

CONSIDERACIONES SOBRE LA OPERATIVIDAD, DELIMITACIÓN ALCANCE DE LA ACCIÓN DE CARENCIA EN EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Freddy Suárez Alcalde
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

La acción de carencia consagrada por vez primera en nuestro país en la antigua Ley Orgánica de la Corte Federal de 1925 y recogida posteriormente por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (LOCSJ), ha sido hasta ahora campo poco explotado por nuestros litigantes, máxime, si tenemos en cuenta que los perjuicios derivados de la inactividad de la Administración (cuando no realiza un *facere* o un *dare* a la que está obligada por una norma legal específica) suelen ser con frecuencia más numerosos y graves que aquéllos que se producen como consecuencia de sus actuaciones ilícitas.

El fundamento jurídico general de este medio de impugnación se circunscribe a los artículos 42, ordinal 23º y 128º, ordinal 1º de la LOCSJ, por lo que podemos afirmar, junto con el Dr. Gustavo Urdaneta Troconis que: “el tratamiento sobre el mismo es muy escaso, prácticamente nulo, y han debido ser la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de ir delineando los elementos y las características de su régimen”.¹

Quizás la sempiterna exigencia del acto administrativo previo para acceder a la vía contencioso administrativa había sido hasta entonces la traba, el escollo permanente o barrera infranqueable tanto de juristas, doctrinarios y jueces a la hora de hacerle frente a los problemas suscitados a raíz del “no actuar” administrativo. Por fortuna, la moderna concepción del contencioso administrativo ha dejado atrás el carácter marcadamente revisor del control jurisdiccional, como argumento base para admitir la impremitible necesidad de un acto administrativo como conditio sine qua non del ejercicio de la actividad jurisdiccional. En este sentido, apunta el profesor NIETO: “De ordinario se admite que este sistema -el que el acto administrativo sea un supuesto de la actividad jurisdiccional- responde a una exigencia lógica deducida de la misma esencia de las instituciones, es decir, de la naturaleza revisora del control jurisdiccional. La esencia de la jurisdicción es revisar la actividad de la Administración; pero si ésta no ha actuado. ¿Qué es lo que va revisar?”.²

Ello nos da pie para afirmar que la jurisdicción contencioso administrativa ha dejado de ser una jurisdicción revisora para convertirse en una jurisdicción protectora o tuitiva de derechos subjetivos. Pocos dudan de que el Derecho Administrativo, es hoy en día concebido, a la luz de los principios modernos, como el Derecho de los administrados.

¹ URDANETA TROCONIS, G., “El Contencioso Administrativo Municipal” en Primeras Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Derecho Procesal Administrativo, 1995, p. 141.

² NIETO, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo” en RDA N° 208, abril-diciembre 1986. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 229.

Ahora bien, partiendo de este nuevo esquema de jurisdicción -entendida desde el punto de vista funcional- como aquella susceptible de ser activada con ocasión de una conducta negativa de la Administración que supone al propio tiempo la inobservancia de una obligación que se le atribuye como inherente al ejercicio de sus funciones, se hace necesario precisar, a los fines de nuestro estudio, la distinción doctrinaria entre inactividad formal e inactividad material administrativa.

Mientras que el concepto de inactividad material "se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares"³.

En otras palabras, el ámbito de inacción de la inactividad material resulta mucho más amplio que el de inactividad formal, pues la sola verificación de la primera pudiera suponer también la verificación de la segunda, pero no lo contrario.

El profesor Nieto cita el ejemplo de un ganadero que reclama ante una Junta Provincial de Fomento Pecuario que no se le haya concedido una extensión de pastos adjudicada en años anteriores. En este caso, concluye el autor español que "independientemente de la obligación general material que pesa sobre los organismos de la Dirección General de Ganadería de proceder anualmente a esas adjudicaciones de pastos, surge aquí una obligación específica formal de contestar a esta reclamación..."⁴

Pues bien, realizada esta acotación, conviene ante todo destacar que la acción de carencia tiene por objeto la abstención o negativa de una autoridad pública a actuar (inactividad material) cuando una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente tiene a su cargo.⁵ Moisés Hirsch señala que su objeto es "el control judicial de contrariedad al derecho originado por el incumplimiento de obligaciones específicas a fin de lograr el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas."⁶ En este contexto, la carencia expresa o tácita de la Administración es "un modo de infringir la ley mediante la no realización de un deber legal, y por tanto, también a través del recurso de abstención es posible controlar la legalidad. Pero, ocurre que tal inactividad o negativa no sólo resulta ilegal o ilegítima, sino también lesiva para derechos o intereses de los administrados por lo que la otra finalidad de este especial recurso es la de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el incumplimiento de la Administración"⁷

En todo caso, estamos en presencia de una particularísima acción de condena de hacer, es decir, una acción dirigida a lograr que los funcionarios nacionales, estatales o municipales cumplan "determinados actos a que están obligados por las leyes" y no simplemente la emisión de una declaración respecto de un derecho subjetivo. Como reza la jurisprudencia: "No se trata pues, de una simple declaración lo que pretende el recurrente, sino una condena a que la Administración cumpla un deber que no cumplió, a pesar de estar obligada a ello. En efecto, la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto

³ Ib; 232 y 233.

⁴ Ib; 233.

⁵ Se trata, técnicamente hablando de una inactividad material concreta o calificada, por oposición a la inactividad material genérica o simple susceptible de ser impugnada mediante la acción de amparo con base en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

⁶ HIRSCH, M., "La acción de carencia", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, N° 44, 1992, Caracas, 110.

⁷ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 29 de octubre de 1987, caso: *Alfredo Yanucci Fuciardi*.

de un derecho o, de un interés legítimo, sino que si la Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción”.⁸

Por ende, a una persona que llene los requisitos y términos legalmente establecidos para obtener, verbigracia, una Cédula de Habitabilidad, no le interesa en los absoluto, una declaratoria por parte de la Municipalidad de que tales extremos han sido o no cumplidos. En efecto -observa la Corte Primera- “no es una decisión lo que se busca, como si se tratara del silencio administrativo negativo, donde la obligación de decidir sigue pesando sobre la Administración, sino una actuación obligatoria y material de la misma, que, no puede obviarse con un acto declarativo”⁹, y más adelante añade “... no es posible aceptar que el recurso de abstención o carencia deje de tener eficacia, porque la Administración produzca una decisión negativa para enervar la acción, sobre todo después de iniciado el juicio, para obligar al interesado a tener que acudir a otro proceso mucho más demorado, y cuya pretensión principal no es la de que se cumpla el acto omitido, sino fundamentalmente la de la declaratoria del acto que niega cumplir un deber legal. Este criterio significaría condenar a muerte el recurso de abstención o de carencia”.¹⁰

II. MEDIOS DE PROTECCIÓN JUDICIAL CONTRA LA ABSTENCIÓN

La carencia viene a ser el único medio de protección jurisdiccional con que cuenta el administrado para hacerle frente a las abstenciones o conductas omisivas de las autoridades públicas, cuando éstas, tienen en ejercicio de su función administrativa, la obligación de ejecutar determinada prestación.

Si nos ubicamos en el contexto del procedimiento administrativo, tenemos que la conducta negativa administrativa, puede ocurrir bien en vía constitutiva o bien en vía de resolución de recurso, etapa en la cual no habiendo un acto administrativo anterior, éste es impugnado, y la decisión no se produce dentro del lapso de ley correspondiente.

1. *Abstención en vía constitutiva (no hay acto)*

El interesado se dirige al ente administrativo y le formula una petición, que acarrea a su vez, una obligación, la cual, puede ser de dos clases: genérica o específica. Siendo genérica la obligación en cabeza de la Administración (esto es, la obligación de decidir o proceder) en el sentido de que la misma es immanente al ejercicio de las funciones que naturalmente le competen, pero que no está delimitada en cuanto a su alcance y contenido por una norma legal específica, la vía idónea es el amparo constitucional por mandato del artículo 27 de la Constitución, desarrollado a su vez por el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en resguardo del derecho de petición y obtención de oportuna respuesta consagrado en el artículo 51 de nuestra Carta Fundamental.

Cabe señalar que ante la ausencia de acto en vía constitutiva, el interesado también tiene la posibilidad, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de a) seguir esperando por una decisión o actuación administrativa. b) considerar que la Administración ha resuelto negativamente (silencio administrativo nega-

⁸ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 19 de febrero de 1987, caso: *Inmacolata Lambertini*.

⁹ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 29 de octubre de 1987, caso: *Alfredo Yanucci Fuciardi*

¹⁰ Véase cita anterior.

tivo) e intentar los recursos administrativos subsiguientes.¹¹ No obstante, teniendo en cuenta que al interesado no le convendrá mantenerse en la expectativa de un actuar incierto, ni tampoco le resultará posible acudir en un procedimiento de segundo grado a la revisión de una presunción de acto de contenido denegatorio, el único medio judicial efectivo para obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida es el amparo contra las abstenciones u omisiones o lo que la doctrina ha denominado comúnmente amparo por mora.

Por otra parte, siendo específica la obligación del ente administrativo de actuar en una forma determinada cuando una disposición expresa y precisa de la ley así se lo exige, una vez cubiertos los extremos que la misma norma establece, la acción de carencia se convierte en el mecanismo de protección judicial adecuado, único y exclusivo contra la inacción administrativa, a fin de que el juez ordene, de ser procedente, a la autoridad renuente la materialización de la actuación reclamada (v.gr., la emisión de una licencia, la expedición de un documento liberatorio, la reincorporación de un funcionario destituido arbitrariamente de su cargo) pudiendo en todo caso sustituirse -sin menoscabar el principio de separación de las funciones- a la Administración.

Es menester dejar claro desde ya que la actuación a la que está obligado el funcionario debe serle asignada por una disposición expresa y precisa de la ley, entendida ésta en su acepción más amplia (ley en sentido material).

En efecto, "el acto específico omitido debe ser el resultado de una especial exigencia de la Ley en sentido material, es decir, de un acto de efectos normativos, no estando, en modo alguno, limitado a prestaciones obligatorias originadas en actos normativos de rango legal, sean aquellas las contenidas en leyes en sentido formal, Decretos-Leyes o en Ordenanzas Municipales La obligación puede perfectamente resultar de un Reglamento o de una Resolución, siempre y cuando esté dispuesta su obligatoriedad en un acto normativo"¹².

En tal sentido, la reciente Ley 393 colombiana de 1997, va mucho más allá, cuando permite la interposición de acciones judiciales dirigidas a lograr el cumplimiento tanto de Leyes en su carácter material como de actos administrativos. Textualmente, su artículo 1º dispone: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos".

Ahora bien, partir de la premisa de una obligación específica de actuar a cargo de la Administración, como consecuencia del mandato de una norma igualmente concreta, equivale a condicionar la operatividad de la acción de carencia al incumplimiento de una obligación de actuar derivada de una norma taxativa o imperativa. De esta manera, siguiendo las ideas de ROMERO-MUCI: "la conducta administrativa que subyace en la carencia presupone actos derivados, o bien de normas taxativas, o bien de normas imperativas para la Administración. No se puede hablar de carencia, y por lo tanto reputar a la Administración responsable por una omisión específica, si la conducta correspondiente se vincula a una norma facultativa para la autoridad.

¹¹ En este sentido, conviene referir sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 17 de diciembre de 1985 cuando sostiene que "la no respuesta de la Administración, o bien las razones por las cuales ella no otorga ninguna de las peticiones antes aludidas según el caso lesionan directamente una garantía constitucional, la contemplada en el artículo 67 relativa al derecho de petición, sin que pueda alegarse que el administrado podía seguir adelante con la interposición de los recursos subsiguientes; ya que solo a él le corresponde la escogencia, por cuanto siendo una facultad libre, poseía esta libertad de decisión".

¹² ROMERO-MUCI, H., "Contribución al Estudio de la Acción de Carencia en el Contencioso Administrativo Venezolano" en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*, Nº 4, 1991, Caracas, 74.

En consecuencia, habrá carencia donde la Administración deba actuar en un momento dado (norma taxativa) porque el imperativo es conminatorio y no puede lícitamente eludirse, y sin embargo ésta se abstiene. Aquí la relación de vinculación será de conformidad absoluta entre la conducta administrativa omitida y la norma que la prescribe. Se trata del típico acto reglado o del *acte de compétence liée*, en la terminología francesa.¹³

2. La abstención en vía de resolución de recurso

En vía de resolución de un recurso administrativo puede presentarse dos situaciones: 1. Que la abstención de la Administración se produzca respecto de un acto expreso, y 2. Que la abstención de la Administración se produzca respecto de un acto presunto.

En el primer supuesto, la abstención administrativa configura un caso de silencio-rechazo del ente obligado, lo cual va permitirle al interesado hacer uso del recurso administrativo subsiguiente. Es decir, la figura del silencio-rechazo entraña el rechazo o la denegación a la solicitud de modificación del acto, el cual de esta forma permanece incólume y su vigencia intacta, siendo en consecuencia necesaria su impugnación mediante la acción contencioso-administrativa de anulación.

En efecto, ya la jurisprudencia ha constatado en el célebre caso Eusebio Vizcaya Paz que ante el silencio-rechazo de la Administración es perfectamente factible la interposición de la acción contencioso-administrativa de anulación.

En este orden de ideas, la sentencia mencionada expone que: “De la simple lectura de los textos constitucionales y legales a que se ha hecho alusión, se desprende de que el contencioso administrativo de anulación versa sobre actos emitidos por Administraciones en ejecución de la ley, o se inicia con ocasión del silencio que debió producirlos.”¹⁴

Entretanto ROMERO-MUCI, refiriéndose a la doctrina patria advierte que: “la acción de abstención o carencia, no debe confundirse con la otra garantía procesal de los particulares frente al silencio de la Administración, que origina el llamado silencio administrativo negativo o acto administrativo presunto, tácito o denegatorio y que podría ser recurrido tanto en vía administrativa como en vía contencioso administrativa, alertando sobre la inutilidad del silencio rechazo en vía de petición, particularmente cuando el objeto de la misma es una prestación precisa legalmente debida”.¹⁵

En el segundo supuesto, la inacción administrativa se produce en relación a un acto presunto, situación en la que, desde luego, preexiste una obligación a cargo de la Administración, bien de decidir o de proceder *in genere*, bien de realizar determinados actos reales cuando un precepto legal específico así se lo ordena. Por tal razón, en vía de resolución de un recurso administrativo que tenga por objeto un acto presunto, la jurisprudencia ha entendido que el medio idóneo de protección jurisdiccional contra la abstención depende de la naturaleza específica o genérica de la obligación incumplida.

De ser específica la obligación en cuestión, no cabe duda que la única vía procesal para restablecer la situación jurídica infringida es la acción de abstención o carencia siempre que la especificidad de la obligación dimanase del imperativo legal y que no haya un procedimiento *ad-hoc* para hacer efectivo el cumplimiento de la actuación solicitada.

¹³ Ib: 69 y 70.

¹⁴ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa del 28 de febrero de 1985, caso: *Eusebio Igor Vizcaya Paz*. (énfasis nuestro)

¹⁵ ROMERO-MUCI, H., l.c., 129.

De ser genérica la obligación (de decidir, y analógicamente la de cumplir, o mejor, la de proceder), ello significa que la abstención por sí sola de la autoridad administrativa genera de manera directa e incontrovertible la lesión a un derecho constitucional, el derecho de petición y obtención de oportuna respuesta instituido en el artículo 51 de la actual Constitución.

Es más, respecto de este derecho el Máximo Tribunal ha considerado que “la oportuna respuesta de la Administración al peticionante, garantizadora del derecho de representar ha sido arbitrada por el legislador y así lo ha entendido la Sala en su ya señalada jurisprudencia sobre la materia -como una garantía adicional del derecho de defensa-, en el sentido de que se la ha instaurado para evitar que el silencio, abstención u omisión de la Administración en la oportuna respuesta, pudiera dejar al particular inerte ante la arbitrariedad administrativa encerrada en la ausencia de respuesta”¹⁶.

En consecuencia, siendo conculcado el derecho de rango constitucional no susceptible de restauración por mecanismos judiciales ordinarios, la vía jurisdiccional adecuada es la acción extraordinaria de amparo constitucional, y no otra.

III. LEGITIMACIÓN

1. *Legitimación activa*

Ni el numeral 23 del artículo 42 de la LOCSJ, ni el ordinal 1º del artículo 128 *eiusdem* precisan quienes pueden ejercer esta acción. Ante este vacío, es lógico aceptar como legitimado activo única y exclusivamente al titular del derecho subjetivo vulnerado como corolario de la conducta omisa de la Administración en hacer efectivo su correlativa obligación de dar cumplimiento o determinadas actuaciones que la propia norma le impone una vez llenos los extremos por ellas fijados. Es decir, “el actor debe ser titular de un derecho subjetivo legal porque el acto específico omitido se inserta en una relación jurídica bilateral: de un lado, la carencia de la Administración a dar cumplimiento a una obligación concreta de derecho y, por otra, el derecho de un particular en que la Administración cumpla los actos a que está obligado legalmente”¹⁷.

Dentro de este marco, la doctrina dominante se muestra reticente en incluir en esta categoría a los interesados legítimos, es decir, aquellos particulares que sin derivar su capacidad procesal de vínculos previamente establecidos con la Administración se encuentra en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, razón por la cual, se toma más sensible que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general por parte de la Administración al violar la ley, no solamente por la circunstancia de que “no existe una disposición legal expresa que así lo legitime, sino porque tal situación de ser concebible, atentaría contra la esencia misma de la relación litigiosa que configura la carencia”¹⁸. Asimismo, agrega ROMERO-MUCI que “en el caso del contencioso de anulación de los actos de efectos particulares, la cualidad para obrar del interesado legítimo está directamente determinada por la Ley en consideración de la situación subjetiva en que se encuentra el sujeto accionante con respecto a los sujetos de la relación sustancial con la cual no coincide, mientras que, por el contrario, en materia del proceso de carencia, tal especial situación de hecho frente a la actuación administrativa no es de por sí suficiente para considerar a los titulares de un interés personal, legítimo y directo como legitimados a la causa en la acción de carencia”¹⁹.

¹⁶ Véase sentencia de la Sala Politico-Administrativa del 23 de mayo de 1988, caso: *Fincas Algaba*.

¹⁷ HIRSCH, M., l.c., 120.

¹⁸ ROMERO-MUCI, M., l. c., 104.

¹⁹ Ib; 107.

Conviene destacar, que la tendencia en el sistema contencioso administrativo comparado es hacia la ampliación del ámbito de la legitimación activa. Así tenemos, verbigracia, la Ley 393 colombiana de 1997, referida a la acción de cumplimiento, la cual establece que: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos”. (artículo 1).

Por lo tanto, en nuestro sistema contencioso, en lo que concierne a la acción de carencia la legitimidad la ostenta el titular del derecho subjetivo, siendo deseable, por supuesto, la expansión de esta onda legitimatoria mediante su regulación en una futura Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o en otro cuerpo normativo, que desarrolle, al igual que la Ley 393, una acción de cumplimiento contra la conducta omisa del ente público.

2. *Legitimación pasiva*

Este, quizás sea uno de los puntos más confusos en el estudio de la acción de carencia.

Pese a que la LOCSJ utiliza las expresiones *funcionarios nacionales y autoridades estatales o municipales* para referirse a los objetos contra los cuales cabe la interposición de esta acción, hoy en día, todavía persisten las dudas acerca de lo que debemos entender por tales funcionarios y autoridades²⁰.

Quienes sostienen que la abstención o negativa debe provenir de una autoridad pública en sentido lato, parten del conocido adagio de hermenéutica jurídica que reza: “donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete”. La norma nos habla de funcionarios nacionales y autoridades estatales o municipales, mas no señala una rama específica del Poder Público a la cual deba pertenecer tal funcionario o autoridad a los efectos de establecer el legitimado pasivo de este medio de impugnación.

Por su parte, quienes afirman que la conducta omisa debe derivarse de un funcionario o autoridad que forma parte de la Administración aparato parte de que el legislador consideró innecesario advertir la señalada distinción y dio por obvio que las expresiones “funcionarios nacionales” y “autoridades estatales o municipales” no podrían aludir sino a funcionarios y autoridades integrantes de la Administración Pública como estructura orgánica. En este sentido -apunta Rafael BADELL MADRID- “entendemos incluidos no solo a los entes descentralizados territorialmente -República, Estados y Municipios- sino también a los funcionarios y autoridades de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, tales como Institutos Autónomos, etc., y las autoridades de los denominados órganos con autonomía funcional: Contraloría General de la República, Ministerio Público y Concejo de la Judicatura”²¹

A esta última posición pareciera adherirse la jurisprudencia, la cual ha manifestado:

“a. La denominación genérica de “funcionarios nacionales” sólo existe en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Resulta evidente que la negativa o abstención de cumplir determinado actos no puede referirse a los funcionarios que componen las Cámaras Legislativas, ya que no son éstas mismas Cámaras las que tendrían dentro de sus atribuciones resolver lo que considera adecuado o conveniente respecto de sus propios miembros

²⁰ Es decir, si por funcionarios o autoridades nacionales, estatales o municipales debemos entender solamente aquellos que integran el ámbito de la Administración Pública como complejo orgánico o los que sin ser parte de la misma rebasan ese ámbito, esto es, funcionarios o autoridades pertenecientes a los órganos legislativos, judicial, órganos con autonomía funcional, órganos de personas jurídicas públicas no estatales e incluso personas de derecho privado que legalmente tienen asignado el ejercicio de potestades públicas

²¹ BADELL MADRID, R., “El recurso por abstención o carencia”, I.c., 181.

bros. La Corte Suprema de Justicia no tiene título alguno, para intervenir en la actuación o negativa de la actuación de las Cámaras Legislativas ni respecto de los Senadores o Diputados que los componen, ya que ello constituiría una intromisión violatoria del principio de separación de poderes. La disciplina respecto de los funcionarios o dependientes subalternos de los cuerpos legislativos, correspondiente a dichos cuerpos por las mismas razones anotadas.

b. Los funcionarios que componen el Poder Judicial como jueces o miembros de un Tribunal Colegiado, está sometido a un régimen especial previsto en las leyes de la materia para sobrepasar la inactividad de los mismos. El personal compuesto por los funcionarios subalternos está sujeto al propio juez o, en caso, al Consejo de la Judicatura por lo cual abstención o negativa a cumplir con los actos a que están obligados.

c. De modo que es posible concluir que el término "funcionarios nacionales" se refiere a los que componen el cuerpo del funcionario de la Administración Pública Nacional".²²

Sin embargo, en sentencia de fecha anterior de la propia Sala Político-Administrativa, ante la interposición de una acción de carencia dirigida a hacer efectiva la ejecución de una sentencia dictada por un Tribunal de Primera Instancia, la Corte determinó que la carencia no era la vía adecuada para lograr la ejecución de las sentencias de otros tribunales, pero no con base en el criterio de que los Tribunales no son Administración Pública sino, entre otras razones, porque la norma invocada por el accionante no imponía la obligación concreta y específica de cumplir con el acto de ejecución de la sentencia. En efecto, la sentencia citada expresó:

"Es necesario que se trate de un acto determinado cuyo cumplimiento esté ordenado por alguna norma legal, en el caso de autos el funcionario obligado a cumplir es el propio Tribunal de la Causa, de manera que los demás funcionarios particulares -los que están obligados a acatar la orden del Juez Ejecutor, tal como se consagra en el artículo 21 y 523 del Código de Procedimiento Civil, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, lo que establece el deber y obligación de respetar y acatar los fallos y providencias judiciales, pero no establece el de cumplir un acto determinado."²³

En mi criterio, el legitimado pasivo en la acción de carencia debe ser toda aquella autoridad pública (no exclusivamente administrativa desde la óptica orgánica) que se abstenga de cumplir determinadas actuaciones que, en ejercicio de una función sustancialmente administrativa, les exige la norma concreta.

Hacia esta dirección se orienta la Ley 393 cuando en su artículo 5 dispone: "La acción de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de las normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo".

Es decir, la acción de cumplimiento podrá interponerse contra cualquier autoridad a que corresponda el ejercicio de una función administrativa, independientemente de que esa autoridad pertenezca a la rama ejecutiva, legislativa, judicial, forme parte de un órgano con autonomía funcional o de una persona jurídica corporativa, inclusive, de una persona de derecho privado con competencia para ejercer potestades públicas, siempre que dicho funcionario tenga encomendado el cumplimiento de una "norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo".

²² Sentencia de la Sala Político Administrativa del 14 de febrero de 1996, caso: *Amado Nell Espina*
²³ Sentencia de la Sala Político Administrativa del 9 de mayo de 1990, caso: *Pedro Apolinar vs República (Ministerio de Justicia)*.

IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE

La LOCSJ atribuye de manera expresa competencia para conocer en primera instancia de la acción de carencia, a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (hoy, Tribunal Supremo de Justicia) cuando la abstención o negativa provenga de funcionarios nacionales, y a los Juzgados Superiores cuando la omisión en ejecutar el acto ordenado por la norma corresponda a un funcionario estatal o municipal.

Aun cuando la LOCSJ no lo establezca expresamente, la jurisprudencia, con el propósito de desconcentrar la actividad jurisdiccional del Supremo Tribunal, en aras de la seguridad jurídica y de la materialización certera del derecho al juez natural²⁴, ha incluido dentro de este marco competencial a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con fundamento en la competencia residual que le confiere el ordinal 3° del artículo 185 *eiusdem*.

En efecto, como observa ROMERO-MUCI, “la norma citada no solo consagra la posibilidad de proponer ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el recurso de nulidad contra los actos de autoridad emanados de sujetos de derechos privados; sino también y alternativamente, cualquier otra acción “si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal”²⁵.

En este sentido, la sentencia del 2 de mayo de 1995, caso: Horacio Velázquez ha señalado que “al acogerse la distribución de competencia en fórmulas concretas y residuales para actos y hechos jurídicos positivos, la misma distribución debe regir el ámbito de la negatividad jurídica o inactividad ilegítima (utilizando la expresión de Moles Caubet), puesto que en definitiva en ambos casos la finalidad es la misma, cual es el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas y la defensa del Estado de Derecho”²⁶.

Cabe aquí traer de nuevo a colación la problemática surgida en torno a la interpretación de la expresión “funcionarios nacionales” que emplea el artículo 42, ordinal 23° de la LOCSJ.

Conforme a las ideas esbozadas anteriormente y en adhesión al criterio sustentado por ROMERO-MUCI, podemos concluir junto a él que: “El término funcionario nacional alude no sólo a los miembros del Poder Ejecutivo Nacional, sino también, a cualquier otro que por sus funciones tuviese competencias públicas a nivel de todo el territorio de la República, sea que corresponda a órganos del Poder Legislativo, entes descentralizados funcionalmente, incluidos la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Consejo Supremo Electoral y otros de igual jerarquía, incluso, institutos autónomos nacionales”²⁷.

Notamos que el profesor ROMERO-MUCI no incluyó dentro de la expresión “funcionario nacional” a los funcionarios judiciales -quizás, los funcionarios nacionales por antonomasia -sin embargo, en nuestro criterio, nada obsta para que se agreguen en la lista, claro es, siempre que la abstención o negativa en cumplir una actuación específicamente prevista en la disposición concreta sea consustancial con el ejercicio de una función administrativa.

²⁴ Véase Sentencia de la Sala Político Administrativa del 2 de mayo de 1995, caso: *Horacio Velázquez*.

²⁵ ROMERO-MUCI, H., l.c., 115.

²⁶ Para fundamentar esta competencia residual de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 14 de febrero de 1996, caso: Amado Nell Espina, ha llegado a valerse de instituciones propias de la doctrina extranjera, como la teoría de las competencias implícitas y la teoría del paralelismo de competencias.

²⁷ ROMERO-MUCI, H., l.c., 113.

Ahora bien, la Sala Político Administrativa ha fijado el criterio de que por cuanto la Corte Primera es competente para conocer de las acciones de nulidad intentadas contra actos formales de funcionarios administrativos distintos a los indicados en los ordinales 9º, 10º y 11º del artículo 42 de la LOCSJ, tal como señala el ordinal 3º del artículo 185 *eiusdem*, también deberá asumir la competencia cuando se trate de acciones presentadas contra las abstenciones o negativas de dichos funcionarios en realizar una determinada actuación material.

En consecuencia, cuando se trate de abstenciones o negativas de los funcionarios nacionales de la Administración Pública Central, es decir, Presidente de la República, Ministros y funcionarios de las Oficinas Centrales de la Presidencia de la República, deberá conocer en primera instancia la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y, cuando se trate de abstenciones o negativas por parte de autoridades nacionales distintas de las precedentemente señaladas, pero que deban actuar en ejercicio de una función administrativa, la competencia deberá recaer sobre la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

De igual modo, los Juzgados Superiores conocerán en primera instancia de la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales, insistimos, aquellas que independientemente de su pertenencia a la rama ejecutiva o legislativa, deban actuar en ejercicio de una función administrativa, y de las decisiones dictadas por éstos, conocerá la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

V. PROCEDIMIENTO

Otro de los rasgos característicos de la carencia es la ausencia de un procedimiento *ad-hoc* que, previsto en una disposición legal concreta regule expresamente su tramitación. Así, los Tribunales llamados a conocer de esta acción (Sala Político Administrativa, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Juzgados Superiores) se han valido hasta ahora de la facultad de elegir y aplicar el procedimiento que juzguen más conveniente de conformidad con el artículo 102 de la LOCSJ.

Sin embargo, no ha sido uniforme el criterio en cuanto a la determinación del procedimiento “más conveniente” y los Tribunales han aplicado indistintamente el procedimiento relativo a los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares y el procedimiento establecido para la tramitación y sustanciación del llamado “amparo tributario”²⁸, no obstante, mientras que a este último se le ha cuestionado la observancia de ciertas garantías inmanentes al derecho a la defensa y a la intervención de terceros interesados, al primero se le critica la excesiva duración en la tramitación de un asunto que por su naturaleza requiere la mayor celeridad posible²⁹.

Ante tales disfunciones procedimentales Romero-Muci, preconiza, y no sin fundamento, un procedimiento breve como el del “amparo tributario”, pero desde luego acompañado de “garantías apropiadas de una incidencia probatoria que permita a las partes hacer valer sus alegatos”³⁰. Ahora bien, en cuanto a la facultad de los terceros de intervenir en juicio, propone el mencionado autor que tal posibilidad procesal “puede perfectamente procurarse con igual alcance a través de la modalidad de la intervención adhesiva sea *litis con-*

²⁸ Aun cuando de un profundo análisis jurisprudencial se evidencia la tendencia hacia la aplicación preferente del procedimiento referido a los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares.

²⁹ En este contexto señala el profesor NIETO que “unidas las dilataciones de la inactividad administrativa a las propias del proceso judicial (y eventualmente a las provocadas en el periodo de ejecución de sentencias) se llega a un resultado desconsolador para el ciudadano, quien puede obtener ciertamente el reconocimiento de su derecho, pero en un momento tan tardío, que económicamente puede suponer una denegación real de justicia...” en “La inactividad material de la Administración, veinticinco años después”, *RDA*, N°208, Madrid, p.15.

³⁰ ROMERO-MUCI. H., l.c., 135.

sorcial o simple que se permite en cualquier proceso en los términos de las normas del artículo 370, ordinal 3º y 379 del Código de Procedimiento Civil vigente y en el contencioso administrativo por aplicación supletoria, según manda el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”³¹.

Es oportuno resaltar que la Ley 393 dispone que la tramitación de la acción de cumplimiento “será sustanciada con prelación” para la cual el juez pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo que se trate de la acción de tutela, la cual equivale en nuestro Derecho a la acción de amparo constitucional.

Por esta razón, la Ley referida establece un procedimiento brevísimo que al tiempo cumple con las garantías impuestas por el derecho a una tutela judicial efectiva. En efecto, el Juez deberá decidir sobre la admisión de la solicitud dentro de los tres (3) días siguientes y una vez admitida ordenará dentro de los tres (3) días siguientes al auto de admisión la notificación del demandado, si ello no fuere posible el Juez podrá recurrir a la comunicación telegráfica o cualquier otro medio que garantice el derecho a la defensa.

Finalmente, otra particularidad encomiable de este procedimiento es que el auto de admisión informará que la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la solicitud de cumplimiento, y que el demandado tendrá derecho a hacerse parte en el proceso y a alegar pruebas o solicitar su práctica dentro de las tres (3) días siguientes a la notificación.³²

VI. LAPROS PARA INTERPONER LA ACCIÓN

La LOCSJ en materia de acciones de carencia tampoco dice nada en cuanto al lapso el legitimado activo de este singular medio de protección judicial, puede hacer efectivo dicho instrumento a fin de lograr que el ente público le cumpla con la actuación específica omitida ordenada por el precepto legal correspondiente.

Así las cosas, podemos plantearnos los siguientes interrogantes: ¿Cuál lapso es el aplicable para esta clase de acción ante semejante vacío legislativo? ¿Es conveniente hablar de un lapso de caducidad y no de prescripción, o viceversa?

Pues bien, el profesor Romero-Muci, de nuevo nos aporta un dato interesante para resolver tales incógnitas: Intenta distinguir los casos en que tiene operatividad un lapso de prescripción y otro de caducidad.

Refiriendo a los profesores Mizrahi y Parra Pérez el citado autor observa que “la prescripción es la institución procesal propia para apartar las posibilidades de deducir en juicio acciones de condena, esto es, aquellas que tienen por objeto el cumplimiento de obligaciones cualquiera que sea su fuente, mientras que la caducidad por contra, está dirigida a producir la extinción de las acciones cuyo objeto sea prestaciones constitutivas, tales como las del recurso de nulidad que tiene por fundamento la creación, modificación o extinción de una determinada situación jurídica, todo ello por razones de orden público”³³.

Luego, al constituir la acción de carencia una acción típica de condena, tenemos que aplicar el régimen previsto de prescripción, pero como la LOCSJ no prevé lapsos de prescripción alguno, sino de caducidad en lo que respecta a las acciones dirigidas a la anulación de los actos de efectos particulares, cabe aplicar analógicamente los lapsos previstos en el

³¹ Ib: 133.

³² Véase aparte único del artículo 13 de la Ley 393 colombiana del 29 de julio de 1997.

³³ ROMERO-MUCI, H. l.c., 102.

Código Civil, esto es, 20 años para la obligación real y 10 para las obligaciones personales, salvo que la ley establezca en el caso concreto, un lapso especial.

A pesar de esta postura, la jurisprudencia ha venido aplicando el lapso de caducidad previsto en el artículo 134 de la LOCSJ para las acciones de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, es decir, seis meses contados, bien a partir de la notificación respectiva en los supuestos de carencia expresa, o bien a partir de los lapsos señalados en los artículos 5 y 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (veinte días hábiles para las peticiones, representaciones o solicitudes que no requieran sustanciación y cuatro meses para las que sí lo requieran) en los supuestos de carencia tácita, dejando sentado que “la lógica más elemental lleva a concluir que no sería congruente con el espíritu y el mismo texto de la ley, aceptar que la omisión de una autoridad administrativa a dictar un acto de efectos particulares pudiera ser recurrida siempre y en cualquier momento, puesto que si cuando se trata de un acto que afecta a un solo particular, *la posibilidad de impugnarlo* está sometida a un lapso de caducidad que según su naturaleza será de seis meses o de treinta días, igual tratamiento procesal debe aplicarse en el supuesto de que un acto a que está obligado por la ley a emitir un determinado funcionario, no se produzca dentro del indicado lapso”³⁴³⁵.

Nuestra posición es la remisión por vía analógica a las disposiciones relativas a la prescripción de las acciones en materia civil³⁶, a los fines de determinar los lapsos dentro de los cuales tienen aplicabilidad la interposición de las acciones de carencia es la más adecuada, al menos hasta que en una futura ley se instituya un régimen expreso, bien de prescripción o de caducidad o bien se admita la solución colombiana de permitir el ejercicio de la acción de carencia en cualquier tiempo, razonando tal vez, que el principio de seguridad jurídica en situación de inactividad administrativa debe ceder ante el postulado medular de la Ciencia de la Administración, a saber, el principio de eficacia de la actuación administrativa, “cuya consagración contiene el deber jurídico de la actividad requerida”³⁷.

VII. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE CARENCIA

Esencialmente la protección cautelar en el proceso contencioso administrativo de carencia venezolano puede manifestarse a través de dos modalidades, a saber, mediante la acción de amparo constitucional interpuesta conjuntamente con la acción de carencia, por un lado, y por el otro, mediante el instituto de las medidas cautelares innominadas.

Debemos advertir que la implementación de tales medios de protección cautelar debe ser focalizada para los casos en los cuales se adopta el procedimiento previsto para la tramitación de los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares, toda vez que en el proce-

³⁴ Sentencia de la Sala Política Administrativa del 13 de junio de 1991, caso: *Elias Sarquís Ramos*

³⁵ Es necesario observar que la tendencia en el contencioso administrativo colombiano pareciera ser otra. En efecto, el artículo 7 de la Ley 393 de 1997 establece: “Por regla general la acción de cumplimiento podrá ejercitarse en cualquier tiempo y la sentencia que ponga fin al proceso hará tránsito a cosa juzgada...”

³⁶ Con base en lo expuesto, el profesor Tomas HUTCHINSON sostiene: “Siendo la prescripción una facultad deferida por la ley para defenderse en impedir el ejercicio de un derecho contra una persona que debe invocarla para que se le reconozca una situación jurídica incompatible con la acción intentada, ella se compatibiliza con el tipo de proceso que rige la Provincia de Buenos Aires y en todos aquellos códigos que tienen una acción similar a la de “plena jurisdicción”. Los que aceptan la existencia de plazos de caducidad afirman que los mismos son compatibles con el “recurso de anulación”, el que no es admitido en la mencionada provincia, según la opinión doctrinaria jurisprudencial” en *La Acción Contencioso Administrativa (pretensiones- plazos)*, As-trea, Buenos Aires, 1981, 84.

³⁷ PAREJO ALFONZO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación pública”, *RDA* N° 218-219, abril-septiembre, 1989, 29.

dimiento del “amparo tributario” constituye “en si misma una efectiva garantía para soslayar en el accionante un pretendido temor por la mora en el fallo definitivo y, en consecuencia, proveer rápidamente al derecho de fondo”³⁸. Sin embargo, el derecho a una tutela judicial efectiva exige que la protección cautelar pueda hacerse extensiva incluso a los supuestos de en que la carencia, sea tramitada conforme a este último procedimiento.

1. *La acción de amparo ejercida conjuntamente con la acción de carencia*

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales prevé la interposición conjunta del amparo constitucional con el “recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra la conductas omisivas” de la autoridad pública.

El amparo así propuesto, (es decir, conjuntamente con la acción de abstención o carencia, o con el también llamado recurso contra las conductas omisivas) funge como auténtica medida provisional tendiente a la producción de ciertos efectos en orden al restablecimiento de la situación jurídica infringida por la falta de actuación legal, concretamente asignada y reclamada a su vez mediante una acción principal.

Sin embargo, en el plano jurisprudencial todavía se postulan criterios restrictivos en materia de providencias cautelares, de donde no escapa, el amparo propuesto en forma conjunta, y menos aún, cuando el contenido de la acción principal persigue, de resultar procedente la pretensión, crear una situación fáctica que anteriormente no existía.

El principal argumento que se sostiene, es que cuando se intenta la acción de carencia conjuntamente con la de amparo, la procedencia de esta última supone proveer sobre el fondo de lo debatido, y que por tanto, el ejercicio de ambas acciones debe ser alternativo y no de modo conjunto.

Así tenemos, la decisión de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 1991, caso: *Rosa Adelina González*, en la cual se expresó:

“En efecto, en casos como el que se decide, al juez de amparo le resultaría difícil entrar a conocer la acción de amparo sin proveer sobre el fondo de lo debatido, por cuanto el fin perseguido por ambas acciones es el mismo, a saber, la orden de pronunciamiento de la Administración. Por tanto, declarado procedente el amparo por omisión se vaciaría de todo contenido el recurso de abstención, ya que una vez ordenada a la Administración actuar sobre la petición del particular, sería necesario analizar la obligatoriedad o no de la Administración a realizar la actuación concreta exigida por medio de un recurso de abstención, teniendo en consecuencia la decisión que provee la acción de amparo un carácter definitivo.

Por tanto, forzoso es concluir, que si bien el administrado es libre de escoger cualquiera de las dos acciones a fin de lograr el restablecimiento de su situación jurídica infringida, el ejercicio de ambas es alternativo, es decir, la interposición de la acción de amparo por mora de la Administración, o de existir la obligación a realizar una actuación concreta, el recurso de abstención.”

Pues bien, frente a esta posición hermética de la jurisprudencia, un sector cada vez más amplio de la doctrina³⁹ estima que el juez no sólo tiene, sino que incluso debe ver y

³⁸ ROMERO-MUCI, H., l.c., 155.

³⁹ Véase el trabajo de CANOVA GONZALEZ, quien atinadamente observa: “...partiendo de que sin importar el tipo de pretensiones que se deduzcan contra la Administración siempre tiene el juez potestad de garantizar provisionalmente la efectividad del fallo definitivo, resulta forzoso concluir que en nada obsta para que las medidas cautelares -en virtud del principio de homogeneidad

estudiar el fondo “-para poder entender el *fumus boni iuris* elemento importante- para pronunciarse sobre la tutela cautelar; que igualmente en el plano de la anticipación, la tutela cautelar puede ser siempre procedente, aun en los casos en que la sentencia de fondo quede vaciada de contenido...”⁴⁰, todo ello en aras a la materialización del derecho a una tutela judicial efectiva, la cual, en este contexto, emerge de la natural conexión de un sistema de protección cautelar con los principios constitucionales.

Inclusive del propio campo de la jurisprudencia han salido decisiones que admiten la interposición conjunta de la acción de carencia con el amparo. Así, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de diciembre de 1991, caso Urbanizadora B.H.O., C.A. en amparo, se estableció:

“Observa esta Corte que de conformidad con la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional que la misma acuerda procede contra los actos y contra las omisiones, estableciéndolo así, tanto el artículo 2, que determina en forma genérica el objeto del amparo, como el artículo 5 que, concretamente, alude al que se ejerce contra la Administración. De la anterior constatación deriva que la sola existencia de una acción específica contra la omisión administrativa, como lo es la acción de carencia, no es obstáculo por sí misma para la admisión de amparo constitucional contra la actitud omisiva o denegatoria de la Administración.

De allí que, de conformidad con el sistema vigente la omisión de los órganos administrativos puede ser accionada por la vía contencioso-administrativa, a través del recurso de carencia cuando la misma implica la ilegalidad de la conducta y así mismo, por la vía de amparo constitucional, si se dan los supuestos de violación flagrante o directa, que requiera de una actuación extraordinaria por parte del órgano jurisdiccional para restablecer la situación jurídica infringida...”

Igualmente en sentencia, también de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 29 de junio de 1995, caso: Horacio Antonio Velázquez se dejó sentado que:

“Hay, pues, una clara independencia entre las pretensiones del amparo y el recurso en carencia -sin perjuicio de las relaciones que pudieren existir entre ambas-, de tal manera que no puede afirmarse *a priori* que el pronunciamiento respecto a la acción de amparo cautelar influya decisivamente en el pronunciamiento del recurso en carencia. Similar es la situación que se presenta al acumular la acción de amparo con el recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares: La suspensión de los efectos del acto por vía de amparo cautelar en nada adelanta la posible anulación posterior del mismo, caso de ser procedente el recurso”.

(omissis)

entre las medidas provisionales y la pretensión principal- puedan tener un carácter anticipativo o, como llaman algunos, innovativo.” “Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo. Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano y jurisprudencia extranjera” en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, N° 50, Caracas, septiembre/ 1996, 123. De igual guisa, ROMERO-MUCI expone: “Ciertamente, en muchos casos, brindar una tutela cautelar en los supuestos de carencia administrativa, necesariamente deberá significar un anticipo de la providencia definitiva reduciéndose la decisión final a confirmar lo que en su caso fue objeto de anticipo cautelar, una virtual coincidencia entre la materia definitiva y la del procedimiento previo”. Añadiendo de seguida: “Lo que se buscaría a través del amparo en función acumulativa a la acción de carencia -y en esto queremos ser reiterativos- es satisfacer provisionalmente el derecho de fondo, para que la sentencia principal sea eficaz en sus resultados prácticos, aunque pueda significar adelantar parcial o totalmente los resultados de lo que en su caso podría ser objeto del fallo definitivo. Al fin y al cabo, lo mismo sucede en materia de suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido” en “Contribución al Estudio...”, l.c., 150 y 154.

⁴⁰ ORTIZ-ALVAREZ, L. *Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo*. Sherwood. Caracas. 1998, 120.

“Es por ello que, sobre la base de los planteamientos anteriormente explanados, considera la Corte que no son incompatibles las pretensiones de la acción de amparo constitucional interpuesta en forma cautelar y del recurso por abstención o recurso en carencia, dada la independencia existente entre las mismas”.

2. *Medidas cautelares innominadas*

Nuestro sistema de protección cautelar también ha erigido la figura de las medidas cautelares innominadas contempladas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en los procesos contenciosos-administrativos por mandato del artículo 88 de la LOCSJ.

Las medidas cautelares innominadas, entendidas, como las denomina Hernández Mendible, según su tipificación nominal, “constituyen el instrumento procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional, en aquellos casos expresamente no regulados por el legislador, pero en virtud de una cláusula general o residual, adopta todas aquellas medidas cautelares que considera necesarias y pertinentes para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva”⁴¹. En esta categoría, conseguimos como ejemplos, la imposición de “injuntion” o mandatos, la autorización para realizar una actividad determinada, etc.⁴²

Fundamentalmente los requisitos de procedencia de este tipo de medidas son dos, a saber:

a. *Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)*: supone por parte del juez un ejercicio de percepción *prima facie icto oculi* en relación a los elementos de convicción susceptibles de deducirse del expediente y que hacen presumir la legalidad del derecho cuya protección invoca el solicitante.

b. *Peligro de infructuosidad o retardo en la ejecución del fallo definitivo (periculum in mora)*: consiste en el riesgo de que quede ilusoria, o se haga nugatoria, la ejecución de la sentencia definitiva, es decir, “el peligro de daño que teme el solicitante, de que no se satisfaga su derecho o que éste, resulte infructuoso, como consecuencia del tiempo que deberá esperar para que el órgano jurisdiccional sustancie el proceso que le otorgará la tutela judicial efectiva”.⁴³

Algunos autores señalan un tercer requisito, el de la ponderación de intereses, el cual, básicamente se actualiza cuando los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* no aparezcan del todo evidente del examen que realiza el juez.

Debemos reiterar una vez más, que, cumplidos los extremos de procedencia anteriormente mencionados, nace en cabeza del juez la obligación (no meramente la potestad) de dictar la providencia cautelar, y tratándose de una acción de carencia, aquella será de naturaleza innovativa, toda vez que se encamina a introducir un cambio “-aunque de manera provisional, mientras dure el proceso-” en la situación jurídica existente, permitiendo la prestación de una determinada conducta o autorizando una actividad; impidiendo de esta manera que pueda producirse un perjuicio de no otorgarse dicha medida cautelar”⁴⁴.

Por último, es necesario señalar que pese a la bifurcación de la protección cautelar en dos direcciones, esto es, en el amparo interpuesto en forma conjunta a la acción de carencia

⁴¹ HERNANDEZ MENDIBLE.V., La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo, Vadell hermanos. Valencia, 1997.

⁴² Ib; Ib.

⁴³ Ib; 25.

⁴⁴ Ib;23.

por un lado; y por el otro, en las providencias cautelares innominadas, la tendencia en el Derecho comparado, en lo que a justicia cautelar respecta es hacia la unificación del sistema, es decir, que el concepto de medidas cautelares debe ser entendido como parte integrante del poder cautelar general de los jueces, quienes a la postre tienen asignada la competencia de decidir y ejecutar lo juzgado "lo cual hace que no resulte imperioso para los juzgadores, entonces, atenerse a la consagración expresa en disposiciones legales de medidas cautelares para poder hacer uso, dentro de los estrictos términos en ellas contempladas, de providencias provisionales que garanticen la efectividad plena del fallo."⁴⁵

VIII. CONCLUSIONES

La acción de carencia o abstención es el medio de protección jurisdiccional con que cuenta el administrado para lograr que la autoridad pública que ha omitido la realización de determinada actuación material a que está obligada por mandato de una norma taxativa o imperativa, haga efectiva dicha prestación, sin que pueda obviar tal cumplimiento con la emanación de actos declarativos o resoluciones administrativas jurídicas desde el punto de vista formal.

La obligación del ente público puede ser de dos clases; genérica o específica, y ambas pueden surgir bien en vía de constitución de un acto o bien en vía de resolución de un recurso dentro del marco de un procedimiento administrativo.

En vía constitutiva o de formación del acto, al ser genérica la obligación omitida, tal omisión intrínsecamente comporta la inobservancia de una obligación de decidir o de proceder consagrada en el artículo 51 de la Carta Fundamental, por tanto, el control de la inactividad en este caso, deberá requerirse mediante la acción extraordinaria de amparo en virtud del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. De igual modo, al ser específica la obligación omitida, esto es, cuando la disposición concreta y reglada del texto legal impone al funcionario, una determinada obligación de hacer, la inactividad de éste, habilita al titular del derecho subjetivo para interponer la respectiva acción de carencia.

En vía de resolución de un recurso la situación varía dependiendo de si la omisión de la obligación se produce respecto de un acto expreso o un acto presunto. En el primer caso, cobra vigencia la figura del silencio negativo, en el sentido de que la "no respuesta" del funcionario competente conlleva el rechazo o la denegación a la solicitud de modificación del acto, el cual de esta forma, producirá normalmente sus efectos, haciéndose por ende necesaria su impugnación, mediante el ejercicio de la acción contencioso administrativa de anulación. En el segundo, la omisión se produce respecto de un acto presunto, siendo necesario diferenciar aquí, la naturaleza genérica o específica de la obligación incumplida a los fines de determinar el medio de protección judicial aplicable. En este supuesto, de nuevo se activa la regla según la cual, siendo específica la obligación el medio idóneo para restablecer la situación jurídica infringida es la carencia, y siendo genérica la obligación del funcionario que debió decidir o actuar en ejercicio de una función administrativa -obligación que, conforme al tratamiento jurisprudencial, es correlativa al derecho que tiene todo ciudadano de dirigir peticiones a la autoridad pública y a obtener de ella oportuna y adecuada respuesta- el instrumento efectivo contra la abstención es la acción de amparo autónoma.

A falta de disposición reguladora sobre el legitimado activo, debemos entender por tal al titular del derecho subjetivo, siendo deseable -ante la ampliación de las posibilidades legitimatorias- (ROMERO-MUCI) , en el contencioso-administrativo comparado, la indicación expresa en futuros textos normativos que regulen el control de la inactividad de la Administración, como legitimados activos, también, a los interesados legítimos.

El legitimado pasivo en cambio, sí lo señala la norma (artículo 42 ordinal 23º y 182 ordinal 1º de la LOCSJ). Se trata de cualquier autoridad pública renuente en ejecutar una determinada actuación que, en ejercicio de una función administrativa, le impone la norma concreta.

La jurisdicción competente para conocer en primera instancia es la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia cuando la abstención o negativa provenga de funcionarios de la Administración Pública Central (Presidente de la República, Ministros y funcionarios de las Oficinas Centrales de la Presidencia de la República), no obstante, cuando la conducta abstensiva derive de autoridades distintas a las precedentemente señaladas el Tribunal competente para conocer será la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Igualmente, tratándose de abstenciones o negativas de autoridades estatales o municipales la competencia para conocer en primera instancia corresponde a los Juzgados Superiores, y de las decisiones dictadas por éstos, deberá conocer la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Ante la ausencia de procedimiento *ad-hoc* para la tramitación de la carencia, se ha venido utilizando preferentemente el procedimiento para los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares, sin embargo, la lentitud del mismo, preconiza la aplicación del procedimiento establecido para el “amparo tributario” acompañado de ciertos correctivos que garanticen a las partes el derecho a la defensa.

El lapso para interponer la acción, es, tratándose de una acción de condena, el lapso de prescripción previsto en el Código Civil (veinte años para las obligaciones reales y diez para las personales) salvo que la ley en el caso concreto establezca un lapso especial.

La tutela cautelar en el proceso de carencia, se obtiene a través de la acción de amparo intentada conjuntamente con la acción de carencia, así como también a través de las medidas cautelares innominadas previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil. Es de capital importancia aclarar que el viejo mito de que el juez no puede entrar a proveer sobre el fondo de lo debatido, y por tanto, no puede otorgar la cautela solicitada, hoy en día ha sido superado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia extranjera, principalmente la europea, la cual, ha ideado un sistema de protección cautelar articulado al principio constitucional casi universalmente aceptado a una tutela judicial efectiva, y como vimos, incluso en nuestro país, hay decisiones, como el caso Horacio Antonio Velázquez, que abren acertadamente el compás en este sentido.