurisprudencial se expresó de manera inequívoca la competencia de estos tribunales.

- A la espera, de la promulgación de la inminente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hay que señalar que en ella se expresa de manera detallada, la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que consagra que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está compuesta por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa y los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, considerando también a la Jurisdicción especial tributaria como parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, trayendo como una de sus novedades un procedimiento breve, para las pretensiones no patrimoniales, por donde se ventilarán, los juicios por la reclamación por servicios públicos y serán conocida por los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- Es evidente, que la constitución solo prevé en el artículo 259, que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, conocer por los reclamos de los servicios públicos, sin embargo, a pesar de ser una premisa constitucional, la legislación no ha desarrollado aún, una normativa propia para el contencioso administrativo de los servicios públicos, por ende menos aún, existe un mecanismo procesal propio e idóneo para este tipo de pretensión.

- Con referencia a lo investigado, se concluye fehacientemente, que el recurso por abstención o carencia es ineludiblemente, uno de los mecanismos procesales que el particular, puede interponer para su pretensión judicial por la prestación anormal del servicio público, prestado directamente por la Administración pública o por un

particular, a través del contrato de concesión, ante la ausencia de un mecanismo procesal propio; y este recurso es aplicado, por la conducta omisiva o negativa de los funcionarios a cumplir determinados actos, a los cuales están obligados por la Constitución o la ley.

- En fin, el recurso por abstención o carencia, no solo es un mecanismo procesal, para condenar la inactividad de la Administración pública, sino que condena la negativa de ésta a cumplir con las actuaciones, que le competen según lo establecido en la ley, en el caso especifico, el cumplimiento en la prestación normal del servicio público, en todo caso la disyuntiva sería, en qué situación aplicar el procedimiento establecido para el recurso por abstención y en qué momento aplicar el recuso de nulidad.

- Dentro de los mecanismos procesales investigados y utilizados por los usuarios para la reclamación por servicios públicos, se encuentra la pretensión de Amparo, mecanismo procesal, que pueden utilizar los administrados ante la vía judicial, para interponer una pretensión que conlleve la violación de derechos garantizados constitucionalmente, siendo la prestación de servicios públicos por parte de la Administración, uno de ellos, por constituirse algunos de éstos

servicios, como de primera necesidad para la vida del hombre, tales como el suministro de agua potable, servicio eléctrico, recolección de residuos y desechos sólidos (basura), entre otros.

- Debido a esto, se puede decir, que si bien es cierto, la inminente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no creó el contencioso de los servicios públicos, como mecanismo procesal idóneo, para la reclamación de la mala prestación de los servicios públicos, crea un procedimiento breve, donde se ventilará este tipo de pretensión, pero donde las reglas para el reclamo no se encuentran muy claras para el usuario, que decida interponer por ante la vía contenciosa, este tipo de pretensión, por lo que se espera, que con la entrada en vigencia de la ley, los usuarios puedan acudir a la jurisdicción contencioso administrativa con un poco más de certeza jurídica para la reclamación de servicios públicos, y se les garantice la tan mencionada tutela judicial efectiva, ante el desmoronamiento de la calidad de los servicios públicos en el país.

- A propósito de ello, se debe tomar en cuenta a la persona afectada por la anomalía o deficiencia presentada en el servicio público, como lo es el usuario, persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las

relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por esta causa, es el usuario, el sujeto legitimado para interponer en primer término, la pretensión por la prestación de servicios públicos.

- Encontramos igualmente la figura de el administrado, que es un concepto más amplio que el de contribuyente, porque puede haber beneficiarios de los servicios públicos que no sean contribuyentes (no llegan al mínimo exigible, están en paro, no tributan, etc.) aunque todo contribuyente paga tributos para beneficiarse, como administrado, de los servicios públicos, lo que quiere decir que este ciudadano (concepto político) entra en relación con la Administración Pública. Por ello Administrado, es todo sujeto de derecho que se encuentra en una relación de subordinación respecto de la Administración Pública.

- Además de el usuario o administrado, existen varios órganos de la administración legitimados, para la interposición de una pretensión por la reclamación por servicios públicos, como lo es el Defensor del Pueblo, facultado para ello según disposición Constitucional y reiterado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en

diferentes sentencias. Por otro lado, se encuentran el Ministerio Público, por intermedio de sus fiscales Contenciosos Administrativos, que si bien no tienen la representación de una persona en particular, actúan como terceros de buena fe, que coadyuvan en el proceso y por último, se encuentra la Procuraduría General de la República, la que solo actúa en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, por lo que, la reclamación por prestación de servicios público, debiera afectar algún interés del Estado para que éste actuara en defensa del Estado, pero no del usuario afectado.

- En consecuencia, es claro y evidente que es el Usuario o Administrado, quien en primer lugar se encuentra legitimado para intentar el reclamo de la prestación de servicios públicos, por tener el interés personal y directo, indicado por la doctrina y explicado suficientemente por vía jurisprudencial, de manera reiterada. Y de los órganos estudiados, no cabe la menor duda que el único de ellos legitimado para intentar la reclamación de los servicios públicos es la Defensoría del Pueblo, en aras de la defensa del interés general de los ciudadanos, en el caso bajo estudio de los administrados o usuarios.

- Finalmente y para concluir, se debe decir que en Venezuela, no ha existido ni existe en la actualidad, un mecanismo o recurso idóneo y propio, para que el usuario pueda reclamar por la prestación de los servicios públicos, y menos aún se le ha garantizado la tan anhelada tutela judicial efectiva, consagrada en la Constitución Nacional, ya que si bien existe una inminente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que no ha sido promulgada, a pesar de que ya han transcurrido varias semanas desde su envío al Ejecutivo para su promulgación

- En mi opinión muy particular, si bien es cierto, esta ley mejorará la jurisdicción contencioso administrativa, no resolverá el problema, ya que de la misma se desprende, que será un solo Juzgado Nacional, para varias regiones, lo cual no paleara el problema, se necesita una jurisdicción contencioso administrativa moderna, con personal capacitado y sobre todas las cosas imparcial, para que pueda mejorar el acceso a dicha jurisdicción, es indispensable que el ciudadano posea los mecanismos idóneos para interponer su pretensión y tenga confianza en que se le garantiza la tutela judicial efectiva en su reclamación.

RECOMENDACIONES

Los servicios públicos, son importantes para la existencia del ciudadano, por ello la Constitución Nacional garantiza el suministro de aquellos considerados esenciales para su subsistencia, los cuales deberían ser prestados bajo los más altos estándares de calidad, basándose en los principios universales que rigen la prestación de servicios públicos y en el caso de que ello no fuera así, tener el ciudadano a su disposición la jurisdicción contencioso administrativa que actúe con celeridad, transparencia e imparcialidad y un mecanismo o pretensión procesal idónea, para hacer su reclamación y que esta sea llevada a feliz término, con una sentencia ajustada a derecho, emitida en el tiempo legalmente establecido y que la misma pueda ser ejecutada, para que lleve consigo la satisfacción del recurrente, el equilibrio del Estado Social de Derecho y por sobre todas las cosas, se controle la prestación de servicios públicos, para que los mismos sean modernos, de calidad, continuos y que sean prestados a la universalidad de los ciudadanos

La legislación vigente debería contemplar diversidad de mecanismos o pretensiones procesales, para la reclamación por la prestación de servicios públicos y contar con suficientes tribunales contenciosos administrativos modernos con personal capacitado, que conozcan de esta pretensión,

procedimientos expeditos, para de esta manera lograr servicios públicos de calidad, y no servicios públicos deficiente, discontinuos que es lo que está ocurriendo en la actualidad, ante usuarios pasivos, que no reclaman la prestación de servicios públicos dignos, por la falta de mecanismos procesales que le garanticen una tutela judicial efectiva frente a dicha reclamación.

BIBLIOGRAFIA

Araujo, J. (2.003). ***Manual de derecho de los servicios públicos.*** Caracas: Vadell Hermanos Editores.

---------- (2004). ***Principios generales del derecho procesal administrativo.*** Valencia-Caracas: Vadel Hermanos Editores.

Balestrini, M. (2002). ***Cómo se elabora el proyecto de investigación.*** (6ta Ed.) Caracas: BL Consultores Asociados.

Bello, H y Jiménez, D. (2.004). ***Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales.*** Caracas: Ediciones Paredes.

Brewer, A. (2.002). ***VI Jornadas internacionales de derecho administrativo "Allan Randolph Brewer Carias".*** Caracas: Ediciones FUNEDA.

---------- (2007). ***Estudios de derecho administrativo 2005-2007***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Carrillo, C. (1999). ***El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos.*** Caracas: Impresos Minipres, C.A.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*** 36.860. (Extraordinaria). Diciembre, 1999.

García, E y Fernández, T. (1974). ***Curso de derecho administrativo. I.*** Madrid: Civita Ediciones. S.L

---------- (1995). ***Curso de derecho administrativo*** Vo.I 2. (7ma ed). Madrid: Civitas Ediciones. S.L.

---------- (1977). ***Curso de derecho administrativo. II.*** Madrid: Civita Ediciones. S.L

Guerrero, G. (2.002). ***Nuevas orientaciones en el contencioso administrativo venezolano.*** Caracas: Livrosca, CA.

---------- (2.005). ***Régimen de gestión, control y protección constitucional de los servicios públicos***. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Hernández, j. (2005). Las pretensiones procesales administrativas en la nueva ley orgánica del tribunal supremo de justicia. ***Revista de derecho administrativo***, 20, 121-148.

Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (2.009). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,*** 39.276 (Ordinaria). Octubre 2009.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.347 (Ordinaria). Diciembre 2001.

Ley Orgánica de la Administración Pública. (2008). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.890 (Extraordinaria). Julio 2008.

Ley Orgánica de los Consejos Comunales. (2009). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 39.335 (Ordinaria). Diciembre 2009.

Ley Orgánica del Ministerio Público. (2007). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, *38.647 (*Ordinaria*). Marzo* 2007.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (2008). Gaceta **Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 6.286 (Extraordinaria). Julio 2008.

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. (1988). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 33.891 (Ordinaria). Enero 1988.

Moles, A. et al. (1993). ***Contencioso administrativo en venezuela***. (3ra ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Morles, V. (1994). ***Planeamiento y análisis de investigaciones.*** (8va ed.). Caracas: El Dorado.

Moya, E. (2008). ***Derecho Contencioso Administrativo.*** (3ra ed.). Caracas: Mobilibros.

Ortiz, R. (2000). ***Tutela constitucional y anticipada***. Caracas: Editorial Fronesis.

Peña, J. (2.003). ***Manual de derecho administrativo***. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Perdomo, R. (1988). ***Metodología pragmática de la investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas***. Mérida: Consejo de publicaciones de la Universidad de los Andes.

Rojas, M. (2004-2005). El Ámbito Procedimental del Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos. ***Revista Tachirense de Derecho.*** N°16/17, 159.

Rondón, H. (1994). ***La acción de amparo contra los poderes públicos***. Caracas: Editorial arte.

----------. Fundamentos y alcances constitucionales del orden contencioso administrativo (2004). ***El contencioso administrativo hoy***. Caracas: Ediciones Funeda.

Santamaría, J. (2004)-.***Fundamentos de derecho administrativo***. Madrid: Editorial centro de Estudios Areces, S.A.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 547. Expediente 03-1085. 06-04-2004. [Base de dato en línea]. Consultada el 06 de Junio de 2006 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/sc/junio/03-1085-060607-2004-0343.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1209. Expediente 04-0848. 02-09-2004. [Base de dato en línea]. Consultada el 25 de Marzo de 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/0129-020904-2004-0848.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Regiones. Expediente AP42-0-2003-004042 [Base de dato en línea]. Consultada el 27 de Marzo de 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/regiones/noviembre/1246-5-APA42-o-20003-004042-2004-113.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1355. Expediente 08-0431. 13-08-2008. [Base de dato en línea]. Consultada el 12 de Mayo de 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/sc/mayo/1355-130808-08-0431.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia Nº 576. Expediente 00-2794. [Base de dato en línea]. Consultada 13 Enero 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/576-27041-00-2794.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia Nº 708. Expediente 00-1683. [Base de dato en línea]. Consultada 05 Febrero 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/708-100501-00-1683.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia Nº851. Expediente 00-0159. [Base de dato en línea]. Consultada 05 de Febrero 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/851-28070-00-0783.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia Nº 1264. Expediente 09-0114. [Base de dato en línea]. Consultada 05 Febrero 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1264-71009-09-0114.html.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Nº 127. Expediente 08-153. [Base de dato en línea]. Consultada 05 Febrero 2010 en http://.tsj.gov.ve/decisiones/scc/enero/rc.00014-23109-08-153.html.

Urosa, D. (2003). ***Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano.*** Caracas: Editorial Torino.

----------. La pretensión procesal administrativa (2004). ***El contencioso administrativo hoy.*** Caracas: Ediciones Funeda.

Villar, J. (1999). ***Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares***. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.