

GESTIÓN PÚBLICA

Edición Nº 10, agosto 2012



PÚBLICA

Revista de la Procuraduría de la
Administración de la República de Panamá



en esta edición

Oscar Ceville

8

Jaime Santofimio

15

Miriam Ivanega

44

Esther González

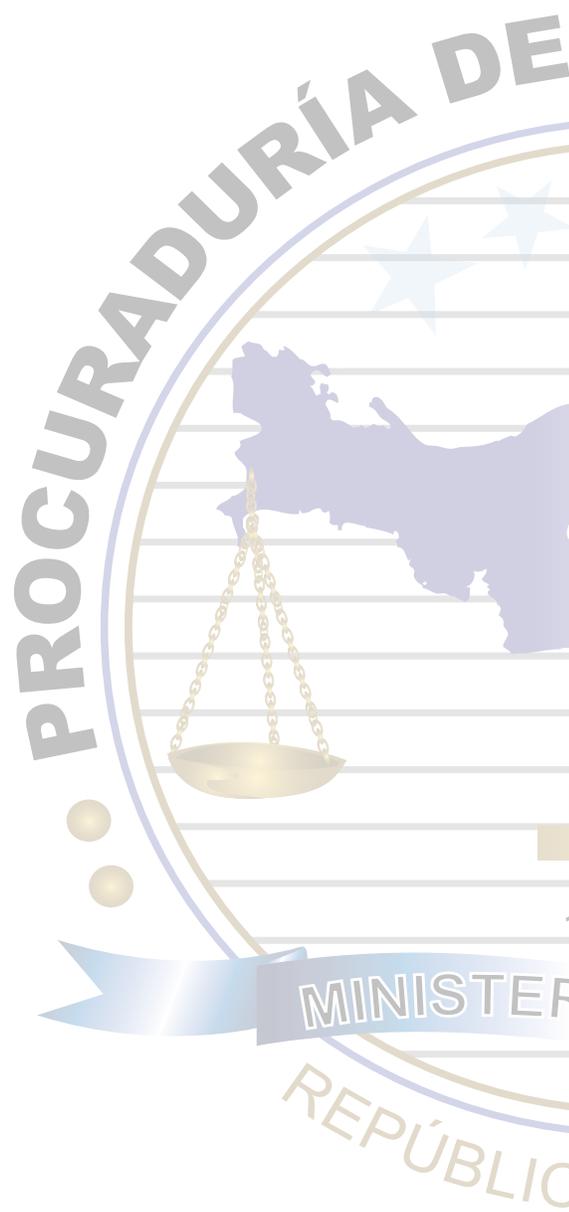
54

Ariel Obando

59

Daisy Cedeño

61



ÍNDICE	PÁGINA
Presentación	5
Oscar Ceville - Filosofía de las Decisiones Judiciales Panameñas: La Interpretación Constitucional	8
Jaime Orlando Santofimio Gamboa - Acto Administrativo de contenido individual: Perfeccionamiento, Validez y Eficacia	15
Miriam Mabel Ivanega - De la Lucha Contra la Corrupción y el Control Público	44
Esther González De Mendoza - Tratamiento Jurídico de la Información Personal de los Usuarios de los Servicios de las Telecomunicaciones	54
Ariel Obando - El Concepto de Gestión Intergeneracional	59
Daisy Cedeño - Aspectos críticos del trabajo del adulto mayor en el sector público panameño	61



GESTIÓN PÚBLICA

PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

OSCAR CEVILLE
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

NELSON ROJAS ÁVILA
SECRETARIO GENERAL

ALINA VERGARA DE CHÉRIGO
SUB SECRETARIA GENERAL

MARIBEL VERGARA
DIRECTORA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

RAÚL TABOADA
DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

EDICIÓN DE LA REVISTA GESTIÓN PÚBLICA

STEPHANY ANN CERVANTES
JEFA DE INFORMACIÓN Y RELACIONES PÚBLICAS

JULIO BERMÚDEZ VALDÉZ
EDITOR

FOTOGRAFÍA
GUIDO BLANDÓN
JOICE ESCALA
STEPHANY ANN CERVANTES

DISEÑO E IMPRESIÓN
ALFA OMEGA IMPRESORES

PRESENTACIÓN

Gestión Pública presenta su primer número de 2012 con una selección de temas que seguramente, como en otras ediciones, integran una plataforma de debate o de preocupaciones, en torno a los que gravitan muchos ciudadanos. Más por el debate enriquecedor que por decir la última palabra en estos asuntos, Gestión Pública ha solicitado a destacados especialistas aportes en títulos como “Filosofía de las decisiones judiciales panameñas”, “El tratamiento jurídico de la información personal de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y sobre aspectos críticos de los trabajos de los adultos mayores, entre otros.

En un tema recurrente, Oscar Ceville sigue apostando por un cambio de paradigmas jurídicos que remplace esa mezcla de iusnaturalismo con iuspositivismo, heredado de España y del positivismo kelseniano que concluyen en graves problemas a la hora de las aplicaciones. Para el Procurador de la Administración “El derecho es algo más que la ley y su intérprete más que conocer las reglas debe aprender el ethos del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico”, características las cuales se alejan el purismo kelseniano.

Bajo el título de Filosofía De Las Decisiones Judiciales Panameñas: La Interpretación Constitucional, el Doctor Ceville somete a un riguroso examen las premisas de las que se sigue partiendo en las Facultades para la formación de los nuevos abogados, y tras destacar los cuatro giros que tuvo el conocimiento en el siglo XX: aplicado, pragmático, lingüístico y hermenéutico, estima, como Adelina Cortina, que este último muestra con claridad que “lo importante no son los temas, conceptos y métodos formales, sino las soluciones concretas que les debemos dar a nuestros problemas”.

En esa misma línea subraya el aporte de Ronald Dworkin del paradigma de la “argumentación jurídica”, desde cuya perspectiva Robert Alexi parte del supuesto de que “el derecho no se agota en la norma, sino que es ante todo ‘una interpretación normativa de la realidad’”. Y entonces asevera Ceville que “La pregunta que corresponde responder ahora, es la de si las decisiones judiciales nacionales se enmarcan dentro de estas nuevas tendencias del derecho contemporáneo”.

Parte de la respuesta a la oportuna interrogante de Ceville aparece en un artículo sobre “Tratamiento Jurídico De La Información Personal De Los Usuarios De Los Servicios De Las Telecomunicaciones” incorpora a esta edición la



Magíster Esther González de Mendoza. Ella sostiene que en el tratamiento de normas incompatibles sobre el tema aparecidas en las leyes 51 de 2009 y 67 de 2008 “en cuanto a la aplicación de las mismas respecto a la obtención de la información sobre la ubicación de un cliente (...) la ley 51 de 2009 restringe el acceso a la información relativa a los datos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones y por el otro, la ley 67 de 2008 permite al Fiscal de Cuentas tener acceso a la información que requiera para sus investigaciones.

“La Procuraduría de la Administración al analizar este caso utilizó la regla de hermenéutica jurídica establecida en el numeral 1 del artículo 14 del Código Civil, indicando que tanto la ley 67 de 2008, que crea la jurisdicción de cuentas como la ley 51 de 2009, son normas de carácter especial, sin embargo, la especialidad de esta última se centra en la protección a los datos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y, además, es una ley posterior, por lo que tendría prevalencia sobre la ley 67 de 2008 en cuanto a su aplicabilidad para determinar quién puede tener acceso a dicha información”, subraya González de Mendoza.

Pero la agenda de Gestión Pública se interna en otros temas que, aunque en apariencia de sencillez cotidiana, podrían estar marcando conductas y determinando resultados sin que sus propios protagonistas se percaten. Tal es el caso del artículo que de Ariel Obando sobre “El Concepto De Gestión Intergeneracional”, que analiza comportamientos en un mercado laboral en el que, como el panameño, interactúan trabajadores de cuatro generaciones.

“En el mundo laboral conviven cuatro generaciones distintas, cuyas edades cubren un rango de más de 40 años, tendencia que se incrementa en los próximos años, dada la necesaria prolongación de los tiempos de trabajo motivada por la escasez de trabajadores en el mercado y al aumento del promedio de vida”, sostiene Obando, al tiempo que advierte que “Nuestras sociedades están envejeciendo debido al efecto conjugado de una menor tasa de natalidad y de una mayor longevidad. Entre 2000 y 2020, el porcentaje de las personas de entre 65 y 90 años de edad pasará del 16 % al 21 % de la población total de la Unión Europea, mientras que las personas de entre 15 y 24 años de edad solamente representarán el 11 % de la población (Libro Blanco de la comisión europea, un nuevo impulso para la juventud europea, 2001)”.

Y apunta como en un llamado de alerta: “Esto nos lleva a la necesaria convivencia de generaciones de empleados

dentro de las organizaciones. Cada uno de estos grupos generacionales posee sus propias motivaciones, aspiraciones y expectativas acerca de su entorno de trabajo, por lo tanto, directivos como a los responsables de RRHH se enfrentan a éste reto de la gestión multigeneracional”.

Otro interesante artículo de Gestión Pública aborda un tema llevado y traído, dentro y fuera del país, el asunto de la corrupción, abordado por unos y por otros desde ángulos en ocasiones, no muy amplios o a veces interesados. Pero para la doctora Miriam Mabel Ivanega La buena administración es determinante de la calidad de la organización pública, y también es una especie de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas.

Tras recordar que en las últimas décadas las reformas estatales, junto a las nuevas tecnologías en la era de la globalización, obligaron a los Estados a adoptar de políticas dirigidas modificar las organizaciones administrativas para prevenir y combatir la corrupción, Ivanega señala que se ha tratado de verdaderos retos para las Direcciones de Recursos Humanos. Bien argumentado y didáctico este tema abre perspectivas a un debate sostenido y que quizás tenga aun mucho recorrido pendiente.

La Magíster Daisy Cedeño aborda entre tanto, un artículo sobre Los aspectos críticos del trabajo del adulto mayor, en el que disecciona un problema de mucha actualidad. “el culto a la ciencia y a la tecnología- dice- ha relegado a un segundo plano el rol del anciano como depositario de la sabiduría y la experiencia colectiva, quedando en ocasiones excluidos del acceso al conocimiento y del mundo laboral”, por lo que “el envejecimiento de la población constituirá un importante reto para todas las sociedades”.

“En lo que toca al ordenamiento jurídico panameño, el artículo 64 de la Constitución Política de la República consagra el derecho al trabajo, señalando que es un derecho y un deber del individuo, y por lo tanto, es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa”.

Para la Magíster Cedeño “En lo concerniente a la estabilidad laboral del servidor público jubilado pueden presentarse distintos escenarios o situaciones. En este sentido, la Procuraduría de la Administración, en su opinión jurídica C-42-10, de 8 de abril de 2010 precisó, en relación al estatus jurídico del personal jubilado que no está protegido por la ley de carrera administrativa, que de acuerdo con el texto único

de la ley 9 de 1994, sobre Carrera Administrativa, como quedó modificada por la ley 43 de 2009, éstos se enmarcan en la categoría de servidores públicos de libre nombramiento y remoción...”

Considerando el paradigma con que fue concebida, Gestión Pública procura mantener en su agenda una temática que recoja temas de preocupación cotidiana para la ciudadanía.

El Editor

Filosofía de las decisiones judiciales panameñas: La interpretación constitucional

Ponencia presentada por el Procurador de la Administración en el I Congreso Procesal Constitucional

Por: Dr. Oscar Ceville



*Dr. Oscar Ceville
Procurador de la Administración*

RESUMEN: *Esta ponencia trata de demostrar que a pesar del cambio de paradigmas jurídicos a partir del giro hermenéutico, en nuestras instituciones jurídicas siguen vigentes en buena medida, el razonamiento iusnaturalista mezclado con el iuspositivismo; el primero heredado de España a través de la conquista y la colonia; y, el segundo, de las enseñanzas de la teoría pura del derecho propuesto por el Hans Kelsen de los años treinta del siglo pasado. En el campo de las decisiones judiciales, los paradigmas son, en buena medida, los mismos, aunque en la interpretación constitucional se dan pasos para transitar hacia nuevos paradigmas.*

Las estructuras del razonamiento jurídico iusnaturalista, ya fuere de corte teocrático, antropológico o

racionalista, que sirvieron para configurar institucionalmente al país durante los procesos de conquista, colonia y emancipación, siguen vigentes, en buena medida, en nuestras instituciones jurídico políticas actuales, con su carga metafísica, legalista y deductivista, fenómeno que acarrea una ostensible falta de eficacia, tanto de las normas, como de las políticas públicas que se formulan bajo su inspiración.

En el ámbito de las ciencias jurídicas se profundizará la concepción iusnaturalista-iuspositivista en la formación e interpretación del Derecho, que la divorciará de la política, (salvo para favorecer determinados intereses) y de los problemas y demandas sociales, materializando en la práctica la teoría pura del derecho concebida por Hans Kelsen.

Estos son los paradigmas que orientan el nacimiento y evolución del ordenamiento jurídico nacional y las decisiones judiciales durante el siglo XX; por lo que **la respuesta a una pregunta aparentemente simple: ¿qué significa fallar en derecho?, a la postre resulta revestida de una gran dificultad, al no encontrar respuesta, en aquellos modelos jurídicos, los problemas cada día más complejos que plantea la sociedad panameña.**

Para ningún iniciado en la reflexión jurídica es un secreto que una buena intención de parte del Profesor vienés Hans Kelsen, en la década de los 30s del siglo pasado, termina en un grave problema para la concepción y aplicación del derecho. Al decir esto, estamos haciendo referencia a su conocida pretensión de hacer del derecho una “ciencia pura”, para alejar de ella la manipulación de la política partidista, predicada por Carl Schmitt.

En efecto, la propuesta de un derecho entendido como ciencia pura, siguiendo el modelo de las ciencias naturales, alejó el derecho de sus relaciones con el mundo de la política, de la sociología y de la ética, trayendo como consecuencia, entre otras, la supresión de la **Legitimidad** y de la **Eficacia** del derecho, para darle prelación a la **Validez**. Así pues, el derecho deja de ser una disciplina en diálogo con los problemas y retos de la cotidianidad social, para ser

una “ciencia” en el sentido positivista del término, es decir, una ciencia rigurosa y exacta, siguiendo las premisas de las ciencias básicas y naturales.

Esta pretensión **significó la identificación del derecho con la norma**, y la reducción de la amplia dinámica del derecho a un legalismo, a un formalismo y a un procedimentalismo, que se pueden expresar con las conocidas frases “**estricta legalidad**”, o “**no se puede desconocer la literalidad de la norma**”, y a creencias tan poco afortunadas como aquella que indica que “**si no hay una norma precisa a aplicar, tampoco hay un derecho a reconocer**”.

Las consecuencias de este tipo de concepción jurídica son de todos conocidas; **por un lado, tenemos unas legislaciones cada vez más grandes, complejas e inmanejables, ya que sin sus debidos correlatos políticos, sociales y éticos, el derecho sólo puede organizarse con el limitado criterio de la jerarquía de las normas, y, por otro lado, y quizás la más grave, tenemos el alejamiento del derecho del sentido de justicia de los ciudadanos, circunstancia reflejada en la apreciación, por parte de muchos de ellos, de que el derecho es sólo un “asunto de políticos y de abogados”, que poco tiene que ver con su calidad de vida.**

Desde esta concepción jurídica, fallar en derecho es ante todo “aplicar una norma”, utilizando para ello el método silogístico y el de la subsunción.

Al decir de muchos especialistas, como la profesora española Adela Cortina, el conocimiento tuvo en el siglo XX por lo menos cuatro giros, o cambios de perspectiva; el **giro aplicado**, que llevó al conocimiento a enfocarse en la solución concreta de problemas, el **giro pragmático**, que indujo a la validación de los saberes de acuerdo con su utilidad, el **giro lingüístico**, que ayudó a la precisión de las expresiones y los lenguajes para una mayor eficacia de los saberes, y, por último, y quizás el más importante para el derecho y las ciencias sociales, el giro hermenéutico, que puso de manifiesto el carácter interpretativo del conocimiento humano, y por tanto su estrecha vinculación con los contextos, sentidos y tradiciones de las realidades en los que acaecen los problemas.

Desde esta perspectiva, el giro hermenéutico, de cierta manera sintetiza y articula los otros tres giros, mostrándonos con claridad que lo importante no son los temas, conceptos

y métodos formales, sino las soluciones concretas que les debemos dar a nuestros problemas, desde la toma de conciencia de que, en todos los campos de la vida, “conocer es siempre interpretar”, tal como lo afirma el conocido hermeneuta germano Hans Georg Gadamer en su conocida obra “Verdad y Método”.



Hans Kelsen

Con base en la perspectiva hermenéutica, dos grandes concreciones se han dado para el derecho; por un lado, la propuesta del jurista Ronald Dworkin, en su obra “Los derechos en serio”, y por otro, la del pensador alemán Robert Alexi, en su célebre libro “Teoría de la argumentación jurídica”.

Para Dworkin, “el derecho no son sólo normas”, sino también principios, y son ellos los que deben servir como verdaderas normas de derecho al encontrarnos frente a los llamados “casos difíciles”; es decir, aquellas situaciones para las cuales no existe una norma precisa que determine su solución jurídica. Así pues, **para este jurista, fallar en derecho no es sólo aplicar deductivamente una norma, sino también y sobre todo, desarrollar la legislación a través de la interpretación de principios**, procedimiento que sirve para llenar los mal llamados “vacíos jurídicos”, y digo “mal llamados”, porque, es una tarea inútil, aparte de

imposible, el querer llenar hasta el más mínimo resquicio con normas precisas.

Según Dworkin, en el derecho no existen las “respuestas exactas y matemáticas”, como tampoco la absoluta relatividad, ya que no se le puede hacer decir a un principio más allá de aquello que razonablemente éste puede decir; en este sentido, hay una ostensible normatividad del principio, la cual no puede caer “razonablemente” en un relativismo. En consecuencia, la función del juez será la de apreciar y valorar dicha racionalidad y razonabilidad.

La propuesta de Dworkin está complementada magistralmente por el aporte del **paradigma de la argumentación jurídica**, liderado entre otros por juristas de la talla de Chain Perelman, Stephen Toulmin, Manuel Atienza, Jaime Cárdenas y Robert Alexi, entre otros; dicha perspectiva, en el énfasis propuesto por Alexi, parte del supuesto de que **el derecho no se agota en la norma, sino que es ante todo “una interpretación normativa de la realidad”, cuya expresión, a través de normas, principios y directrices de acción, propuestos por el legislador, se aplica a través de desarrollos argumentativos que coadyuvan a una determinada interpretación.**

Así pues, argumentar jurídicamente es incorporar la realidad al mundo del derecho a través de argumentos, formulados de forma lógica y racional en apoyo de determinadas interpretaciones. Desde esta perspectiva existe una íntima relación entre argumentación e interpretación, ya que la interpretación “le otorga un sentido” a la norma o al principio; otorgamiento que es sustentado y desarrollado a través de argumentos provenientes de la realidad concreta.

Estas dos dinámicas, la interpretación y la argumentación, garantizan, por un lado, el vínculo con una realidad concreta, y más aun, con el sentido de la justicia de unas sociedades igualmente concretas, ganando para el derecho uno de los elementos neurales, la legitimidad. En este mismo sentido, interpretar y argumentar, al ser ejercicios de tipo racional y razonable, están investidos de un profundo sentido ético, ya que los argumentos no provienen de otra parte sino de los aportes y soluciones concretas a los problemas que vive nuestra sociedad.

En tal sentido, tanto la interpretación como la argumentación se sitúan en las antípodas del positivismo jurídico que

hemos criticado, restableciendo los necesarios vínculos del derecho con la política, con la sociología y con la ética, lo que equivale a decir, **con la justicia, con los problemas concretos de la gente y con los valores que deben guiar la convivencia ciudadana.**

Con base en estos supuestos, fallar en derecho, desde una perspectiva hermenéutica, es ante todo un acto interpretativo que debe ser sustentado con argumentos racionales y razonables, a través de los cuales aparezca con claridad la justicia y el bien común al que todos aspiramos. Este acto incluye elementos tales como, normas, principios y directrices en los términos propuesto por Dworkin, las que encontraremos en la costumbre, tradiciones, valores y la jurisprudencia nacionales.

La pregunta que corresponde responder ahora, es la de si las decisiones judiciales nacionales se enmarcan dentro de estas nuevas tendencias del derecho contemporáneo. Para ello habrá que distinguir entre las decisiones jurisdiccionales comunes y las decisiones constitucionales.

En cuanto a las decisiones jurisdiccionales comunes, en materia probatoria, por ejemplo, no fue sino hasta 1987, cuando con la reforma del Código Judicial, Panamá pasó de la “prueba tasada” al criterio de la “sana crítica”. En el primero de los casos, conocido también como prueba legal, la propia ley atribuía el valor que el juez debía darle a la prueba. La sana crítica vendría a constituir un sistema intermedio de valorar las pruebas, entre la prueba tasada y la libre valoración. Es la unión de la lógica y la experiencia del juez, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento, nos diría Couture.¹

Jorge Fábrega cita a Couture, que en su obra Fundamentos de Derecho Civil expresa que “el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente y arbitrariamente...la sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual...”. Para Fábrega la sana crítica implica las siguientes limitaciones: 1) Las pruebas deben obrar válidamente en el proceso; 2) La apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejar constancia de ello en el fallo; 3) (Debe hacerse) un examen crítico e integral de cada medio de prueba entrelazado con los distintos medios que obran en el expediente.²

¹COUTURE, Eduardo. Cit. Por FÁBREGA PONCE, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Plaza Janés; Bogotá, 2004. Pág. 97.

²FÁBREGA PONCE, Jorge. Op.cit. pág. 96-97.

No hay que hacer grandes esfuerzos para apreciar que la doctrina nacional ha restringido la sana crítica al texto de la ley, y al contenido del expediente bajo el criterio de que “aquello que no está en el expediente no existe”, conceptos propios del positivismo jurídico. Entonces, un paso que debió ser el inicio hacia otras corrientes, como por ejemplo la predicada por Dowrkin, es represada doctrinalmente, manteniéndonos estancados en el positivismo.

De acuerdo con Arturo Hoyos³, y concuerdo con él, la tendencia de los jueces constitucionales, a lo que yo agregaría, y de todos los jueces, ha sido tradicionalmente la de recurrir al método gramatical para sus decisiones judiciales, que a nuestro juicio obedece a la entronización, desarrollo y permanencia en Panamá de un iuspositivismo mezclado con el iusnaturalismo de herencia española que aun subsiste.



Corte Suprema de Justicia de Panamá

No obstante, agrega Hoyos, “en los últimos años, sobre todo a partir de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha superado esta tendencia tradicional, y mediante la doctrina del bloque de la constitucionalidad se ha logrado rebasar lo que se ha denominado <el concepto tipográfico de la Constitución>. Ello ha implicado, dice, una labor verdaderamente creativa y una franca demostración de la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación jurídica para cumplir las finalidades de la interpretación constitucional en una sociedad democrática.”⁴

Sostiene además, que la cuestión central de la interpretación constitucional es la concretización de las normas generales; por lo que la función del juez debe ser, dotar de contenido concreto a una norma de tipo general; y de ahí el carácter creativo de la interpretación constitucional, ya que el contenido de la norma constitucional, interpretada por el juez constitucional, sólo queda completo con la interpretación que éste le ha dado.⁵

Agrega que el estudio de la masa de resoluciones judiciales constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, permite extraer principios que se consagran en las diferentes sentencias y que sirven a la labor de interpretación del juez constitucional.⁶ Como resultado de este estudio presenta doce principios de interpretación constitucional identificables en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a saber: 1) “Favor Liberatis”; 2) La Unidad de la Constitución; 3) La continuidad de la jurisprudencia constitucional; 4) La presunción de la legitimidad de las leyes y de otros actos de la autoridad pública; 5) La concordancia de las normas constitucionales; 6) La divisibilidad de las normas impugnadas; 7) La interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución; 8) La interpretación extensiva de la función de administrar justicia del órgano judicial; 9) Preferencia de la vía contencioso-administrativa sobre la vía constitucional en la impugnación de actos administrativos; 10) La existencia de normas constitucionales fuera del texto de la Constitución en sentido documental; 11) La validez del argumento de autoridad; y, 12) El principio de prudencia.⁷

Refiriéndose a estos principios de interpretación constitucional, el profesor Oscar Mejía expresa que “la Corte Suprema de Justicia panameña ha logrado precisar una serie de principios contenidos en la Constitución, como un procedimiento normativo de corrección extrajurídica que permita superar los conflictos de comprensión e intelección de la misma. Añade que el catálogo de doce principios de esta índole, sólo hasta el séptimo se hace referencia a una interpretación de acuerdo con la Constitución; los anteriores son principios extrasistémicos que sin ser de naturaleza iusnaturalista, orientan la labor interpretativo-procedimental de la Corte, como todo sistema jurídico maduro lo exige...”⁸

³HOYOS, Arturo. La interpretación constitucional. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1998, pág.16

⁴HOYOS, Arturo. Op.cit. pág.16.

⁵Ibid. Pág. 14.

⁶Ibid. Pág. 22.

⁷Ibid. Págs. 23-33

⁸MEJÍA, Oscar. Op. Cirmativot. Pág. 70

A pesar de lo dicho, en la judicatura panameña subyace como una herencia genética de carácter jurídico, la tendencia iuspositivista-iusnaturalista cuando el mismo propulsor de la iniciativa de utilizar los principios y el bloque de la constitucionalidad en la interpretación constitucional afirma que “la finalidad primaria de toda interpretación jurídica efectuada por el juez es extraer el sentido normativo del texto jurídico para aplicarlo a un caso concreto”⁹; o cuando en sentencia de 14 de enero de 1991, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia entiende que las normas legales frente a las cuales ha de evaluar la legalidad de un acto administrativo deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución, y que este principio de hermenéutica jurídica ha sido denominado el de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico. Agrega, siguiendo a García de Enterría, que este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico.¹⁰

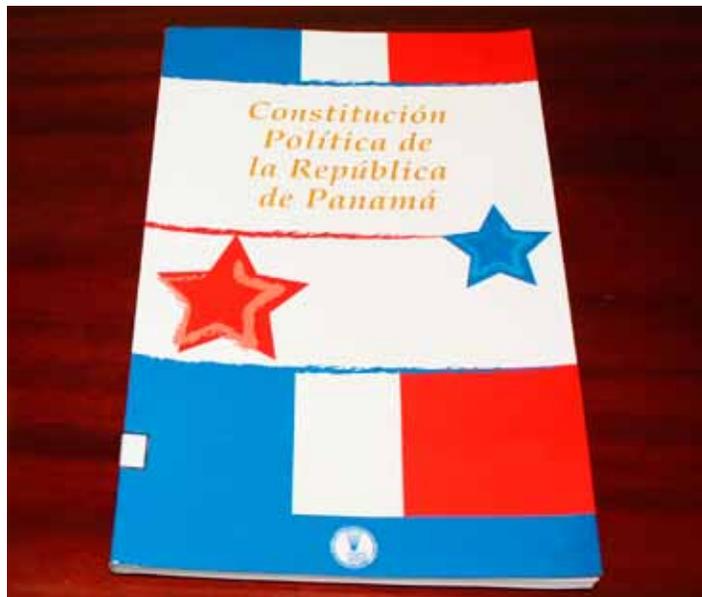
Y es que la “herencia genética-jurídica”, mezcla del iusnaturalismo con el positivismo de que hablamos, está centrado en el “núcleo de las células del sistema” que se nos implanta desde que, como estudiantes de derecho, concebimos ser abogados. Si no lo creen, veamos algunos ejemplos.

En el área doctrinal, en filosofía del derecho, el profesor Lino Rodríguez nos enseña que “...El Derecho positivo ha de ser considerado como una realización del Derecho Natural, pero sin eludir la posibilidad de que alguna vez no lo sea.”¹¹ “Por consiguiente, la supremacía axiológica del Derecho natural sobre el Derecho Positivo, conduce a actividades revolucionarias, cuando el contraste entre uno y otro es muy marcado y no intervienen consideraciones posibles de moderación. Surge así, el tipo sociológico de iusnaturalismo revolucionario”.¹²

Lino Rodríguez, desde su cátedra en la Universidad de Panamá, también nos habla del “renacimiento” del derecho Natural y que todos los intentos tendientes a la postergación de la filosofía del derecho y del derecho natural han resultado inútiles, pues hoy día resurgen con más pujanza ambas

disciplinas en nuestro campo.¹³

En Introducción al Derecho, García Maynes nos dice que en el debate entre derecho natural y derecho positivo suele darse la denominación de derecho natural a un derecho intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo y que para los defensores del positivismo jurídico solo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época”.¹⁴



Igual fenómeno ocurre con el principio de estricta legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Política cuya interpretación restrictiva nos mantiene anclados al plano de la legalidad formal y nos aparta de la legalidad dialéctica, al entender que el servidor público está atado irremediamente al texto de la Ley, sin hacer la distinción que aconseja Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de diferenciar la legalidad formal o simple legalidad, que se caracteriza por su mera confrontación normativa, de la legalidad teleológica, que se edifica sobre la base de la permanente búsqueda y cumplimiento de las finalidades estatales.¹⁵

En el plano normativo, el genoma del positivismo no puede ser más elocuente. El artículo 9 del Código Civil

⁹ HOYOS, Arturo. Op. Cit. Pág.11

¹⁰ Ver sentencia de 14 de enero de 1991. Sala Tercera. Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad; José Miguel Alemán H. vs Resolución de la Asamblea Legislativa No. 38 de 29 de diciembre de 1990.

¹¹ FRAGA IRRIBARNE, Manuel. Cit. Por Rodríguez Lino. Ciencia y Filosofía del Derecho. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. Pág.230.

¹² RODRÍGUEZ, Lino. Op. Cit. Pág. 225

¹³ Ibid.

¹⁴ GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del derecho. Editorial Porrúa, S.A. Octava edición, Mexico D.F. 1958. Pág. 40.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición. Xpress Estudio Gráfico y Digital, S.A.

establece que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, reafirmó la concepción positivista del ordenamiento, cuando al interpretar la norma, expresa; “En concepto de la Corte aceptar la formulación de no <normatividad> de la Ley, sería tanto como consagrar una nueva manera de derogar las leyes, que repugna nuestro sistema jurídico y que, al mismo tiempo, es opuesta a un sano sentido de hermenéutica legal, pues ya tiene dicho la Corte que <los tribunales no pueden interpretar las leyes para dejar de aplicarlas en los efectos que ellas persiguen sobre todo cuando la interpretación siempre debe ser positiva de modo que la Ley sea y no deje de ser. (Ver R.J. N0 23 Julio a dic. De 1955. Página 91)

Lo expuesto pone de manifiesto que aunque en el área de lo judicial, tanto en la interpretación del juez ordinario como en la del juez constitucional, este último en mayor grado, se han dado pasos para alejarse del positivismo puro preconizado por el Kelsen de los años 30s del siglo pasado, que aun se enseña en nuestras facultades de Derecho; atavismos conceptuales limitan el salto firme que se debe dar del derecho dado (el del iusnaturalismo y el iuspositivismo de Kelsen y Hart) al derecho construido a partir del giro hermenéutico, que nos haga transitar a la interpretación, la argumentación y la comunicación como derecho; o sea, el derecho promovido por Dworkin, Alexi, Perelman, Rawls y Habermas.

En el campo de la interpretación constitucional considero un avance el catálogo de principios que orientan la labor del juez constitucional, sobre todo si tomamos en cuenta que el Estado no sólo es social y de derecho sino que también es constitucional, y que las normas constitucionales son predominantemente principios. Y como afirma Cárdenas Gracia, “La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el ethos del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación

con el contexto social, político y económico”.¹⁶

Las normas llamadas principios, termina diciendo Cárdenas Gracia, están necesariamente conectadas con su contexto de forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. A ello responde, diciendo que, desde luego habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino **razonabilidad** bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. **La justificación racional representa la condición de validez y de legitimidad de las decisiones judiciales.**¹⁷

CONCLUSIONES

El conocimiento tuvo en el siglo XX por lo menos cuatro giros o cambios de perspectivas, a saber; el aplicado, el pragmático, el lingüístico y el hermenéutico. Este último, el hermenéutico, de cierta manera sintetiza y articula los otros tres giros y nos muestra que lo importante no son los métodos formales, sino las soluciones concretas que le debemos dar a nuestros problemas.

Desde la perspectiva hermenéutica, en el campo jurídico, las concepciones sobre el ser del Derecho se dividen en dos grupos: por una parte están los que conciben el derecho **como un objeto dado y acabado**, es decir que el derecho antecede a su interpretación y aplicación; en este grupo se incluyen el **positivismo jurídico y el iusnaturalismo**. Por otra parte se encuentran los post positivistas que conciben el derecho **como hermenéutico o construido**, es decir, que la interpretación y aplicación de la norma forman parte del proceso de producción del derecho.

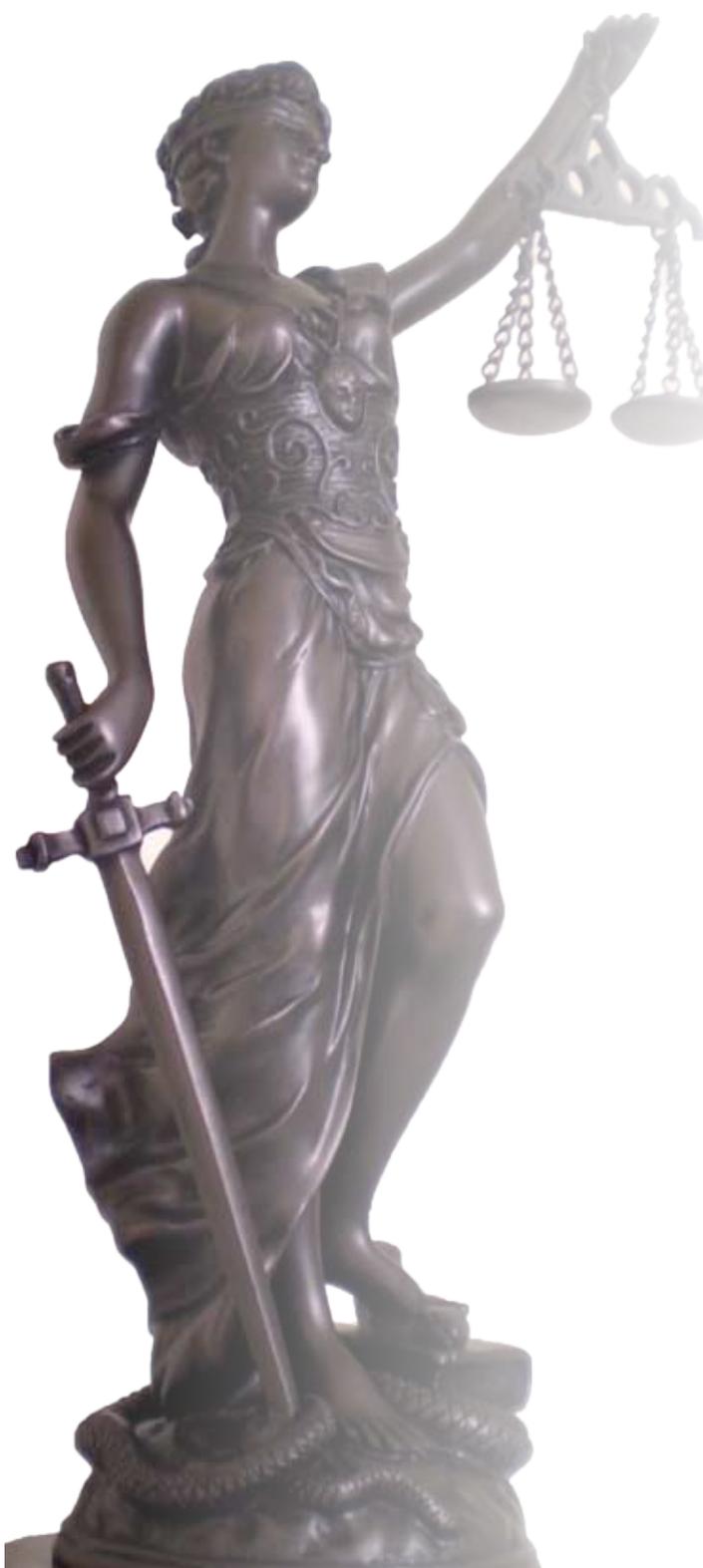
A nuestro juicio el razonamiento iusnaturalista, que sirvió para configurar la colonia, que heredamos de España, continúa vigente en nuestras estructuras jurídico-políticas, combinado con el positivismo jurídico de Hans Kelsen, desarrollado en su obra “La teoría pura del derecho”, publicada en 1934.

En Panamá, la tendencia de los jueces ha sido tradicionalmente la de recurrir al método gramatical, es decir, al texto de la norma, para sus decisiones judiciales. No obstante, desde fecha reciente, en el plano de la interpretación constitucional,

Colombia.2003.Pág. 42.

¹⁶ CÁRDENA GRACIA, Jaime. La argumentación como derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2010. Pág. 120.

¹⁷ Ibid. Pág. 122.



la Corte Suprema de Justicia, ha empezado a apartarse de los paradigmas premodernos de nuestras raíces hispanas, al precisar una serie de principios (6) extrasistémicos, que orientan la labor interpretativo-procedimental de la Corte.

La meta debiera ser que las decisiones de todo el sistema judicial fuesen orientadas hacia los nuevos paradigmas del “derecho construido” hasta alcanzar una interpretación judicial basada no sólo en la norma, sino también en principios, dentro de un sistema que toma en cuenta los elementos sociales y morales que también forman parte de todo el derecho, o del bloque de la juridicidad, como lo expresa Cárdenas Gracia.¹⁸ El juez entonces aplicaría todo el derecho y no sólo la ley.¹⁹

Para alcanzar lo que se ha propuesto, se requiere de una reingeniería de todo el sistema, que nos haga transitar de los paradigmas del derecho dado (iusnaturalismo-positivismo-imperativismo-decisionismo) a los paradigmas del derecho construido (interpretativo - argumentativo - discursivo - comunicativo).

Esta reingeniería debería empezar por las facultades de derecho, mediante la inclusión en el currículo, de los nuevos paradigmas del derecho, partiendo de la introducción al derecho y la filosofía del derecho hasta alcanzar el último año académico. Esto, para las futuras generaciones de abogados.

Para la presente generación, habrá que reformar a los formadores y a los operadores judiciales, mediante cursos formales y de capacitación, seminarios y talleres. Esto se podría hacer mediante un esfuerzo coordinado entre las facultades de derecho de nuestras universidades y la Escuela Judicial.

No cabe duda que existen profesores y operadores judiciales cuyo accionar se da dentro del marco de las modernas corrientes del derecho; pero tampoco cabe duda que son los menos.

No es una tarea fácil, se trata de un cambio de cultura a través de una revolución del conocimiento, sólo acometiéndola lograremos que el Derecho responda adecuadamente a las complejidades de la realidad social panameña.

¹⁸ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Op. Cit. Pág. 120.

¹⁹ Ibid. Pág. 123.

Acto Administrativo de contenido individual: Perfeccionamiento, validez y eficacia

Por: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa¹



*Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Consejero de Estado de la República de Colombia*

Primera Parte:

Validez y Perfeccionamiento del acto administrativo de contenido individual.

Introducción: El acto administrativo como resultado de la evolución del estado institucionalizado.

Estudiadas las bases conceptuales de las actuaciones administrativas y los medios accesorios a la actividad de la

administración pública, como formas de expresión jurídica institucional de las autoridades y los particulares con funciones administrativas, nos corresponde abordar en este capítulo el medio directo por excelencia para el cumplimiento de los fines y propósitos estatales, conocido como decisión administrativa, y enmarcado tradicionalmente dentro de la teoría del acto administrativo.² El estudio específico de este instrumento jurídico administrativo debe necesariamente hacerse a partir de su estructura, concepto, modalidades y finalidad, dentro del contexto de relación con el devenir de las instituciones jurídicas del Estado contemporáneo, esto es, del Estado de derecho; y, dentro de él, básicamente, entendiéndolo como un fenómeno sustancial, ligado a los principios de legalidad, división de poderes y control de la actividad administrativa, de los cuales se desprende como una consecuencia lógica e inmediata;³ así mismo, connatural al debido proceso. No se puede perder de vista, dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional y social de derecho, que el acto administrativo no puede seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada, simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público sujeto a conductas fijadas por el ordenamiento jurídico y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos. Por este sendero doctrinal el acto administrativo, general o particular, en la hora actual del derecho administrativo, se reconduce como el producto final del debate, la controversia y la participación.

Esta la razón para que a partir del principio de la legalidad,

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Derecho Administrativo en esta misma casa de estudios. Especialista en Administración Pública del Instituto Brasileiro de Administración Municipal. Master en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Universidad Carlos III Madrid España. Profesor de la cátedra de Derecho Administrativo General en la Universidad Externado de Colombia. Ex - director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. Actualmente Magistrado del H. Consejo de Estado de la República de Colombia.

² MIGUEL ACOSTA ROMERO. “La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano”, Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XXIX, n.º 112, enero-abril de 1979, UNAM; ÁLVAREZ-GENDÍN. Tratado, cit.; RENATO ALESSI. Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, Bosch, 1970; BETANCOR RODRÍGUEZ. El acto, cit.; ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “Ley orgánica del procedimiento administrativo y el contencioso administrativo en el procedimiento administrativo”, en Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración, vol. IV, 1980-1981, Caracas, Universidad Central de Venezuela; CARLOS GARCÍA OVIEDO y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. Derecho administrativo, t. II, Madrid, EISA, 1968; CASSAGNE. Derecho administrativo, cit.; CRETELLA JUNIOR. Ob. cit., supra, nota 35; MANUEL MARÍA DÍEZ. “Actos

en sentido amplio, se sustenta esta magnífica construcción jurídica en todos sus aspectos. La legalidad enmarca tanto procedimientos como decisiones de quienes ejercen funciones administrativas tendientes a la producción de efectos jurídicos dentro de un Estado organizado como de derecho. Esta sujeción necesaria se complementa con mayor razón en los actuales momentos de la evolución política y jurídica, en donde lo social y lo democrático tienen prevalencia y determinan en lo material el ordenamiento administrativo. Como consecuencia, resulta imposible una aproximación sustancial al concepto, negándole entidad al orden constitucional y legal, entendiendo el acto administrativo como el instrumento jurídico del Estado de derecho puesto a disposición de quienes ejercen funciones administrativas.



Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso

administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley,⁴ limitativa del poder absoluto.⁵ Esta calificación fue, paradójicamente utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece en consecuencia como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.⁶

Con anterioridad a la elaboración del concepto de acto administrativo –Ancien régime–, se acudía a otras expresiones con las cuales se intentaba identificar fenómenos similares que se configuraban a partir del ejercicio del poder concentrado en el Estado personalizado; entre otras, tales expresiones fueron las siguientes: actos del rey, actos de la corona, actos del fisco. No obstante, se puede afirmar con certeza que antes de la Revolución Francesa la teoría del acto administrativo era prácticamente desconocida. Se trata, en esencia, de un fenómeno típico de la evolución institucional del Estado de derecho.

administrativos”, en Enciclopedia Jurídica Omega, t. I, Bibliográfica Argentina; ID. “Noción conceptual de acto administrativo”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, n.os 3 y 4, julio-diciembre de 1975, Montevideo; ID. “El acto administrativo en la Ley 19.549”, en Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, Plus-Ultra, 1975; ID. El acto administrativo, Tipográfica Editora Argentina; ERNST FORSTHOFF. Tratado de derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958; MASSIMO SEVERO GIANNINI. L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione, Milano, Giuffrè, 1939; AGUSTÍN GORDILLO. El acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963; ENRIQUE SAYAGUEZ LASO. Tratado de derecho administrativo, t. I, Montevideo, 1974; ALVARO TAFUR GALVIS. “El concepto de acto administrativo en el nuevo código”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n.º 65, abril-junio de 1984, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana; ID. “Evolución del concepto de acto administrativo”, Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, n.º 512, octubre-diciembre de 1980; MASSIMO A. TUCCI. L’atto amministrativo implícito, Milano, Giuffrè, 1990.

³MASSIMO SEVERO GIANNINI. “Atto amministrativo”, en Enciclopedia del Diritto, t. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 159 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Ob. cit., supra, nota 1, p. 517.

⁴EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Revolución Francesa y administración contemporánea, Madrid, Civitas, 1998, pp. 22 a 25. El principio de legalidad para los teóricos de la revolución significó el principal instrumento para romper las cadenas de la arbitrariedad y el absolutismo. Al diseñarse un gobierno por y en virtud de las leyes, dentro de un orden institucional, el hombre no dependería más del mismo hombre, sino de un marco normativo impersonal propugnador de la igualdad.

⁵JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y 224.

La concepción formalista y procesalista, que, como anotábamos, es con la que se inicia en el derecho francés el concepto de acto administrativo, tuvo sus principales manifestaciones en multiplicidad de normas constitucionales y legales de aquel país. SANTAMARÍA PASTOR,⁷ al hacer un recuento de este conjunto de disposiciones relativas al concepto de acto administrativo, precisa que este principio se encuentra reiterado en los textos legales de los primeros años de la revolución: el artículo 7.º de la Ley del 22 de diciembre de 1789 sobre constitución de las asambleas primarias y de las asambleas administrativas y la instrucción del 8 de enero de 1790, en las cuales se proscribió todo acto de perturbación de la actividad administrativa por los tribunales judiciales, calificando cualquier decisión de estos en frente de aquella como inconstitucional y sin posibilidad de surtir efectos. En similar sentido, la ley básica del 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial, que de manera directa señalaba que “las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni mucho menos citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones...”; la Ley del 7-14 de octubre de 1790 que sustrajo expresamente el recurso por incompetencia del conocimiento de los jueces ordinarios y reiteró la competencia de la administración para conocerlos; la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791 que en el artículo 3.º del título III, capítulo V de su codificación, dispuso que “... los tribunales no podrán entrometerse en las funciones administrativas o citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones...”; la Constitución del 5 fructidor del año III reitera la anterior prohibición; por su parte, con la Ley del 16 de fructidor del mismo año se consolida este proceso de restricción a la jurisdicción ordinaria disponiendo la prohibición absoluta

de que los tribunales ordinarios conozcan de los actos de la administración.⁸

Esta base normativa constituyó el punto de partida para importantes providencias resolutorias de conflictos de competencia en el derecho francés revolucionario, como la del 2 de germinal del año V en la que se definieron dos clases de casos de la administración, los surgidos de las operaciones del cuerpo administrativo y los actos de la administración que provenían de las ordenes del gobierno, o de sus agentes inmediatos, bajo su vigilancia y con fondos proporcionados por el Tesoro Público.

Desde una perspectiva doctrinal encontramos prácticamente uniformidad en los trabajos de derecho administrativo en el sentido de que es tan sólo a partir del Repertorio de MERLÍN, publicado en la 4.ª edición de GUYOT, en 1812, cuando aparece por primera vez la voz “acto administrativo”, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones,⁹ pretendiendo de esta forma enriquecer un término que hasta ese momento se manejaba estrictamente sobre la base de parámetros procesales sin contenido preciso; sin embargo debemos anotar que le correspondió en definitiva a la doctrina alemana entrar a consolidar un criterio sustancial del concepto en el sentido en que actualmente lo entendemos en el derecho administrativo.

La doctrina alemana vincula a la determinación del contenido del acto administrativo el concepto de negocio jurídico;¹⁰ de aquí que se sostenga que es a partir de estas elaboraciones que debe iniciarse cualquier aproximación a esta materia. El acto administrativo, con independencia de las razones procesales de su surgimiento en el derecho francés, tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivativos

⁶ *Ibíd.*, pp. 224 y 225. BETANCOR RODRÍGUEZ (El acto, cit., p. 41) sostiene que formalmente el acto administrativo es una creación del régimen administrativo nacido de las revoluciones burguesas. Inicialmente constituyó el principal instrumento para delimitar el ámbito de lo administrativo y lo judicial, tal como se desprende de las leyes del 24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año II. No obstante, este modo formalista y negativo de concebir el acto administrativo fue decayendo en favor de un concepto sustantivo del mismo proceso que se logra desarrollar a la par de la evolución del control contencioso administrativo. GARRIDO FALLA. Tratado, cit., vol. I, p. 406: “La teoría del acto administrativo nace ligada a la jurisdicción administrativa...”. Puede consultarse, así mismo, MARTÍN L. RETORTILLO. “Actos administrativos generales y reglamentos”, Revista de Administración Pública, n.º 40, enero-abril de 1963, pp. 235 y ss.: “La técnica del acto era, pues, la solución histórica más adecuada para controlar jurídicamente a la administración, en unas circunstancias que en conjunto y en línea general eran adversas a ello...”.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR. La nulidad de pleno derecho, cit., pp. 226 a 229.

⁸ Las traducciones del francés son nuestras.

⁹ OTTO MAYER. Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, Depalma, pp. 74 a 76. Sostiene este autor en la nota n.º 10 de la p. 75 de su obra que es en este repertorio clásico de MERLÍN, donde prácticamente se le dio entidad sustancial al concepto de acto administrativo, dejando entrever su origen en la evolución del derecho revolucionario francés. GEORG JELLINEK. Teoría general del Estado, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 463. Reacciona el autor en contra de quienes reclaman la paternidad del concepto de acto administrativo para el derecho francés, y sostiene que ya en la dogmática alemana se habían diseñado las bases para determinar su contenido. Díez. El acto administrativo, cit., p. 327. Consúltese, igualmente, ESCOLA. Tratado, cit., p. 39: “... cuya génesis no ha sido posible determinar dónde tuvo lugar, al punto de que mientras MAYER atribuye su formulación más científica a Francia [...] JELLINEK reivindica esta paternidad para la doctrina jurídica alemana...”. GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS. Derecho administrativo, cit., p. 6: “... de aquí que el acto administrativo como realidad de la administración controlable jurídicamente, no puede haber

francogermanos, quienes se basaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por KANT en *Fichte-Grundlagen des Naturrechts*. La teoría del acto administrativo se forma a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que le traslada al concepto elementos sustanciales como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado, es decir, fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa,¹¹ respetando en todo caso el orden normativo, teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.¹²



Immanuel Kant

El concepto formalista o procesalista de claro origen francés, consolidado en las intimidades propias de su historia revolucionaria, y el material que pretende darle una sustancia propia a través de la aplicación de criterios civilistas, demarcan sin duda para la disciplina puntos de referencia básicos que en la hora actual no pueden perderse de vista en cuanto que resultan determinantes para el análisis

de las manifestaciones de las autoridades en ejercicio de las funciones administrativas y de las normas de competencia jurisdiccionales tendientes a determinar el control de las decisiones producidas por las autoridades. Es decir, estamos ante dos tendencias complementarias de un mismo concepto.

No obstante su precariedad inicial, básicamente en las construcción formalista francesa, el acto administrativo ha adquirido en los sistemas jurídicos modernos, en especial en aquellos ceñidos por los principios del Estado de derecho, connotaciones de columna vertebral del derecho administrativo, tanto en su versión de simple creador de situaciones jurídicas individuales como en su carácter normativo o acto de contenido general. Y no sólo desde el punto de vista del ejercicio de la función administrativa, sino también del régimen de garantías que se desprende con su existencia. De ahí que se hayan desarrollado importantes criterios jurisprudenciales y doctrinales, con el fin de identificar la existencia de fenómenos que consistan en manifestaciones de voluntad, por parte de quienes ejercitan funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos.

Encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido para determinar la presencia de un acto administrativo es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativas. Las condiciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales de los diversos países invitan a adoptar criterios en estricto sentido operacionales, y en lo posible adecuados al ámbito jurídico nacional que corresponda.

Con posterioridad a su aparición histórica, la doctrina ha desarrollado algunos criterios básicos para la determinación del acto administrativo; entre ellos podemos identificar: el formal u orgánico, y el sustancial, este último más conocido como criterio material u objetivo; de acuerdo con el primero, serán actos administrativos todos aquellos que conforme a elementos externos –formales– sean considerados como

obtenido existencia –como indica MAYER– antes de la Revolución Francesa. Cabe afirmar, pues, que el acto jurídico administrativo es el producto del Estado de derecho, en general, y de la aplicación de la doctrina de la división de poderes en particular...”

¹⁰ ALFREDO GALLEGO ANABITARTE et al. Acto y procedimiento administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 38 a 45.

¹¹ MAYER. Derecho administrativo alemán, cit., p. 126.

¹² GALLEGO ANABITARTE (Derecho administrativo 1, cit.). Recurriendo a las elaboraciones del derecho alemán, básicamente a los trabajos de OTTO MAYER, recoge el concepto de negocio jurídico para el acto administrativo, en la medida en que estos son verdaderas declaraciones de voluntad dirigidos a crear relaciones jurídicas. Se trata de un verdadero negocio jurídico público unilateral. SANTAMARÍA PASTOR. La nulidad de pleno derecho, cit., pp. 236 a 238. Los alemanes importan el concepto francés de acto administrativo y lo reelaboran a partir de técnicas civilistas en una especie de calco unilateral de la teoría del negocio jurídico. Atribuye el autor estos trabajos a EDGAR LOENING y OTTO MAYER. En Francia el concepto dogmático es recibido por MAURICE HAURIOU, quien a partir de estas consideraciones de fondo o materiales propone su famosa definición de acto administrativo como “... declaración de voluntad en procura de producir efectos jurídicos emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria...” (la traducción del francés es nuestra). En igual sentido la reelaboración dogmática alemana fue de recibo en el derecho italiano a través de las obras de autores como BORIS, VITTA, CAMMEO, PACINOTTI, etc.

actos administrativos. En este orden de ideas, dichos elementos estarían determinados por factores tales como el órgano productor del acto, el procedimiento utilizado en su expedición y la forma que adopte el acto una vez producido. Serían entonces actos administrativos todos aquellos proferidos por los órganos administrativos, mediante los procedimientos adoptados por el legislador para tales efectos y con las características externas de cada uno de ellos.¹³

Desde el punto de vista material, son actos administrativos todos aquellos que en razón de su contenido o sustancia se consideran como administrativos, sin importar las formas externas que puedan adoptar, ni mucho menos el órgano del cual provengan. Es decir, sin importar el poder público o funcionario que lo produzca, el procedimiento seguido para su expedición o las formas externas que adopte. En consecuencia, toda manifestación voluntaria de cualquier órgano del Estado que por su contenido sea considerado administrativo será acto administrativo. Históricamente, el criterio material significó un profundo avance conceptual frente al criterio formal.¹⁴

Ahora bien, la diversidad de criterios varía de acuerdo con las diferentes concepciones y cánones empleados por la doctrina en la elaboración de los mismos; es así como los criterios explicados se han complementado históricamente con muchos otros, que analizan el derecho administrativo y obviamente el acto administrativo desde ópticas totalmente diferentes, como es el caso de las escuelas finalísticas, normativas, de las prerrogativas públicas y eclécticas.

Se han desarrollado igualmente algunos criterios, como el jurisdiccional, de acuerdo con el cual se excluye del concepto de acto administrativo a todos aquellos actos que no son impugnables ante la jurisdicción contenciosa

administrativa.¹⁵ En líneas generales, este criterio reitera el formal en la medida en que tiene como punto de partida el control del acto administrativo, el cual por disposición legislativa puede recaer en la justicia ordinaria sin que esta errónea asignación pueda desvirtuar su carácter de administrativo. En este sentido, la sentencia de octubre de 1971 continúa en plena vigencia.¹⁶

Las doctrinas normativistas han desarrollado el denominado criterio jerárquico a través del cual se pretende indicar que acto administrativo es aquel que, respecto de la pirámide jurídica, debe respetar las normas constitucionales y legales, es decir que se encuentra en un tercer nivel de producción normativa.



En nuestra opinión, el concepto de acto administrativo debe conjugar todos los criterios anteriormente expuestos, por cuanto caeríamos en el error de limitarnos al no aceptar, de manera ecléctica, que todos los criterios expuestos no son más

¹³ DÍEZ. El acto administrativo, cit., p. 327 agrega: "... en el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones". GORDILLO (El acto administrativo, cit., p. 51) fundamenta el criterio formal en el hecho de que los recursos contenciosos administrativos se dan en principio –y en las legislaciones actuales sólo contra decisiones de órganos administrativos?; esto se debe al hecho de "que la doctrina adopte casi unánime el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo [...] Acto administrativo es el que dictan órganos administrativos y no otros órganos.

¹⁴ La función administrativa no es exclusiva del poder ejecutivo. Por regla general, le corresponde a éste; sin embargo, en la práctica, encontramos que por excepción los poderes legislativo y judicial desarrollan funciones administrativas. Incluso, conforme al artículo 113 constitucional, la esencia funcional de los llamados órganos autónomos e independientes es la administrativa. Y por vía del artículo 210 de la Carta, en concordancia con el artículo 1.º del Código Contencioso Administrativo, los particulares también pueden ser depositarios de funciones administrativas. En este sentido puede consultarse al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 1971, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ. DÍEZ (El acto administrativo, cit., p. 327) agrega, refiriéndose al criterio material, que cuando estemos frente al mismo habrá que referirse al contenido, "... y por ello sería acto administrativo, en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano de Estado, sea 'este administrativo, legislativo o judicial, con tal que la sustancia, el contenido del mismo sea de carácter administrativo'...". GORDILLO (El acto administrativo, cit., pp. 52 y 56) desarrolla en su obra dos criterios que en nuestro concepto no son más que aspectos del criterio material que hemos venido exponiendo; son ellos el sustancial u objetivo y el funcional: por el primero se entiende que "acto administrativo es todo acto que tenga sustancia administrativa"; de acuerdo con el segundo, "acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano le ejerce [...] La noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa".

que componentes, que en mayor o menor grado y de acuerdo con las circunstancias han coadyuvado para la construcción de un criterio de identificación del acto administrativo. Por lo anterior, un criterio operacional para identificar el acto administrativo sería aquel que comparte tanto los criterios formal y material como cualquiera otro de los expuestos por la doctrina; esto es, aquel que contiene elementos externos –órgano, procedimiento, forma– como materiales o sustanciales, al igual que finalísticos y normativos.

Los anteriores criterios formales y materiales nos llevan a otra interesante situación de incidencia en el ámbito del concepto de acto administrativo, y es el relativo al de su amplificación de contenidos y producción de efectos, a esferas jurídicas diferentes a las de estricto carácter individual o particular. Es decir, el de la reconducción del concepto a la aceptación, dentro de su objeto, de todas aquellas manifestaciones de autoridades administrativas de carácter impersonal o abstractas. El problema surge para la teoría del acto administrativo de manera tangencial, a partir del tratamiento de los criterios en cuestión en relación con el concepto de ley, que bajo el entendido de la existencia de leyes formales y materiales acepta que en ciertas hipótesis las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta.

Por regla general la producción legislativa, en cualquier Estado de derecho, le es atribuida por la Constitución al órgano representativo por excelencia, como lo es el parlamento o el congreso, según el caso, el cual a través de las ritualidades procesales correspondientes dicta actos legislativos generales, los cuales son considerados por la forma como leyes en estricto sentido. Sin embargo, se acepta pacíficamente que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad; es decir que materialmente se podrían considerar leyes, pero que en razón del criterio orgánico y la ausencia de representación de quienes los profieren se les considera como mecanismos excepcionales al concepto de ley y de naturaleza administrativa; por lo tanto, actos

administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicista denomina reglamentos, en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional, no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta.

Bajo estos presupuestos, la doctrina administrativista moderna sostiene que los actos de la administración pueden ser normativos y no normativos,¹⁷ entendiendo por los primeros al reglamento y por los segundos el acto administrativo tradicional, típica expresión o manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos individuales que no reviste las características del reglamento.¹⁸ En el derecho administrativo colombiano tanto el reglamento como el acto individual son modalidades del concepto más amplio de acto administrativo; así lo ha entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Por otra parte, aunque al reglamento en cuanto instrumento para el desarrollo de la constitución o la misma ley se le considera también una importante fuente o fundamento sustentador del sistema administrativo.

Esta dicotomía, por lo menos en el derecho administrativo colombiano, no es absoluta. Ante las dificultades procesales generadas por actos de claro contenido normativo, esto es, generales e impersonales, que a su vez crean situaciones de carácter particular, respecto de los cuales se hacía dudoso determinar la acción procedente para su control jurisdiccional, el Consejo de Estado desarrolló la teoría del acto mixto, es decir, como su nombre lo indica, con objeto complejo en cuanto normativo y constitutivo, determinando las vías procesales adecuadas con el fin de impedir la impunidad de estas expresiones de la administración cuando fueren contrarias al orden jurídico y al derecho.

Así las cosas, procederemos a estudiar el contenido, concepto y elementos de estas tres formas básicas del acto administrativo en el derecho administrativo colombiano, no sin antes advertir que la metodología que nos lleva a esta trilogía no es de aceptación pacífica: puede eventualmente ser calificada de imprecisa por quienes separan en su naturaleza al reglamento del acto administrativo;¹⁹ sin embargo, por el desarrollo que ha adquirido en nuestro derecho el concepto

¹⁵ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo, cit., pp. 177 y ss.; GORDILLO. El acto administrativo, cit., p. 50.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 1971, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ, ACE, t. LXXXI, n.os 431 y 432, 1971, p. 443.

¹⁷ LUCIANO PAREJO ALFONSO et al. Manual de derecho administrativo, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998, p. 705.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo, vol. I, cit., p. 533. Puede consultarse la exposición detallada que sobre la diferencia entre norma y acto se efectúa en ALFREDO GALLEGU ANABITARTE et al. Acto y procedimiento administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 29 a 38. Mientras la norma es abstracta y general, el acto es su concreción y singularidad. La norma se integra con el ordenamiento y hace parte de él, mientras que el acto es cumplimiento constitutivo.

¹⁹ LEÓN DUGUIT. Manual de derecho constitucional, Madrid, Beltrán, 1926, p. 100. Se opone el autor a esta categorización porque entiende que materialmente son actos de carácter legislativos en cuanto general y abstracto.

de acto administrativo como comprensivo de ambas modalidades, y sobre todo por las características de nuestra estructura procesal contencioso administrativa, considero oportuno abocar este problema de la forma propuesta.

I. el acto administrativo de contenido individual. concepto

El concepto de acto administrativo de contenido individual, personal o concreto constituye uno de los aspectos de mayor dificultad en la teoría general del acto administrativo. Las diversas corrientes doctrinarias han producido una amplia y antagónica gama de interpretaciones de este fenómeno jurídico administrativo. Algunos autores para su identificación genérica acuden al método de la exclusión, para identificarlo como todo acto jurídico expedido por la administración y sometido al derecho administrativo que ni es reglamento ni mucho menos contrato.²⁰ Sin embargo, dentro de un proceso de adelgazamiento del objeto del concepto, tendiente a darle mayor precisión, la doctrina se adentra en múltiples, apreciables y notables discusiones con el propósito de reducirlo a lo esencial desde diferentes perspectivas. Puesto que el objeto de este trabajo no es entrar en controversias interminables, de manera operacional, y básicamente acudiendo a los trabajos de la jurisprudencia y la doctrina nacionales, hemos adoptado, para efectos de nuestro estudio, el criterio clásico sustancial que se fundamenta en la teoría de la voluntad para conceptuar el acto administrativo, aunque en esta edición el carácter voluntario del acto administrativo individual lo reconducimos a una simple regla general, en cuanto se advierten ciertas situaciones administrativas que, sin ser propiamente emanaciones de voluntad, por simple disposición normativa producen efectos jurídicos.

Entendemos, en este sentido, por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.²¹

A. elementos del concepto de acto administrativo de contenido individual

Desde esta perspectiva son, entonces, cinco los elementos claves para poder llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo de contenido individual.

El primero de ellos hace referencia, por regla general, a la existencia de la figura a partir de un acto positivo, consistente en una expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas. De ahí que el acto se consolida como el principal mecanismo de actuación de la administración, en la medida en que debe contener las respuestas permanentes de la administración para con los asociados. Se trata del medio idóneo y eficaz a través del cual se materializa la legalidad. Desde este punto de vista, constituye una forma institucional de expresión de la administración. Ahora bien, por vía de excepción, el acto administrativo también puede consistir en una omisión, tal y como lo expusimos en el capítulo primero de este tomo y se desarrollará en capítulo posterior.

El segundo consiste en la manifestación realizada por quienes ejercen funciones administrativas, esto es, la expresión de lo querido o deseado conforme a derecho, la cual debe ser de naturaleza unilateral. En el acto administrativo se trata de expresar tan sólo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. En este sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En esto radica precisamente su carácter de unilateral; no significa, sin embargo, esta expresión que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento de formación del acto administrativo. En virtud de la garantía constitucional del debido proceso, establecida en el artículo 29 constitucional, todo sujeto respecto del cual quien ejerce

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo, vol. I, cit., p. 533.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 1993, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO, exp. AC-853. "... en los oficios que se acaban de transcribir está contenida una declaración de voluntad de una entidad pública (Consejo Nacional de Televisión) cuyos efectos son los de impedirle al demandante la transmisión del programa recreativo dramatizado extranjero telenovela 'Cara sucia', por los motivos allí señalados. Estas declaraciones de voluntad reúnen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia demandan para que exista acto administrativo: 1. Declaración de voluntad; 2. De origen administrativo, y 3. Que proyecte sus efectos en el ámbito jurídico [...] Esta corporación, por su parte, ha sostenido que el acto administrativo es esencialmente una declaración de voluntad destinada a producir efectos de derecho. Tiene entre otras consecuencias la de estar sometido al control jurisdiccional (sentencia del 20 de abril de 1983, C. P.: JOAQUÍN VANÍN TELLO) [...] En esas condiciones, se desvirtúa la argumentación del accionante, según la cual no existe 'acto administrativo de ninguna naturaleza, ni siquiera oral por parte de Inravisión o del Ministerio de Comunicaciones, o notificación de ninguna especie en su condición de programador de televisión' [...] Existiendo pues acto administrativo, el accionante puede impugnarlo mediante la vía gubernativa inicialmente, y posteriormente mediante la acción judicial correspondiente". El concepto voluntarista para la determinación del contenido de acto administrativo individual denota seria influencia de los desarrollos materiales del concepto según los trabajos de la doctrina alemana que incorporó para el estudio de la institución la teoría del negocio jurídico. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 3531: "... actos administrativos, conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato

funciones administrativas debe pronunciarse tiene derecho a hacerse parte en la respectiva actuación, a controvertir las pruebas allegadas y solicitar las que considere oportunas. Lo unilateral es, única y exclusivamente, la decisión final, aquella a través de la cual se resuelve de fondo la actuación; aquella que se pueda calificar como acto administrativo.

El tercero señala que el acto administrativo debe ser, básicamente, expresión de voluntad.²² La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función y las normas jurídicas que corresponda aplicar al caso concreto. La declaración de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En este sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede ser otra que la establecida en la norma constitucional, legal o reglamentaria, y que es desarrollada por el intérprete y ejecutor de la administración, para el caso concreto el servidor público o el particular con funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede confundirse con la voluntad del servidor público o del particular que ejerce funciones administrativas. Se trata de dos conceptos de voluntad de contenido y materia diferentes. La voluntad de la administración es institucional, normativa, regulada, emana del derecho.²³ La voluntad del servidor como persona es subjetiva y corresponde a su querer y autonomía, y no guarda relación de ningún género con las funciones públicas que le corresponde ejercer.

Advertimos, a propósito de la voluntad, que la hemos incorporado en la definición operacional propuesta a título

de regla general; es decir, acepto en esta edición del Tratado que, de manera excepcional, determinadas manifestaciones de la administración sean meramente objetivas, productoras de efectos jurídicos por disposición legal. El asunto es fácil de entender en la legislación colombiana. Estaríamos frente a la regla general en relación con la voluntad en los eventos en que la administración debe reconocer un derecho, imponer una sanción, decidir una controversia, otorgar un permiso o una licencia, en fin, cuando se trate de poner término a un procedimiento administrativo.²⁴ Sin embargo, por vía de expresa definición normativa determinadas situaciones jurídicas adquieren vida por simples actuaciones de las autoridades, en donde no interviene en absoluto la voluntad. En este sentido, actos como los de mera certificación o simple conocimiento, actos de información o de comunicación, siempre y cuando creen situaciones jurídicas o impongan obligaciones.²⁵

El cuarto determina que las manifestaciones unilaterales de voluntad no sólo pueden provenir de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que les hubieren sido atribuidas funciones administrativas. **El ejercicio de otras funciones –legislativas o judiciales–, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serían actos administrativos; y lo contrario: si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público o por particulares producirá, por excepción, actos administrativos.** Se trata, sin duda alguna, del mejor ejemplo de articulación entre los criterios material y formal al interior del concepto de acto administrativo. En esta perspectiva, el acto administrativo podría ser producido, por regla general, por los órganos del poder ejecutivo, y por regla de excepción, por las autoridades legislativas, judiciales o de las entidades autónomas e independientes, e incluso por los

la voluntad o la inteligencia [...] Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados...". En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, C. P.: MANUEL S. URUETA A., exp. 5064.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo exp. 1725, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ: "Voluntad administrativa. Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo".

²³ DUGUIT. Manual de derecho constitucional, cit., p. 99. DUGUIT es supremamente claro en este aspecto: sostiene precisamente que si el acto administrativo individual es manifestación de voluntad, en cuanto ostenta doctrinalmente el carácter de acto jurídico, esa voluntad no puede estar distanciada en un Estado de derecho de la ley y del derecho objetivo. Se trata de una condición fundamental para deslindar esta voluntad de la personal del servidor público.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 3531: "También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo, y a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares de servicio, cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero jamás tienen la virtualidad de obligar; por ejemplo, los conceptos de los asesores jurídicos, los certificados de tiempo de servicio. Puede ocurrir que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio,

particulares, cuando les hubieren sido atribuidas funciones administrativas.

El quinto caracteriza al acto administrativo por su naturaleza decisoria, esto es, por poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido.²⁶ En consecuencia, si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un acto administrativo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al indicar: “El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en derecho. Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho...”²⁷ **Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas no es decisoria, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración, pero no un acto administrativo de contenido individual. La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.**

B. características del acto administrativo de contenido individual

1. carácter ejecutivo y ejecutorio

La consecuencia directa y caracterizadora del acto administrativo de contenido unilateral, surgida a partir de la exigencia decisoria que emana de su concepto, es la de que se traduce en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva, lo que implica para las autoridades la generación, por consecuencia, de obligaciones unilaterales o de realización de las operaciones materiales indispensables, con el propósito de hacer eficaz o ejecutorio en el ámbito externo de la administración lo dispuesto en el acto correspondiente. Esta prerrogativa de poder, desarrollada en el derecho francés, básicamente a partir de los trabajos de HAURIOU²⁸, como una acción de oficio de la administración, se ubica modernamente, en nuestra opinión, en las razones sustentadoras del principio de autotutela que rige a la administración pública²⁹. La administración no se puede satisfacer exclusivamente con la simple existencia del acto administrativo. La decisión no puede quedar al interior de la administración. Los potenciales efectos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no sólo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos³⁰.

Para que el acto administrativo sea eficaz se requiere que la administración agote, previamente, los procedimientos dirigidos a su exteriorización, con el fin de producir efectos en el mundo del derecho. En este sentido, la exteriorización

trátase de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables, por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo...” En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, C. P.: MANUEL S. URUETA A., exp. 5064.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo, vol. I, cit., p. 537. El autor otorga un tratamiento no absoluto al elemento de la voluntad en el acto administrativo individual; sostiene, retomando los trabajos de ZANOBINI, que también el acto puede ser la manifestación de juicio, conocimiento o deseo de la administración.

²⁶ ERNESTFORSTHOFF. Tratado de derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 282: “... el acto administrativo es un concepto jurídico, que tiene que cumplir una función dentro del derecho. Pero sólo puede comprender aquellos actos de los que emana directamente un efecto jurídico...”

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987, exp. 549, C. P.: HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE. En igual sentido, Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588, C. P.: YESID ROJAS S.: “... es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional...” Sección Segunda. Sentencia del 18 de diciembre de 1991, exp. 3936, C. P., ÁLVARO LECOMPTE LUNA. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO: “La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos interorgánicos...” En similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 5064, C. P.: MANUEL S. URUETA A.

²⁸ ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ. El acto ejecutivo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 337 y ss.



no es otra cosa que el ánimo de declarar, trasladar al mundo exterior, por los medios legales, lo decidido. Se lleva a cabo, de esta forma, la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico por el acto administrativo se cumplan frente a sus destinatarios; en caso contrario, nace irremediamente la obligación de imponerlos de manera unilateral por la administración, en virtud de la fuerza ejecutoria que de ellos emana.³¹

Significa esto que lo ejecutorio del acto depende de su firmeza y publicidad. Las decisiones administrativas carentes de esta característica esencial para su eficacia no pueden ser sometidas de manera válida a procedimientos u operaciones ejecutorias. El debido proceso se encontraría comprometido frente a actitudes como estas, en cuanto que lo que se observa de las operaciones tendientes a lograr la firmeza de los actos administrativos no es otra cosa que la consolidación de un amplio campo de garantías para la debida defensa y contradicción de la decisión adoptada.

2. carácter irretroactivo

Una segunda consecuencia, igualmente directa y rectora del acto administrativo una vez producido, es la de su carácter irretroactivo. Esto es, que por regla general tan sólo produce efectos jurídicos hacia el futuro, una vez se ha hecho ejecutorio. En este sentido, no se acepta que pueda producir efectos con anterioridad a su vigencia. En el plano doctrinal, las razones para esta consecuencia del acto administrativo se fundan no sólo en motivos jurídicos, en cuanto que el acto es la expresión del poder público institucionalizado, es decir, que constituye un importante instrumento del Estado de derecho para la creación, modificación y extinción del ordenamiento, sino también de oportunidad y conveniencia, en la medida en que las relaciones jurídicas del Estado constitucional deben procurar seguridad y estabilidad para los asociados.³²

En este sentido, la irretroactividad del acto administrativo reclama para el Estado de derecho el principio de la certeza jurídica, que invita a las autoridades a respetar el ordenamiento jurídico vigente en materia de situaciones jurídicas individuales, impidiendo que los actos creadores de las mismas sean por regla general modificados retroactivamente por disposiciones posteriores, e incluso que

a futuro se pueda prever que un derecho reconocido quede a la voluntad de la administración para efectos de su revisión, o que una disposición de carácter general pueda crear situaciones jurídicas para los asociados frente a fenómenos históricos, o hechos regidos por un ordenamiento jurídico vigente al momento en que sucedieron.

El Consejo de Estado colombiano le otorga a la retroactividad de las decisiones un carácter estricto y excepcional. Sostiene que la regla general en nuestro medio es la de la irretroactividad del acto administrativo, tan sólo susceptible de excepción por expreso mandato legal. Al respecto la corporación indicó: “... de la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los Actos Administrativos, los cuales no pueden surtir efectos con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado, y siempre con base en una autorización legal...”.³³

C. ausencia de uniformidad conceptual sobre el acto administrativo de contenido individual. pluralidad doctrinal sobre la materia

Ahora bien, la teoría voluntarista, que ha sido la recogida por nuestra jurisprudencia, y sobre la base de la cual se elaboró operativamente el concepto de acto administrativo analizado, no ha tenido recepción pacífica en la teoría administrativista. Un importante grupo de expositores, que podríamos denominar defensores de la teoría “declaracionista” del acto administrativo, sostiene que el acto administrativo no es más que cualquiera de aquellas declaraciones de un órgano estatal, en cumplimiento de los cometidos encomendados a la función administrativa, proscribiendo cualquier referencia al elemento voluntad en la noción de acto administrativo.

Al respecto sostiene GORDILLO, defendiendo la tesis según la cual el concepto voluntarista resulta a todas luces equivocado: “... dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de fin, por lo que no se toman en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo, vol. I, cit., pp. 481 y ss.

³⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE. La ejecutoriedad del acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, pp. 49 a 55.

³¹ Ibid., p. 52.

³² GARCÍA-TREVILJANO FOS. Los actos administrativos, cit., pp. 350 y ss.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de diciembre de 1984, C. P.: ÁLVARO OREJUELA.

de ello incluidos en dicho concepto”. La noción de acto administrativo, en consecuencia, según este tratadista, no podría darse sobre conceptos a priori. Debe estar fundada en la experiencia y determinada por el “fin” perseguido, el cual se pretende llenar con el acto administrativo. Tal razón lo lleva a proponer que el acto, como una simple declaración, es suficiente: “si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento-atestación o certificación), opinión y juicio”.³⁴

Se pretende fundamentar la teoría del acto administrativo en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría “voluntarista” y proponiendo la “manifestacionista”, en la medida que con aquella se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples “manifestaciones de conocimiento”.

Desde el punto de vista doctrinal, insistimos, son muchas las posiciones que los expositores adoptan respecto del concepto de acto administrativo, algunas de ellas tomando como punto de partida el elemento voluntarista, y algunas otras fundamentadas en aspectos que, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos que explican, consideran de la mayor importancia. Para tener una idea de estos diversos conceptos doctrinales hemos escogido los siguientes que consideramos representativos.

El argentino JUAN CARLOS CASSAGNE entiende por acto administrativo “ Toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto...”; agrega que “el acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios”,³⁵ y considera igualmente que el acto administrativo constituye una declaración, habida cuenta que traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la administración.³⁶

El italiano RENATO ALESSI, apartándose de la concepción

tradicional del acto administrativo, propone y desarrolla la teoría del “acuerdo administrativo”, la que equivale a la “manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte para satisfacción de intereses públicos concretos confinados a la misma”³⁷. Según ALESSI, no es conveniente hacer una teoría unitaria del acto administrativo. “...Es necesario, con el fin de construir una teoría orgánica que resulte útil, aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de los actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos, de forma que las teorías menores que se refieren a categorías menores se presenten como meras teorías complementarias referidas a categorías meramente accesorias y complementarias de la actividad”.³⁸ De esta forma, ALESSI llega a la conclusión de que la suma de todos los actos constituye lo que generalmente podría considerarse actos de la administración, pero que tan sólo un sector de esos actos cumplen las condiciones antes señaladas, a los cuales se les debe denominar acuerdos administrativos –término que en estricto sentido es el acto administrativo entre nosotros–. La teoría del acuerdo administrativo contempla como elemento básico y esencial el de la voluntad del órgano encargado de generar el poder soberano, precisamente bajo la condición de que sea “la voluntad de ejercer un poder”³⁹. El proceso de formación del acuerdo comprende un doble momento: “Por un lado, el de la valoración compartida del interés a satisfacer y del medio idóneo; de otro lado, el momento de la volición, con respecto a la realización del interés valorado, mediante la adopción del medio elegido”.⁴⁰

Para VEDEL, al igual que para la gran mayoría de la doctrina francesa, el acto administrativo se recoge en la denominada decisión ejecutoria, la cual consiste en vincular la decisión con la ejecución. “Entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración, la más característica es, sin duda, la de poder adoptar decisiones ejecutorias, es decir, hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos [...] Las decisiones

³⁴ GORDILLO. El acto administrativo, cit., p. 60.

³⁵ CASSAGNE. La ejecutoriedad del acto, cit., pp. 55 y 62.

³⁶ *Ibid.*, p. 54.

³⁷ ALESSI. Instituciones, cit., t. I, p. 256.

³⁸ *Ibid.*, p. 249.

³⁹ *Ibid.*, p. 252.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 251.

ejecutorias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos...”.⁴¹ Los conceptos anteriores llevan al autor a definir el acto administrativo como “una decisión ejecutoria de un acto jurídico emitida unilateralmente por la administración, con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere...”.⁴²

ESCOLA, mientras tanto, entiende por acto administrativo “... una declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos...”. Agrega que de acuerdo con esto “... quedan excluidos los reglamentos y los contratos administrativos, que no deben ser considerados actos administrativos”.⁴³

SAYAGUEZ LASO, por su parte, considera el acto administrativo como “La declaración unilateral de voluntad de la administración que crea efectos jurídicos subjetivos...”.⁴⁴

GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS definen el acto administrativo como “... una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminado a producir, por vía de autoridad, un efecto de derecho para la satisfacción de un interés administrativo...”.⁴⁵

CRÉTELLA JUNIOR, al definir el acto administrativo, lo explica como “... una especie de los actos jurídicos...”, que contienen en su formación y expedición claros elementos de particularísimo origen que los hace diferentes de éstos. Los actos administrativos, agrega, “Son producidos normalmente por autoridades administrativas. Así, por excepción, pueden nacer de la iniciativa de autoridades públicas o de otros poderes y, excepcionalmente, en casos anormales, de personas privadas, que tienen por objeto materia administrativa...”. Agrega el profesor de la Universidad de São Paulo que por acto administrativo debe entenderse “... toda manifestación de voluntad del Estado, a través de sus representantes, en el

ejercicio regular de sus funciones, o por cualquier persona que detente en sus manos fracción de poder reconocida por el Estado, y que tenga por finalidad inmediata crear, reconocer, modificar, resguardar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, en materia administrativa...”.⁴⁶

Entre nosotros, TAFUR GALVIS considera que el acto administrativo “... es una declaración de voluntad que genera efectos en el ámbito del derecho...”.⁴⁷ Explica TAFUR su concepción del acto administrativo indicando que, “... dentro de la teoría general del derecho administrativo, el acto administrativo siempre se ha tipificado como una decisión, inclusive se dice: decidir es el verbo informador del acto administrativo. Si no hay una decisión, una imposición de conducta de manera obligatoria no se estará, en principio, ante un acto administrativo. Esa decisión naturalmente en la que exterioriza un proceso de voluntad. Proceso de voluntad que en el ámbito del derecho público se dirige al ejercicio de la función administrativa y se dirige, en últimas, al cumplimiento de la voluntad estatal expresada en el ordenamiento jurídico...”.⁴⁸

Por último, BREWER-CARÍAS señala lo siguiente sobre el acto administrativo: “Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal, por los órganos del poder judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de derecho en una situación jurídica general...”. Fundamenta su concepto en que la noción de acto administrativo “sólo puede resultar de una combinación de criterios orgánico, formal y material, y nunca puede condicionarse al cumplimiento de una función específica del Estado...”.⁴⁹

⁴¹ GEORGES VEDEL. Derecho administrativo, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 139 y 140. Puede consultarse igualmente a PROSPER WEIL. Derecho administrativo, Madrid, Civitas, 1994, p. 85. La decisión ejecutoria no es otra cosa que toda manifestación de voluntad de la administración con el objeto de producir efectos jurídicos. No hay decisión ejecutoria cuando el acto no modifica el ordenamiento jurídico. RIVERO. Derecho administrativo, cit., pp. 100 y ss.

⁴² VEDEL. Ob. cit., p. 146.

⁴³ ESCOLA. Tratado, cit., p. 43.

⁴⁴ SAYAGUEZ LASO. Tratado, cit., p. 143.

⁴⁵ GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS. Derecho administrativo, cit., p. 14.

⁴⁶ CRÉTELLA JUNIOR. Ob. cit., supra, nota 35, p. 127.

⁴⁷ TAFUR GALVIS. “Evolución”, cit., p. 5.

⁴⁸ ID. “El concepto de acto administrativo”, cit., p. 186.

⁴⁹ BREWER-CARÍAS. “Ley orgánica”, cit., pp. 208 y 209; igualmente puede estudiarse la definición de este autor en “El recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos individuales” (cit., p. 84): “Ante todo debo señalar que, en mi criterio, no es posible utilizar un criterio único

D. elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo de contenido individual

Para que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido deben concurrir una serie de elementos esenciales que en su conjunto constituyen verdaderas piezas articuladoras, tendientes a la obtención de decisiones acordes con el ordenamiento jurídico. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura provoca la configuración de vicios que pueden afectar la legalidad del acto administrativo. En este sentido, es posible afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales se configuran las irregularidades o “enfermedades del acto”; de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento del mismo, por parte del intérprete o de quien se aproxime a su análisis o pretenda incluso su aplicación real o efectiva.⁵⁰

En el plano teórico podemos agrupar los elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo en tres importantes grupos: el primero que es el que recoge los elementos externos del acto, entre los que podemos señalar el sujeto activo que comprende la competencia y la voluntad; los sujetos pasivos y las denominadas formalidades del acto. El segundo, el cual aborda sus elementos internos, tales como el objeto, los motivos y la finalidad del mismo. Y el tercero que estudia, básicamente, el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo.⁵¹

1. sujetos

En toda actuación administrativa de formación y de ejecución de un acto administrativo intervienen tres sujetos de derecho: la administración o quien cumple funciones administrativas;

la persona u órgano que se relaciona con ésta, y que en últimas es a quien van dirigidas las estipulaciones jurídicas contenidas en la manifestación de la autoridad administrativa; y por último, el Ministerio Público, quien, puede intervenir en toda actuación judicial o administrativa. El acto administrativo es, como lo hemos visto, una manifestación de decisión, es decir que tan sólo interviene en su construcción la voluntad de la administración, imponiéndose incluso contra el querer del sujeto pasivo de la decisión. Desde este punto de vista, encontramos que al primero de los sujetos intervinientes en el contexto del acto administrativo lo podemos identificar como un sujeto activo, impulsor necesario de la actividad procedimental y ejecutor unilateral de lo decidido; el segundo, sujeto pasivo, en cuanto depositario del objeto y la finalidad de la decisión; y el tercero, simplemente Ministerio Público o interviniente en favor de la legalidad y defensa de los intereses comunitarios. Por otra parte, en tratándose del sujeto pasivo se pueden dar las figuras de los terceros determinados e indeterminados, e incluso de los agentes oficiosos, tal como se estudiará a propósito de los sujetos en el procedimiento de formación del acto administrativo.

a. sujeto activo

El sujeto activo es, por regla general, el depositario de la competencia necesaria para crear el acto administrativo. Esto es, el órgano del Estado, el servidor público o el particular revestido de funciones administrativas para adoptar decisiones de manera unilateral tendientes a crear, modificar o extinguir el mundo jurídico. Lo denominamos activo en la medida que en el ejercicio de sus facultades profiere y posiblemente ejecuta el llamado acto administrativo.⁵²

Los sujetos activos pueden ser o no de derecho público. Los adelantos suscitados en la ciencia jurídica con el fin de ampliar los marcos conceptuales para el ejercicio de la función administrativa han llevado a que los particulares, igualmente, ejerciten funciones administrativas.⁵³

para definir el acto administrativo. La heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige...”; ID. El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos, Caracas, Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos n.º 16, 1992, p. 141.

⁵⁰ BRANDÃO CAVALCANTI (Teoría, cit., p. 62) sostiene, al pretender calificar los elementos del acto administrativo, que entiende por ellos los mismos que los actos jurídicos en general, apenas con las peculiaridades propias de la naturaleza de la actividad administrativa. Así ocurre con la forma de manifestación de la voluntad, la declaración de los motivos, la determinación de las causas, la definición de competencias, y las exigencias formales para la validez del acto.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE ⁴⁶ BARRERO, exp. 5373: “Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”.

⁵² FRAGA. Derecho administrativo, cit., p. 267: “El sujeto del acto administrativo es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal...”. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. El procedimiento administrativo, Madrid, Abella, 1964, pp. 191 y ss. REGIS FERNÁNDES DE OLIVEIRA. Ato administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 52.

⁵³ MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. Derecho procesal administrativo, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984, p. 6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 24 de septiembre de 1971, C. P.: HUMBERTO MURCIA BALLÉN, ACE, t. LXXXI,

Conforme a lo anterior, entrar al estudio del sujeto activo implica abordar, en estricto sentido, el problema institucional del ejercicio del poder administrativo, el cual irremediablemente implica la intervención de personas naturales que interpretan y aplican el ordenamiento jurídico público; esto es, que los actores directos del Estado son simples personas naturales que actúan ante la carencia de entidad corporal de los órganos públicos para el cumplimiento de sus atribuciones.⁵⁴ Por otra parte, del hecho indiscutible de ser los portadores y voceros de la institucionalización del poder, de los sujetos activos a través de sus voceros, se deben predicar dos importantes elementos básicos dentro del contexto de la legalidad, que en la práctica se tornan en las columnas sustentadoras de su carácter de entes actores dentro de la estructura del acto administrativo. Estos elementos no son otros que la competencia y la voluntad.

La competencia. La competencia para proferir y ejecutar los actos administrativos constituye un importante sinónimo del concepto jurídico de capacidad, en cuanto aptitud atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento a entes públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa. Se reconoce doctrinalmente que la capacidad, en tratándose de la teoría del acto administrativo, se traduce en términos de competencia. En este sentido, será capaz la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, estando en consecuencia viciado de nulidad el acto proferido por aquellos sujetos que no tenga competencia legalmente atribuida, es decir, que carezcan de capacidad jurídica para la expedición de un acto administrativo. Por lo tanto, es capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente para la elaboración de una decisión administrativa o el ejercicio de una función.⁵⁵

La competencia administrativa se mide por la cantidad de poder o funciones depositados en un órgano o en un particular y que los habilita para elaborar y expedir un acto administrativo; no es, por lo tanto, absoluta; debe en todos

los casos aparecer cierta y limitada, de manera que facilite al servidor público o al particular su ejercicio y garantice al administrado la seguridad jurídica necesaria frente al ejercicio de los poderes públicos. Las normas determinantes de la competencia deben ser de existencia anterior a la expedición del acto administrativo; de lo contrario, la legalidad del proceso administrativo (debido proceso, art. 29 C. P.) resultaría violentada, en detrimento no sólo de los derechos de los administrados, sino también del mismo ordenamiento jurídico, generando inseguridad, inestabilidad y ausencia total de credibilidad institucional.

La competencia se torna, en este sentido, en un importante presupuesto para la validez del acto administrativo, en la medida que permite a quien ejerce las funciones administrativas actuar dentro de los linderos del principio de legalidad. La determinación del grado de competencia que corresponde a cada sujeto es, ante todo, un problema del derecho positivo, el cual acude a importantes criterios doctrinales para delimitar con precisión el ámbito funcional o capacidad de actuación de cada sujeto administrativo: entre otros, podemos destacar como determinantes de la competencia los que tienen como punto de partida el grado, la materia, el territorio y eventualmente el tiempo.⁵⁶

La primera se refiere al lugar que ocupa dentro de la estructura de la administración un sujeto con funciones administrativas. Corresponde al grado jerárquico administrativo de la autoridad. La segunda analiza la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad. La tercera implica un acercamiento al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden. El último criterio aborda la problemática de la competencia a partir de las oportunidades temporales que tiene un sujeto activo de la administración para proferir determinados actos.

Por otra parte, la competencia debe ser expresa, irrenunciable,

n.os 431 y 432, año XLVII, p. 224; respecto del sujeto activo sostuvo la corporación que ellos podrían ser: “Personas u órganos distintos de la administración, si actúan en función administrativa”.

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ. Ob. cit., supra, nota 16, p. 191. El reclutamiento de personal adecuado para la eficacia de los órganos administrativos ha llevado a la doctrina a plantear la teoría de *The Right Man for the Right Place*, consistente en que cada funcionario o clase de funcionarios debe ocupar el puesto o puestos de la organización más adecuados a la función para la que hayan sido reclutados. Véase ALBERTO CARRO MARTÍNEZ. “La organización de la administración española y el artículo 35 de la ley de procedimiento administrativo”, en FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, Antología de textos, 1958-1970, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1972, pp. 207 y 208.

⁵⁵ BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoría*, cit., supra, nota 1, pp. 66 y 67.⁵⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ, ACE, t. LXXX, n.os 429-430, 1971, p. 367; dijo la corporación: “1. Órgano competente: el acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa, además, el órgano de la administración debe actuar dentro del límite de su competencia”. Consúltese, así mismo, ESCOLA. *Tratado*, cit., pp. 44 y 83: “La competencia de un órgano administrativo surge de la ley [...] se halla encuadrada y limitada por esas mismas normas legales [...] es improrrogable; no debe ser delegada o sustituida en favor de otro órgano administrativo distinto, sino cuando la misma ley autoriza [...] surge en razón del grado, de la materia, del territorio o del tiempo”. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, pp. 534 y ss.; clasifica este autor la competencia según la materia, el lugar, el grado, el tiempo, la necesidad y la eventualidad, interinidad o externidad, de la competencia

improrrogable y excepcionalmente delegable, no negociable por la administración, y de estricto cumplimiento en procura de la satisfacción de los intereses generales y en beneficio del ordenamiento jurídico. La competencia es, entonces, la materialización misma de la legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que la administración se encuentra invariablemente ligada constituyendo, así mismo, el sendero o cauce preciso y claro del actuar administrativo.⁵⁷

La voluntad. La voluntad es presupuesto y elemento esencial para la existencia del acto administrativo. Para todos los efectos se debe entender que se trata de la voluntad de la administración y no de quien ejerce la vocería de la misma. Los sujetos activos del acto administrativo son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta en la norma positiva. Desde este punto de vista, la voluntad del intérprete o persona natural con funciones administrativas está siempre al servicio de la objetiva voluntad de la administración. La conjunción de las dos voluntades permite identificar todo un proceso subjetivo de materialización de la voluntad efectiva de la administración, al interior de la misma y con la indiscutible participación de las personas naturales que interpretan su base jurídica.⁵⁸

La existencia del acto implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración al cual deben concurrir sus requerimientos fundamentales, para que éste se proyecte con la plenitud de sus efectos en el mundo jurídico-administrativo. Los vicios a que pueda dar lugar la entrada en vigencia de un acto administrativo tienen precisamente su origen en anormalidades, estructuradas principalmente en su formación, como efecto indiscutible de omisión o quebrantamiento de requisitos imprescindibles: con razón

sostiene la doctrina que la “celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible que no puede fraccionarse; por eso, en dicha celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica”.⁵⁹

Lo expuesto nos permite concluir que para la estructuración y vigencia de un acto jurídico, con efectos en el ordenamiento administrativo, se presenta lo que pudiera llamarse un “proceso de elaboración”, el cual, por sus caracteres, es único e indivisible, en la medida que para producirse un acto administrativo la tramitación tendiente a su resultado es una sola, sin lugar a divisiones que interrumpen su culminación.

Este proceso de la elaboración del acto presenta las siguientes etapas: una primera, que podría conocerse como la de la fase interna, que a su vez comprendería la intención de acto administrativo y la de estructuración o materialización del mismo; y una segunda, que fácilmente podríamos denominar fase externa y estaría conformada por la totalidad de los pasos tendientes a la exteriorización de la actuación.⁶⁰

Proceso interno o de formación de la voluntad. Se configura esta etapa con la totalidad de las actuaciones que se desarrollen dentro del órgano administrativo y que determinen la formación de la voluntad de la administración; esta fase se caracteriza porque el resultado obtenido no puede producir efectos jurídicos de manera inmediata. La administración pública no queda vinculada frente a terceros. Las decisiones producidas respecto a los derechos subjetivos, o situaciones generales, se encuentran en suspenso, bien podríamos decir, se ubican de manera exclusiva al interior de la administración.⁶¹

personal, de la competencia conjunta o alternativa; de la competencia casuística y genérica y especial, exclusiva y excluyente, concurrente (t. II, pp. 386 y ss).

⁵⁷ GARCÍA-TREVIJANO FOS. Los actos administrativos, cit., p. 123.

⁵⁸ PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA. Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1971, pp. 359 y ss.; JEAN CARBONIER. Derecho civil, t. I, pp. 186 y ss.; ERNESTO CEDIEL ANGEL. Ineficacia de los actos jurídicos, parte primera; DIEZ. “Actos administrativos”, cit., pp. 327 a 351; SARA EILER RAUCH. La formación del consentimiento en los contratos, Santiago, Nacimiento, 1935, pp. 40 y ss.; CELIA E. GALLO DE POMPONE. “La voluntad en el acto administrativo”, en Acto y procedimiento administrativo, Buenos Aires, 1975, pp. 58 y ss.; A. RIAG. La voluntad en la formación del acto jurídico, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965; GARCÍA-TREVIJANO FOS. Los actos administrativos, cit., p. 137. En el proceso de formación del acto administrativo se observa un doble fenómeno de imputación: la psicológica del funcionario, y la jurídica que rige para el correspondiente órgano, la cual debe ser interpretada y aplicada con la interacción de la psíquica del servidor público.

⁵⁹ ARTURO ALESSANDRI BESA. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949, p. 102.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1964, C. P.: CARLOS GUSTAVO ARRIETA, ACE, t. LXIII, n.os 405 y 406, p. 308; RIAG. La voluntad, cit., p. 7; GALLO DE POMPONE. “La voluntad”, cit., supra, nota 122, p. 58: “En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración o exteriorización [...] La expresión voluntad no tendrá para el acto administrativo un significado psíquico real, sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esta voluntad...”.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1964, C. P.: CARLOS GUSTAVO ARRIETA, sobre este

La intención se produce necesariamente en todo órgano estatal capaz de ejercer funciones administrativas. Se caracteriza por ser la fuerza impulsora de los elementos que confluyen en la estructuración de la voluntad de la administración durante el proceso de elaboración del acto administrativo. Podríamos identificarla como un elemento previo a la formación de la voluntad. Es un momento anterior, preparatorio de la voluntad administrativa; es un fenómeno estrictamente psíquico en la medida que se produce en las personas que evalúan y dirigen la actividad de los órganos administrativos y que en consecuencia “piensan” de acuerdo con las directrices emanadas del principio de legalidad y de las finalidades de la función administrativa. En la práctica, quien ejerce la función administrativa no es más que un intérprete de la voluntad potencial del Estado, establecida en la norma jurídica.⁶²

La intención es el elemento psíquico precedente que prepara la voluntad de la administración, razón esta que nos lleva a afirmar que la misma se caracteriza por su interioridad e irrelevancia jurídica; precisamente, MANUEL MARÍA DÍEZ sostiene: “Las intenciones que no son exteriorizadas y permanecen como internas del órgano agente son para la administración pública jurídicamente irrelevantes, ya que no permiten registrar la voluntad real del órgano”.⁶³

Dentro de la fase interna la compleja materialización de la intención y demás elementos recopilados por la administración llevan a la constitución de la decisión de la administración, pero caracterizada por carecer del poder de oponibilidad frente a terceros.

La fase externa o de exteriorización. Es la proyección al exterior del órgano de las elaboraciones producidas dentro del mismo; es conocida también como la etapa de la declaración de voluntad. La decisión adoptada por quien ejerce funciones administrativas –voluntad– no produce por sí sola los efectos que la administración espera; se hace

indispensable que aquel fenómeno interior se exteriorice, para lo cual se necesita acudir a procedimientos externos que lo hagan conocer, los cuales no pueden ser otros que los tendientes a producir verdaderas declaraciones, las cuales una vez realizadas convierten el “pre-acto” en acto, es decir, le imprimen la fuerza relevante, suficiente para producir los efectos jurídicos esperados.

La exteriorización puede ser real, cuando la realiza la administración expresamente, o presunta (caso este conocido como del silencio administrativo por el solo hecho del transcurso del tiempo). Por lo que hace a la exteriorización real, esta se realiza mediante la comunicación, notificación, publicación o ejecución de acuerdo con lo establecido en el respectivo ordenamiento. Mientras no se emplee el medio legal adecuado, la administración puede incluso modificar sus decisiones en razón de que, como ya lo habíamos anotado, la decisión interna aún no tiene vida jurídica frente a terceros, sino frente a la misma administración.⁶⁴

b. sujeto pasivo

El sujeto pasivo es aquel sobre quien recaen los efectos del acto y quien, en consecuencia, ve alteradas las relaciones jurídicas que lo vinculaban con la administración, sus derechos o intereses. Puede ser una persona nacional o extranjera, natural o jurídica, de derecho público o privado, incluso de la misma administración, si se trata de las relaciones interadministrativas.

Lo anterior de ninguna manera implica que estemos aceptando una posible formación bilateral del acto administrativo, negando de plano nuestra teoría del carácter estrictamente unilateral del mismo. Tan sólo estamos haciendo notar que la proyección de la exteriorización del acto recae de manera necesaria sobre un algo que identificamos precisamente como el sujeto pasivo.⁶⁵

aspecto dijo lo siguiente: “El primero se surte en el interior de la administración, y mientras no se haya terminado la hipotética providencia no engendra ni siquiera una expectativa de derecho”.

⁶² BRANDÃO CAVALCANTI (Teoría, cit., p. 36) sostiene que no es unánime la doctrina en aceptar, tal y como lo hemos hecho en la presente obra, la existencia de un proceso subjetivo de formación de la voluntad de la administración. Tratándose de las personas jurídicas, indica el autor: “... hay un cierto escrúpulo en insistir en la existencia de un proceso evolutivo, que presupone también un proceso psicológico que no puede existir en una persona jurídica...”.

⁶³ DÍEZ. “Actos administrativos”, cit., p. 335; igualmente, EILER RAUCH. La formación del consentimiento, cit., pp. 40 y ss.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 30 de octubre de 1964, cit., supra, nota 124; en igual sentido, pueden confrontarse, entre otras, las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 20 de enero de 1972, ACE, t. LXXXII: “Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo, es que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativa [...] [D]onde no hay declaración de voluntad de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo”; sentencia del 10 de octubre de 1974, salvamento de voto, C. P.: MIGUEL LLERAS PIZARRO. ACE, t. LXXXVII, n.os 433 y 434: “Todo acto administrativo está destinado a producir efectos por ser manifestación de la voluntad del administrador que obliga la conducta de alguno o algunos o todos los gobernados. Por tanto, es esencial para que exista que los obligados reciban noticia sobre tal acto [...] [S]i esa manifestación de

c. Ministerio Público

Eventualmente, esto es, en los casos en que lo considere necesario, el ministerio público puede intervenir en cualquier tipo de actuación administrativa en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses de la sociedad.

2. objeto

El objeto consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él. Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico por modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo. El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupa el acto administrativo jurídicamente. Como ilustra TAFUR, el objeto es precisamente lo que se decide en el acto; es el contenido del acto. Debe corresponder en su materialidad a la función administrativa, no sólo a la ejercida por el poder ejecutivo, sino por todos los que constitucional o legalmente pueden ejercer este tipo de actividad.⁶⁶ Con todo lo anterior, sin embargo, la doctrina tradicionalmente ha diferenciado el objeto del llamado contenido del acto, considerando a este último como un elemento autónomo.⁶⁷ En nuestro concepto, se trata de elementos complementarios, coadyuvantes y estrechamente vinculados. Mientras el primero consiste en el efecto que se persigue, el segundo sería la materia en la que se estructura el acto. Como se observa, esta distinción no hace más que resaltar aspectos de un mismo concepto: el del objeto del acto administrativo. El objeto debe ser lícito, posible y existente.

Se infiere con facilidad –no obstante la relación y coordinación que existe entre todos los elementos del acto administrativo– que el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con ésta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades, sobre lo que pueden válidamente ocuparse las autoridades.⁶⁸

3. causa o motivo

El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que en un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo, y básica para garantizar el debido proceso y la defensa de las personas relacionadas con la administración, al igual que la transparencia en la actividad pública.⁶⁹

En el anterior sentido, la máxima corporación de lo contencioso administrativo se ha pronunciado, sosteniendo que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas de las discrecionales, por cuanto en aquéllas las mentadas circunstancias están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento, mientras en éstas la administración goza de un margen de acción para decidir. Las circunstancias de hecho o de derecho que provocan la emisión de un acto administrativo constituyen la causa o motivo del mismo.⁷⁰

Estudiar los motivos del acto, como señala JOSSERAND, no es más que “... penetrar hasta la esencia misma del derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: [...] ya que los móviles no son otra cosa [...] sino los resortes de la voluntad, la cual a su vez da vida al derecho...”⁷¹ A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de éstos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.

voluntad, aun elaborada con competencia legal, se mantiene en el ámbito de lo confidencial no puede aspirar a que produzca efectos y así no puede tenerse por acto administrativo completo”; auto del 20 de mayo de 1975, C. P.: JUAN HERNÁNDEZ, ACE, t. LXXXVIII, n.os 445 y 446: “La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación”.

⁶⁵ Se puede analizar este carácter unilateral del acto en DÍEZ. El acto administrativo, cit., pp. 51 y 52; ID. “Noción conceptual”, cit., pp. 265 a 267; ACOSTA ROMERO. “La unilateralidad”, cit., pp. 22 y ss.

⁶⁶ TAFUR GALVIS. “El concepto de acto administrativo”, cit., p. 188; CRETILLA JUNIOR. Curso, cit. p. 182: “Es el efecto práctico que, en la órbita administrativa, el sujeto pretende alcanzar a través de su acción directa o indirecta, es la propia sustancia del acto, su contenido”. BRANDÃO CAVALCANTI. Teoría, cit.: “El objeto es la cosa o hecho a ser prestado, es, como decíamos, el propio contenido de la obligación, el derecho creado por el acto administrativo...”. La doctrina italiana diferencia entre objeto y contenido; mientras el primero consiste en la actividad o la cosa respecto de la cual se dispone jurídicamente, el contenido es todo aquello que la administración dispone, ordena, permite o certifica. Véase a este respecto, LANDI y POTENZA. Manuale, cit., p. 224.

⁶⁷ SAYAGUEZ LASO. Tratado, cit., p. 444.

ALBERTO RAMÓN LEAL prefiere referirse a este elemento como el de la “fundamentación”, en razón de que hay que darle al concepto “toda la amplitud que tiene en la realidad jurídica, que va más allá de los llamados motivos”. El alcance del concepto de fundamentación es amplio y abarca los motivos en sentido muy amplio: “las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión, y pueden consistir en fundamentos de derecho o en hecho”.⁷²

El derecho positivo colombiano obliga por regla general⁷³ a la motivación del acto, sea éste reglado o discrecional. En este último caso, porque se parte de la idea de que lo discrecional debe necesariamente tener una base legal. Dentro de la primera clase de actos, es decir, los reglados, la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial, cuando se indica de manera sumaria las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición. Esto es, porque hay actos, sobre todo el de carácter general, cuya razón está dada generalmente por el simple ejercicio de una norma de competencia. En otras oportunidades, por el contrario, se está determinando o controvirtiendo derechos subjetivos; por esta razón su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos utilizados por la administración.

4. finalidad

Todo acto administrativo debe perseguir el cumplimiento de

unas específicas finalidades, lo que implica que, al dictarse, debe procurar hacerse con la orientación indicada para lograr el fin propuesto; esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas que el Consejo de Estado, siguiendo la doctrina tradicional, ha expuesto como sigue: el agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general; el agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley; no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto; pero siendo aun lícito el fin, de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido al efecto.⁷⁴ Es decir que el acto administrativo se encuentra substancialmente comprometido en propósitos teleológicos de interés general.

La actividad de la administración es eminentemente teleológica. Esta característica se observa en el elemento conocido doctrinalmente como la “finalidad del acto”. Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración, y en los motivos los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos. En efecto, señala ESCOLA: “los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público...”.⁷⁵

⁶⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS. Los actos administrativos, cit., p. 140.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: “Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales’, y del artículo 123 en la parte que indica: ‘Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad’. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (y el nombramiento o el retiro de un notario, persona que da fe pública de actos privados, es altamente importante para la comunidad), y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción de un notario; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático...”

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ, ACE, t. LXXX, n.os 429 y 430, 1971, p. 367; ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO. Cintra: motivo e motivação do ato administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

⁷¹ LOUIS JOSSERAND. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado, Puebla, México, Cajicá, 1946, p. 9; así mismo, pueden consultarse en la p. 19 las explicaciones que hace el autor a los móviles en el derecho administrativo

⁷² ALBERTO RAMÓN LEAL. “La fundamentación del acto administrativo”, Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, n.º 522, mayo-julio de 1983, Bogotá, pp. 7 y 8.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA: “La jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos”.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, C. P.: EDUARDO AGUILAR

Este elemento finalístico del acto administrativo encuentra sus bases en el texto mismo de la Constitución, cuando le indica a los servidores públicos y a quienes ejercitan funciones de todo género, en especial administrativas, que las actuaciones y decisiones estatales deben estar regidas por el interés general en el ejercicio de sus competencias; el Estado tiene un sendero prefijado de beneficio común.

5. formalidades

La doctrina y la jurisprudencia han venido tradicionalmente distinguiendo los conceptos de procedimiento, forma y formalidad. Mediante el primero entienden las vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final –acto–. Con el segundo concepto distinguen el modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo. Y con el tercero definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto administrativo. Como se observa, los tres fenómenos descritos, de manera independiente, caracterizan aspectos difícilmente separables; pero que en conjunto, en nuestro concepto, integran el procedimiento de la actuación administrativa, que en sí no es más que el compendio de formas y formalidades para llegar al acto administrativo.⁷⁶

Tradicionalmente y tal como lo expresaré en su oportunidad, las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales. Las primeras son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo. Las segundas son aquellas que no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto.⁷⁷

Respecto de las formalidades, o procedimiento administrativo, la doctrina nos enseña su carácter de no estrictamente rituado, en contradicción con los procedimientos típicamente jurisdiccionales. El procedimiento administrativo es flexible;

indica al funcionario que lo impulsa que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados en materia probatoria ni formalidades excesivas.

6. el mérito

Al igual que la finalidad del acto, el elemento del mérito es esencialmente subjetivo, no confundible con aquél, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque con éste comparte su carácter de razonador; pero, insisto, es subjetivo en cuanto determinante de la oportunidad para la expedición del acto. Su grado de subjetividad nos resulta tan profundo y amplio que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa, en muchos casos, en el campo de la capacidad razonadora de quien ejerce la función administrativa. Luego, su evaluación y control deben hacerse sobre estos mismos presupuestos, y se llega incluso a sostener que, en el caso del control, básicamente él le corresponde a los órganos políticos. Sin embargo, en derecho colombiano, parte de ese control le ha sido asignado constitucional y legalmente a órganos técnicos como las contralorías, incluso a la misma administración que los profirió.

El mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia para la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo a manifestarla cuando se requiera verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de éste. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que los actos expedidos sean realmente beneficiosos y acordes con los intereses generales. “El examen del mérito del acto tiene, actualmente, gran importancia práctica, pues no basta, como se ha dicho, que los actos administrativos se ajusten en su integridad a la ley, sino que es imprescindible que sean adecuados en su mérito, estando en el interés y en el derecho de todos exigir que se dé efectivamente esa condición...”⁷⁸

VÉLEZ, ACE, t. LXXXI, n.os 431 y 432, 1971, p. 130.

⁷⁵ ESCOLA. Tratado, cit., p. 55.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, C. P.: LUCRECIO JARAMILLO VÉLEZ, ACE, t. LXXX, n.os 429 y 430, 1971, p. 367, donde se hacen las diferencias anotadas como si ellas implicaran separadamente aspectos importantes para efectos de la eficacia o validez del acto.

⁷⁷ Sobre la teoría de las formalidades sustanciales y de las meramente accidentales puede consultarse Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 1968, C. P.: ALFONSO MELUK, ACE, t. LXXIV. En esta providencia se retoma la concepción francesa de las omisiones insignificantes, para elaborar la doctrina jurisprudencial de que no toda omisión de las formalidades tiene la virtualidad de generar nulidad de un acto administrativo: “Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los tribunales deben examinar cada caso, con base en que tan sólo en las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad...”. En el mismo sentido puede consultarse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 1991, exp. 190, C. P.: LIBARDO RODRÍGUEZ: “A pesar de que la calificación es difícil y depende de cada caso, el criterio aplicable principalmente es el de la influencia que la omisión de la formalidad o procedimiento ha podido tener sobre la decisión, es decir que serán formalidades o procedimientos sustanciales aquellos cuya omisión implica que la decisión sería diferente a la tomada...”. Puede consultarse igualmente a HÉCTOR JORGE ESCOLA. Tratado general de procedimiento administrativo, 2.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 152.

Resulta imposible concebir un acto en el cual el sujeto actor no hubiere evaluado la conveniencia u oportunidad del mismo. Se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración. Lo que sí resulta claro en nuestro ordenamiento es que este elemento no genera vicios en la legalidad del acto. Para algunos autores el mérito se confunde en algunos casos con la causa y en otros con la finalidad del acto. Otros consideran que admitir el mérito como elemento del acto implicaría negar el principio de la legalidad y someter a los funcionarios administrativos a análisis y evaluaciones independientes de los cauces jurídico-positivos.



En el mundo del derecho privado, cada persona evalúa la conveniencia de sus propios actos; actúa cuando lo considera más apropiado para sus intereses, siempre y cuando no viole la ley o el derecho. En el derecho público, especialmente en el ámbito del administrativo, el problema adquiere connotaciones diferentes. El servidor público, o quien ejerce funciones administrativas, debe necesariamente tener en cuenta y evaluar, antes de adoptar cualquier decisión, la conveniencia de la misma, en cuanto se trata de un pronunciamiento a través del cual se pretende poner en juego los intereses generales; le corresponde, por lo tanto, a quien ejerce la función administrativa valorar necesariamente la consecuencia de sus decisiones.⁷⁹

Algún sector de la doctrina pretende restringir el ámbito de aplicación del elemento de mérito exclusivamente a los actos discrecionales, con el argumento de que sólo en éstos la administración goza de un amplio campo de apreciación que le permite evaluar la conveniencia u oportunidad

de sus decisiones, mientras que en los actos reglados la administración se limita simplemente a darle aplicación estricta a las disposiciones legales.⁸⁰ En nuestra opinión, la totalidad de actos administrativos posee, en algún grado, juicios de conveniencia u oportunidad para su expedición; lo que sucede es que, tratándose de la actividad discrecional, su ámbito de aplicación es ostensible y trascendental; prácticamente constituye su motor o el impulso necesario para su existencia.

E. acto administrativo y actos de la administración

El acto administrativo en sus diferentes manifestaciones constituye ante todo un concepto específico y determinado a partir de sus características constitutivas; esta la razón por la cual sostenemos que la figura opera de manera autónoma e independiente de la generalidad de manifestaciones posibles de quienes ejercen funciones administrativas; caso en el cual las expresiones de la administración que no reúnan integralmente los elementos y características explicados a propósito de los Actos Administrativos no podrán calificarse de tales, y más bien debemos circunscribirlos al contexto de simples actos de la administración; de ninguna manera podrán producir los efectos y mucho menos, salvo las excepciones de ley, dársele el tratamiento de Actos Administrativos.

Esta situación resulta palpable y comprobable en la misma legislación administrativa cuando, por ejemplo, se hace diferencia de tratamiento para los actos administrativos que de por sí y materialmente implican interlocución y decisión, y para otras manifestaciones como las de simple trámite o sustanciación, preparatorios, de ejecución, de los cuales no puede deducirse más que operatividad administrativa, pero no decisión ejecutoria en los términos estudiados. Por regla general este tipo de actos no administrativos, sino de la administración, no son recurribles ni mucho menos controvertibles ante la jurisdicción contenciosa administrativa, excepto cuando de manera anormal llegaren a contener alguna decisión definitiva creadora de situaciones jurídicas particulares.

F. surgimiento del acto administrativo

El surgimiento del acto administrativo no ha sido un problema de tratamiento uniforme por parte de la doctrina. El problema sobre el nacimiento a la vida jurídica del acto

⁷⁸ Ibid., p. 143.

⁷⁹ DÍEZ. El acto administrativo, cit., p. 245.

⁸⁰ HELY LÓPES MEIRELLES. Direito administrativo brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 138.

administrativo, en la práctica, se ha debatido en torno a dos posiciones jurídicas: la que sostiene la necesidad de su real exteriorización a través de los medios de publicidad, como fundamento básico para la existencia de cualquier decisión administrativa, y la de quienes afirman, negando la anterior tesis, que la publicidad no es requisito de legalidad para la existencia del acto, que se trata más bien de un problema tendiente a su eficacia, una vez la administración haya proferido cualquier decisión. En este sentido son dos las posiciones que podemos identificar en torno del asunto: una, la tesis o teoría de la publicidad de la decisión como elemento esencial del acto, y dos, la teoría de la eficacia u oponibilidad, que no niega la existencia del acto no publicitado, sino que ve en este procedimiento de exteriorización un fenómeno de eficacia del mismo.

1. teoría del elemento esencial

Los partidarios de esta tesis sostienen que el procedimiento de publicación de una decisión de la administración pública que pretenda producir efectos jurídicos es elemento esencial del acto administrativo, ubicado dentro de los elementos formales o procedimentales del mismo. En este sentido, cualquier irregularidad que se pueda presentar en su exteriorización puede viciar la legalidad del acto administrativo. Los partidarios de esta teoría consideran que el acto administrativo nace a la vida jurídica una vez se hubiere agotado el procedimiento de notificación o publicación del acto administrativo. Es decir, una decisión de la administración no publicada o notificada no sería acto administrativo, no podría, en consecuencia, controlarse ni administrativa ni jurisdiccionalmente. La tesis tiene sustento en las razones expuestas tanto por la teoría “voluntarista” como por la simple teoría “declaracionista” del acto, pues coinciden en que el acto debe ser ante todo un fenómeno de manifestación. En consecuencia, por no haber manifestación de la administración no habría acto administrativo. En casos aislados, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la no publicación o la indebida publicación o notificación implica nulidad del acto por vicios de forma. De esta manera se provoca el control de dichas irregularidades a través de las acciones típicas de los actos administrativos.

En alguna oportunidad el Consejo de Estado expuso sobre

esta teoría lo siguiente: “El solo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo, tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados [...] [E]n tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma”.⁸¹ Esta situación, debemos advertir, no ha sido corriente en la jurisprudencia colombiana, en donde ha predominado criterio diferente, incluso desde el punto de vista del control jurisdiccional.⁸²

2. teoría de la eficacia o de la oponibilidad

Parte esta tesis de la negación a la teoría anteriormente expuesta. El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En este sentido, las actuaciones o procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo.

El acto administrativo existe como tal una vez se hayan reunido plenamente los elementos esenciales de su legalidad. La decisión, así permanezca en el interior de la administración, ya es un acto administrativo. La obligación de la administración es publicitar el acto para que surta efectos en el mundo del derecho y no para que nazca a la vida jurídica.

La jurisprudencia actualmente aceptada por el Consejo de Estado se encauza por los senderos de esta segunda tesis. La notificación, ha dicho la corporación, “... no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial, y por lo mismo, a falta de ella, no le afecta en sí mismo en su existencia. La falta de notificación no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 11 de septiembre de 1969, C. P.: MIGUEL LLERAS PIZARRO, ACE, t. LXXVIII, n.os 423 y 424, 1969, p. 339; este auto modificó la doctrina expuesta, mediante sentencia del 29 de agosto de 1969, por la Sección Primera del Consejo de Estado con ponencia de JORGE DE VELASCO ÁLVAREZ, publicada en la p. 193 de la misma obra.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 17 de abril de 1991, exp. 6602, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE. Sobre la acción procedente frente a un acto administrativo que no ha sido notificado pero es ejecutado por la administración, sostuvo la corporación lo siguiente: “... es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo lo hace ineficaz. Por ello cuando él se ejecuta y como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la de reparación directa...”.

hace inoponible frente a terceros...”.⁸³

“Si bien es cierto que los actos administrativos no publicados carecen de obligatoriedad, también es cierto que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados y sólo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o, en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración...”.⁸⁴



Segunda Parte: Eficacia del acto administrativo de contenido individual. Vicisitudes.⁸⁵

Introducción. validez y eficacia,
dos conceptos complementarios

Luego de estudiar los elementos del concepto jurídico de acto administrativo, y en especial el referente a su necesaria vinculación y supeditación al bloque de la legalidad –lo que pudiéramos denominar el aspecto positivo y del deber ser de la institución–, corresponde a partir del presente capítulo realizar un acercamiento ante aquellas circunstancias impeditivas de una normal proyección de las manifestaciones de voluntad de la administración en el universo jurídico. Se trata, fundamentalmente, de analizar de manera lógica y sistemática los problemas que con posterioridad a la expresión de voluntad alteran las proyecciones del acto administrativo en el mundo jurídico. Para estos efectos se hace indispensable iniciar el estudio decantando los conceptos de validez y eficacia.

La validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias establecidos en las normas superiores. En otras palabras, se dice que un acto administrativo es válido en la medida en que éste se adecua perfectamente a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto es, **el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales. La validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico.**⁸⁶

La validez del acto administrativo resulta entonces, desde esta óptica, como un fenómeno de contenidos y exigencias del derecho para la estructuración de la decisión administrativa

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 24 de octubre de 1990, exp. 5298, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 23 de octubre de 1991, C. P.: ÁLVARO LECOMPTE LUNA, exp. 6121. En igual sentido puede consultarse Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-419 del 23 de septiembre de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: “... el ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada, conociendo de la misma, convenga o ejercite en tiempo los recursos legales. Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación de la decisión administrativa respectiva, carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia y la doctrina administrativa han señalado que los actos administrativos no notificados ni aprovechan ni perjudican, cabe decir, son inoponibles al interesado...”

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso, cit., pp. 487 y ss.; KELSEN. Teoría general del Estado, cit., pp. 95, 123 y ss.; derogación, p. 259; derecho y lógica, pp. 275 y ss.; OLGUÍN JUÁREZ. Extinción de los actos administrativos, cit., pp. 21 a 29; RAZ. La autoridad del derecho, cit., pp. 187 y ss.

⁸⁶ HUGO A. OLGUÍN JUÁREZ. Extinción de los actos administrativos, cit., p. 21. En igual sentido consúltese a NICOLA ABBAGNANO (Diccionario de filosofía, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 1172 y 1173), para quien una proposición resulta válida “si se conforma a las reglas de la lógica, una ley, si se conforma a las reglas constitucionales, una sentencia si se conforma a las leyes, o una orden si es dada por la persona a la que

–deber ser–. Implica, por lo tanto, el cumplimiento de la norma para su formación. En el caso del acto administrativo, es sinónimo del acatamiento al bloque de la legalidad por parte de la administración, que es la llamada a ejecutar los preceptos superiores. La norma se torna obligatoria; la administración debe cumplirla y materializarla, debiendo obtener como resultado un acto administrativo perfectamente adecuado a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico positivo; en caso contrario el acto nacería a la vida jurídica pero viciado en su legalidad con problemas que la doctrina califica como invalidantes, pero que no obstan para que, por regla general, el acto surta sus efectos hasta tanto no se produzca un pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.⁸⁷

La eficacia, por su parte, no es más que una consecuencia del acto administrativo, que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica. La eficacia, a diferencia de la validez, se proyecta al exterior del acto administrativo en búsqueda de sus objetivos y logro de sus finalidades; de ahí que instituciones tales como la operación administrativa y la ejecución del acto sean fenómenos propios de esta instancia externa del acto administrativo.⁸⁸

La doctrina en general, está de acuerdo en aceptar el anterior alcance del concepto de eficacia, es decir, orientado a comprenderlo como “la capacidad del acto para producir sus efectos, no desde un punto de vista potencial, sino efectivo”.⁸⁹

Como razón de lo expuesto, debemos anotar que los vicios que puedan entorpecer la legalidad de un acto, es decir su validez, afectan de manera directa el logro de los fines del acto, esto es, la eficacia. Al respecto, señala MAYER que precisamente “el supuesto de la eficacia de los actos de

autoridad debidamente manifestados, es su legalidad. El acto ilegal es inválido, y no debe producir el efecto de derecho que persigue; debe ser ineficaz”.⁹⁰

En este orden de ideas, un acto perfecto, legalmente producido e integralmente válido, engendra una eficacia perfecta e indiscutiblemente apta para lograr los fines que persigue la expedición del mismo. Por el contrario, un acto viciado en su validez puede hacer ineficaz el cumplimiento de lo estipulado en el acto respectivo, en la medida en que el pronunciamiento jurisdiccional o la revocación le impidan continuar surtiendo los efectos jurídicos; lo anterior en razón de que “un acto que efectivamente produce efectos es eficaz, aún en el caso en que los efectos producidos estén contaminados con el vicio que afecta la estructura del acto inválido”.⁹¹ Partimos, para efectos jurídico administrativos, del supuesto de que la ineficacia puede ser una de las consecuencias de la invalidez legalmente decretada.

I. firmeza y ejecutoriedad del acto administrativo

Vistas las anteriores consideraciones no podemos más que concluir que sustancialmente **los actos administrativos se encuentran en condiciones de entrar a alterar, modificar o extinguir el mundo jurídico cuando reúnen plenamente los requisitos para su legalidad.** Esto sin negar la posibilidad de que formalmente surtan los efectos esperados de manera anormal, cuando, protegidos por su presunción de legalidad, la administración los hace ejecutorios. Este último planteamiento nos lleva a sostener la tesis de la perfección y aplicación formal del acto, cuando se encuentra incurso en causales de nulidad que no hubieren sido declaradas por la jurisdicción o por la administración a través de la vía de la revocación.

corresponde darla y en la forma establecida por las reglas”.

⁸⁷ JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 47 y ss. Respecto de las consecuencias del desconocimiento de la validez del acto administrativo, el autor plantea la complejidad terminológica para su identificación. Si bien es cierto que para nosotros se trata de un fenómeno de invalidez o de ilegalidad, para la doctrina se pueden usar términos como “... irregularidad, anomalía, imperfección, ilegitimidad, ilicitud o ilegalidad...”. Ahora bien, para identificar que el acto es opuesto a la norma que lo fundamenta, y que no puede producir efectos, en algunos ordenamientos se habla de “... invalidez, ineficacia, ineficiencia, inutilidad...”. Entre nosotros, debemos recordar que, salvo norma expresa, el acto administrativo viciado en su legalidad puede producir los efectos esperados hasta tanto no exista un pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, fenómeno conocido como presunción de legalidad. Por otra parte, la imprecisión terminológica de la doctrina es de tal magnitud que el autor reconoce que desde el punto de vista procesal, como remedios frente al conflicto entre acto y norma, se plantean los siguientes: “... nulidad, anulabilidad, ineficacia, anomalía, invalidez, inutilidad, irrelevancia, irregularidad, inoponibilidad, ilegitimidad, nulidad ipso jure, de pleno derecho, absoluta o radical, inexistencia, nulidad relativa, anulabilidad absoluta; términos estos que al ser enriquecidos y matizados con adjetivizaciones multiplican el problema hasta límites insospechados...”.

⁸⁸ LUCIANO PAREJO ALFONSO. Eficacia y administración. Tres estudios, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 89 y ss. Se destaca en este trabajo el papel dinámico de la eficacia dentro de las funciones administrativas, en procura de la satisfacción de los cometidos estatales. Dentro del Estado regido por las finalidades sociales o Estado social de derecho, la eficacia adquiere connotaciones de cumplimiento “... de fines y objetivos, de producción para el Estado de resultados y, por tanto, de rendimiento de sus organizaciones, esencialmente las administrativas...”.

⁸⁹ OLGUÍN JUÁREZ. Extinción de los actos administrativos, cit., p. 23.

⁹⁰ MAYER. Derecho administrativo alemán, cit., p. 97.

⁹¹ OLGUÍN JUÁREZ. Extinción de los actos administrativos, cit., pp. 21 y 23.

Hecha la anterior aclaración, que consideramos necesaria para cualquier análisis sobre la eficacia de las providencias administrativas, conviene destacar los requerimientos que la doctrina y la legislación nacional han acogido para que el acto administrativo haga tránsito normal al mundo de la eficacia, puente jurídico al que se le conoce como el de la firmeza del acto administrativo. En este aspecto, resulta indispensable hacer diferencia entre los actos administrativos de carácter general y los de carácter individual: para los primeros, técnicamente la firmeza está dada por el pleno cumplimiento de los requisitos de publicidad que estudiamos en el capítulo respectivo. Para los segundos, específicamente para aquellos que se encuentran sujetos al principio de la contradicción administrativa, como garantía de discusión en instancia gubernativa de las decisiones que afectan de manera individual a los ciudadanos, el ordenamiento prevé precisas hipótesis en las cuales el acto administrativo legalmente se encuentra en firme y puede hacer tránsito al mundo de la eficacia.

Desde este punto de vista, la firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto: nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración y emana la obligación constitucional y legal de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa.⁹²

II. vicisitudes en la eficacia del acto

El mundo de la eficacia tal y como fue expuesto implica la presencia del acto administrativo frente al universo jurídico en procura de lograr los objetivos y finalidades propuestos con su expedición. Dentro de un ámbito de normalidad, el acto está llamado a producir las transformaciones y modificaciones esperadas por las autoridades administrativas. No obstante, la experiencia enseña que en la vida práctica de la gestión administrativa son diversas las situaciones que pueden alterar la normalidad de la eficacia jurídica del acto administrativo. Estos fenómenos de carácter negativo, que podríamos denominar de rompimiento a la eficacia del acto, son conocidos de manera general en nuestra legislación

como eventos de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. En su versión positiva, las vicisitudes en la eficacia del acto también nos llevan al estudio de aquellos fenómenos que habilitan eventualmente estructuraciones defectuosas del acto, en procura de darle certeza al ordenamiento jurídico; estas instituciones de conservación de la legalidad son admitidas jurisprudencialmente en el derecho colombiano bajo la denominación de eventos de convalidación de los actos administrativos.

Dentro de este ámbito, abordaremos las diversas dificultades que se puedan dar en el mundo dinámico de la eficacia del acto. De manera específica cuando se pretende hacerlo ejecutorio o realizar las operaciones administrativas tendientes al cumplimiento de lo dispuesto o decidido en estas manifestaciones de voluntad de la administración.

A. pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos

Bajo el nombre genérico de pérdida de fuerza ejecutoria, el CCA recoge lo que la doctrina administrativista denomina, en algunas oportunidades, como fenómenos de extinción de los efectos de los actos administrativos. Eventos que no son otra cosa que alteraciones a la normal eficacia del acto administrativo. La regla general aplicable a todo acto administrativo que se encuentre en firme es la de su tránsito ordinario al mundo de la eficacia. Regla general que eventualmente puede excepcionarse, limitándose en consecuencia los efectos jurídicos previstos en la norma administrativa. Estas limitaciones o rompimientos a la normalidad administrativa se pueden reunir en dos grandes grupos: el primero, conformado por las causales que se limitan a suspender los efectos jurídicos del acto en el contexto de la eficacia; y el segundo, estructurado por las causales que evidentemente implican una pérdida total de la fuerza ejecutoria del acto administrativo.

B. causales del primer grupo

Se caracteriza este primer grupo porque en la práctica no existe una extinción de los efectos del acto administrativo sino un

⁹² Sobre la eficacia y ejecución de los actos administrativos sea de manera normal o por la vía de la ejecución forzada, al igual que las razones doctrinales que sustentan esta institución, pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: BARCELONA LLOP. Ejecutividad, cit.; MERCEDES LAFUENTE BENACHES. La ejecución forzada de los actos administrativos por la administración pública, Madrid, Tecnos, 1995; BETANCOR RODRÍGUEZ. El acto ejecutivo, cit.; JUAN CARLOS CASSAGNE. La ejecutoriedad del acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971. En estos trabajos se destaca como consecuencia lógica e inmediata del acto administrativo, en cuanto fenómeno de poder público, el de ser ejecutorio de manera unilateral por la administración pública, sin el beneplácito de sus destinatarios. Se pretende con esta prerogativa de la administración que las finalidades del Estado se materialicen verdaderamente. En cuanto a su origen, destaca BETANCOR, invocando los trabajos de HAURIUO, que "... la noción ideológica de poder público, reforzada por el principio de la división de poderes y la ideología de la administración benefactora, hizo posible que la administración se revistiera de todos los poderes necesarios para alcanzar sus cometidos, como adoptar acuerdos con incidencia inmediata sobre la esfera jurídica de los particulares y proceder a la ejecución de sus decisiones..." (p. 301).

suspensión provocado frente a los efectos del acto, sea por vía jurisdiccional, como es el caso de la suspensión provisional de los actos administrativos, o por vía administrativa en los casos de inercia, inejecución, inactividad u omisión de la administración al no realizar las actuaciones que le correspondan para ejecutar un acto administrativo.

– La suspensión provisional del acto administrativo es una medida de estricto orden jurisdiccional de carácter rogado y cautelar, que pretende la cesación temporal de los efectos del acto administrativo como medida previa dentro del proceso contencioso administrativo, con el fin de que el acto impugnado no surta efectos jurídicos mientras se resuelve sustancialmente el litigio sobre su legalidad. A la suspensión se llega a través de un juicio previo, formal y sumario, realizado por la autoridad jurisdiccional, que induce a la conclusión de que hay razones suficientes, con fundamento en la aparente y manifiesta infracción por el acto administrativo de normas superiores, para frenar sus efectos jurídicos mientras el proceso contencioso se tramita.

No se trata de un prejuzgamiento. Todo lo contrario, es la más importante medida cautelar con que cuenta la autoridad jurisdiccional para preservar el ordenamiento jurídico mientras resuelve de fondo sobre la legalidad de una providencia administrativa.

– La inercia, inejecución u omisión del cumplimiento de los procedimientos para la eficacia del acto, implican en la práctica jurídica una situación de suspensión provisional de los efectos del acto. Esta suspensión le es imputable única y exclusivamente a la administración, que es la instituida y obligada para ejecutar los actos que sean ejecutables.

C. causales del segundo grupo

Constituyen verdaderas pérdidas de la fuerza ejecutoria del acto: la nulidad, el decaimiento o desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho del acto, el cumplimiento de la condición resolutoria y la pérdida de vigencia.

D. declaratoria de nulidad.

De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los

necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para ALESSANDRI BESA, la nulidad es “... la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...”⁹³

De lo expuesto se desprende que la teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable de estricto origen legal. De estos elementos identificadores podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto específicamente en cuanto a su ejecutoria.

E. decaimiento del acto administrativo

El fenómeno del decaimiento del acto administrativo también goza de regulación en nuestro ordenamiento positivo. La doctrina identifica precisamente estas circunstancias como las determinantes del decaimiento o muerte del acto administrativo por causas imputables a sus mismos elementos, en razón de circunstancias posteriores, mas no directamente relacionadas con la validez inicial del acto. CINTRA DO AMARAL identifica el decaimiento como las modificaciones de orden legal que le retiran los fundamentos de validez a un acto que ha sido producido válidamente.⁹⁴

El decaimiento del acto en el derecho colombiano está en íntima relación con la motivación del acto, se configura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto. Recordemos cómo al estudiar los elementos externos del acto administrativo identificábamos como uno de los principales el denominado de los motivos o razones del acto administrativo, elemento que involucra una relación lógica entre los argumentos fácticos y las

⁹³ ALESSANDRI BESA. La nulidad, cit., pp. 4 y 6.

⁹⁴ ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL. Extinção do ato administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

razones de orden jurídico que le sirven a la administración para determinar su competencia e igualmente para resolver sustancialmente el conflicto planteado. Al desaparecer uno de estos elementos, se configura en el derecho colombiano el fenómeno del decaimiento.



F. cumplimiento de la condición resolutoria

El acto administrativo perderá igualmente la fuerza ejecutoria del acto cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentra sometido el mismo. Esto es, que la pérdida de fuerza ejecutoria está sujeta a un hecho futuro e incierto, que de materializarse o cumplirse produciría de inmediato una interrupción definitiva de la eficacia del acto administrativo. Para entender el alcance de esta causal necesariamente tenemos que acudir a los contenidos de los artículos 1530 y siguientes del Código Civil, que le dan entidad a las llamadas condiciones o sujeciones condicionales de una decisión u obligación. Desde esta perspectiva, las condiciones resolutorias de los actos administrativos pueden ser positivas, negativas, física y moralmente posibles, y expresas en virtud del principio de legalidad que rige para cualquier disposición normativa en derecho administrativo.

G. pérdida de vigencia

En nuestra opinión, es un concepto genérico que recoge la totalidad de eventos de pérdida de fuerza ejecutoria. Tanto el decaimiento como la nulidad o el cumplimiento de la condición resolutoria quedarían incorporados bajo este nombre genérico de pérdida de vigencia. Tendríamos que agregar algunas otras situaciones específicas que harían parte de la pérdida de vigencia: estas son los eventos de derogatoria o revocación, que de configurarse podríamos, conforme al ordenamiento positivo, calificarlos como limitantes a la eficacia del acto en razón de que son verdaderos ejemplos de pérdida de fuerza ejecutoria del mismo.

III. otros problemas en la eficacia del acto

Tras estudiar con algún detalle en los párrafos anteriores la problemática relativa a la estructura, validez y eficacia del acto administrativo,⁹⁵ corresponde de manera lógica introducirnos en el aún más delicado campo de algunos efectos jurídicos que la eficacia del acto está llamada a soportar frente a algunos fenómenos de discutible procedencia e incluso de naturaleza jurídica.⁹⁶ Se trata de aproximarnos a las figuras de la inexistencia e inoponibilidad del acto administrativo.⁹⁷

Un acto administrativo engendrado sin el cumplimiento de los requerimientos legales, indubitablemente tendrá que ser sujeto de medidas que tiendan a impedir que pueda seguir surtiendo efectos; es a este fenómeno al que la doctrina ha designado como “teoría de la ineficacia del acto administrativo”. En este mundo de la ineficacia se han planteado algunas discusiones de carácter práctico sobre la procedencia de los fenómenos de la inexistencia e inoponibilidad, e igualmente en los ya abordados de nulidad del acto y, como lo estudiaremos en el capítulo siguiente, el de las meras irregularidades no anulatorias.

En este orden de ideas, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras, han venido reconociendo algunos tipos o categorías de efectos producidos por los vicios en los actos administrativos, los cuales constituyen

⁹⁵ HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE. “Inexistencia, ineficacia y nulidad de los actos administrativos”, Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, n.º 22, marzo de 1976; ALESSANDRI BESA. La nulidad, cit., pp. 4 a 12, 33 a 68, 72 a 90; GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS. Derecho administrativo, cit., pp. 6 a 14 y 115 a 120; JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS. Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953; RICARDO RUIZ SERRAMALERA. Derecho civil, el negocio jurídico, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp. 359 a 439.

⁹⁶ FORSTHOFF (Tratado, cit., p. 309) sostiene que “... el problema del acto administrativo defectuoso se basa en el simple hecho fundamental de que aquellas irregularidades que afectan el obrar de la administración redundan en su eficacia jurídica...”, si el Estado “... prescribe que un determinado acto administrativo puede realizarse bajo determinados supuestos y guardando ciertos límites objetivos; puede permanecer indiferente en el caso de que in concreto se haya producido un desvío de estos preceptos, pues lo contrario equivaldría a negarse a sí mismo...”.

⁹⁷ Cfr. supra, nota 25.

precisamente el objeto de la teoría de la ineficacia e invalidez.

A. inexistencia de los actos administrativos

El concepto de inexistencia como elemento de la teoría general del derecho constituye uno de los temas más debatidos y controvertidos; polémico, al extremo de no admitirse acuerdos doctrinarios sobre sus alcances, concepto y aplicabilidad en algunas ramas de la estructura jurídica. En el plano operativo, y siguiendo las exposiciones predominantes, podemos indicar que esta modalidad de ineficacia e invalidez⁹⁸ obedece a las disquisiciones en el mundo del derecho, acerca de las categorías lógicas de lo existente y de lo no existente, del ser o del no ser, de lo que no es y, en consecuencia, no puede ser.

Acto administrativo inexistente, según se ha dicho, es aquel que no ha nacido a la vida jurídica, que no es acto; en consecuencia, del que no puede decirse que sea acto, ni mucho menos administrativo. Se considera estar frente a un evento de inexistencia en los casos en que la decisión de la administración aún no ha sido adoptada. Algunos estudiosos del fenómeno pretenden asimilar el concepto de inexistencia a los casos en que al acto adoptado por la administración se le observan anomalías en algunos de sus elementos esenciales, es decir, sujetos, competencia, voluntad, objeto, motivo, causa, formalidades o finalidad. Desde ahora nos basta advertir que compartimos la primera de las tesis, es decir, la de que acto inexistente es aquel que aún no ha sido adoptado, porque de haberlo sido caeríamos de inmediato, si se le observa algún vicio, en la teoría de la nulidad que es la desarrollada por nuestro ordenamiento positivo. No obstante lo anterior, analizaremos las controversias doctrinales al respecto para darle una mayor claridad al conflicto.

Acto inexistente, señala GARCÍA OVIEDO, “... es el acto no nacido, no venido a la vida jurídica, por faltarle un elemento sustancial para ello...”, razón –agrega el profesor español– para que no pueda hablarse de acto viciado, pues es algo que no existe.⁹⁹

La teoría de la inexistencia fue introducida en el derecho civil por ZACHARIAE, y aceptada posteriormente en las estipulaciones generales del derecho. Nace, como es evidente, para explicar una situación fáctica del derecho

privado, en la que en razón del dogma *pas de nullité sans texte* –no hay nulidad sin norma que la establezca– se imposibilitaba resolver mediante nulidad una situación fáctica. Se dijo entonces, caracterizando esta figura jurídica, que ella se distinguía porque: a. No producía efectos jurídicos; b. Las situaciones creadas y consideradas como jurídicas imposibles o inexistentes no pueden ser confirmadas; c. Es imprescriptible; d. Puede ser alegada por cualquier persona contra la cual se quiera hacer valer; e. No requiere intervención judicial para su declaración.

Dentro de este contexto, la doctrina civilista –la francesa primordialmente– ha desarrollado y aplicado este concepto; JOSSERAND, precisamente, lo ha identificado como aquel que “... carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de manera que no responde ni siquiera a la definición genérica que se ha dado de él por la ley...”¹⁰⁰. Como se observa, para la doctrina civilista la inexistencia del acto depende de la no concurrencia de alguno de aquellos elementos esenciales para la conformación del acto administrativo.

Señala LLAMBÍAS, al referirse a este último aspecto, el de su ejecutabilidad, que “... para que una sentencia de muerte pueda ejecutarse se requiere previamente que haya un ser vivo sujeto de la ejecución...”, con lo que quiere indicar que el acto inexistente no puede de suyo ser impuesto para producir consecuencias.¹⁰¹

RUIZ SERRAMALERA va mucho más allá en el análisis de la inexistencia aplicada al derecho civil y establece varias posibilidades de estructuración de esta institución. Señala que el llamado acto inexistente es aquel del que debe admitirse que “... carece de toda realidad [...] tiene una existencia aparente”; agrega que los supuestos de inexistencia implican que al acto “... le falte alguno de los elementos indispensables, no pudiendo nacer por esta misma razón, aunque adquiera una apariencia de realidad, a consecuencia de la actuación de los sujetos que intervienen en su formación...”¹⁰². Como observamos, y es fácil concluir de este autor español, se acepta, en honor a la verdad, un inicio de existencia en la actuación, principio este que de por sí en nuestro concepto y como lo estudiaremos más adelante es uno de los principales quiebres de esta teoría. Concluye indicando que negocios inexistentes son aquellos que “... carecen de una existencia real, sea cual fuere su forma externa

⁹⁸ Algunos expositores llegan a considerar la inexistencia como un fenómeno no catalogable en los grados de invalidez o ineficacia, sino paralelo a ellos.

⁹⁹ GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS. Derecho administrativo, cit., p. 119.

¹⁰⁰ LOUIS JOSSERAND. Cours de droit civil positif français, t. i, Paris, Recueil-Sirey, 1983, pp. 100 y ss.

¹⁰¹ LLAMBÍAS. Efectos de la nulidad, cit., pp. 5 y 6.

¹⁰² RUIZ SERRAMALERA. Derecho civil, cit., pp. 364 y 365.

o su apariencia...”. Así mismo, señala como casos típicos de inexistencia a los negocios incompletos, es decir, aquellos que aún se encuentran en formación; los defectuosos, que son aquellos que carecen de algún elemento esencial; los aparentes, que no obstante ser portadores de una realidad formal carecen de causa.¹⁰³

B. teoría de la inexistencia de los actos administrativos

Los conceptos antes indicados de inexistencia no tardaron en ser importados por la doctrina administrativista y aplicados a las elaboraciones sobre el acto administrativo. No obstante, aquí como en las otras especies de derechos su aplicabilidad ha estado precedida de enconados críticos y fervorosos defensores. Las diferentes posiciones adoptadas por los expositores administrativistas las podemos resumir en las siguientes teorías: a. Teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos; b. Teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos; c. Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad; d. Teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho. Veamos cada una de ellas.

1. teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos

Esta concepción, defendida principalmente por ESCOLA, GARCÍA OVIEDO y GARCÍA DE ENTERRÍA, parte de la consideración de que será inexistente el acto administrativo cuando no han concurrido a su formación elementos esenciales requeridos por la ley. Determinan como características de los actos inexistentes en el derecho administrativo las siguientes: a. La acción para impugnarlos es imprescriptible; b. su extinción produce efectos retroactivos; c. la administración y los jueces de cualquier fuero pueden comprobar en todo tiempo esa inexistencia; d. es insaneable; e. los jueces pueden declarar la inexistencia de oficio sin necesidad de una investigación de hecho; f. el acto inexistente, siendo un acto administrativo aparente, no está beneficiado por la presunción de su legalidad.¹⁰⁴

2. teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos

Esta teoría se sostiene fundamentalmente en los trabajos de FIORINI y MARIENHOFF, quienes consideran que la tesis de la inexistencia no es precisamente la manera más adecuada

de resolver los problemas en el derecho administrativo. Se trata, señala FIORINI, de una discusión bizantina, pues no se distinguen al final “... las consecuencias distintas que tiene con cualquier acto nulo o ineficaz...”. Agrega este autor, criticando la tesis de la inexistencia por su origen, que “... cuando esta categoría entra en el derecho administrativo no tiene ese origen y menos responde a la crisis del textualismo civilista. Todas las disquisiciones que se han hecho en nuestra opinión, se encuentran fuera de la realidad jurídica, pues a poco que se ahonde se termina por ubicar a estos actos en los de broma; a los actos imposibles por absurdos, para caer al final en los actos de los usurpadores y no se comprende entonces para qué se hacen tantas consideraciones sobre el particular.¹⁰⁵

3. teoría que asimila la inexistencia a la nulidad

Se fundamenta esta concepción en el hecho cierto de que el legislador ha determinado, como causales de nulidad del acto administrativo, aquellas hipótesis argumentadas como de inexistencia del mismo, a lo que debe agregarse, tratándose del acto administrativo, la necesaria declaratoria de cualquier situación que vicie al mismo, por el juez respectivo, en procura de la seguridad jurídica de los asociados. Esta tesis la consideramos procedente en la realidad jurídica colombiana.

4. teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho

Esta tesis es expuesta por MARIENHOFF, quien considera que ante la imposibilidad de conectar la actuación administrativa con un acto o texto legal válido, la conducta arbitraria en este caso trasunta en “vía de hecho”. Es decir, no hay acto, o éste es de difícil prueba y se impugna, en consecuencia, la actuación grosera y salida del cauce, cual es la vía de hecho. “El tratamiento jurídico de todas aquellas conductas que trasuntan irregularidades de gravedad tal que excedan de la noción de acto administrativo ‘nulo’, no corresponde regirlo, pues, por la pretendida teoría del acto inexistente sino por la teoría de la vía de hecho administrativa...”.¹⁰⁶

C. inoponibilidad del acto administrativo

Se dice que un acto administrativo es inoponible a un acto administrado cuando aún no se han cumplido determinados requerimientos o medidas de estricto orden formal

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 366 y 367.

¹⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso*, cit., p. 513. ESCOLA. *Tratado*, cit., p. 105.

¹⁰⁵ FIORINI. *Derecho administrativo*, cit., p. 473.

¹⁰⁶ MARIENHOFF. *Tratado*, cit., pp. 494 y 495.

tendientes a lograr la eficacia del acto. La inoponibilidad se produce generalmente con respecto de aquellos actos en los cuales falta aún la publicidad que la ley establece para que éste surta efectos frente a terceros indeterminada o determinadamente. Para estos efectos nos remitimos a lo expuesto en los capítulos de la presente obra sobre los aspectos subjetivos en la formación del acto y en el capítulo sobre la publicidad de los actos administrativos en donde analizamos profundamente el problema de la inoponibilidad del acto adoptado, mas no publicitado. En la práctica, la inoponibilidad no niega la existencia del acto, simplemente nos indica la imposibilidad jurídica de llevarlo al mundo de la eficacia.

IV. convalidación de los actos administrativos

En procura de la estabilidad jurídica y de hacer predominar el concepto de lo sustancial frente a lo meramente adjetivo, evitándose de esta manera permanentes pronunciamientos sobre ilegalidades que la administración hubiere podido corregir, la doctrina ha desarrollado el concepto de la convalidación de los actos administrativos por las mismas autoridades que los expidieron o por la intervención del legislador al suprimir algún requisito vigente al momento de la expedición del acto o al admitir expresamente que un acto producido de manera irregular produzca plenamente sus efectos jurídicos. Se trata de dos vías diferentes para lograr subsanar las deficiencias en la validez del acto y mantener el mismo surtiendo efectos jurídicos. Desde estos puntos de vista, convalidar tendría dos acepciones jurídicamente válidas: la de corregir un acto administrativo y la de admitirlo como plenamente válido mediante ratificación posterior.

En algunos pronunciamientos la jurisprudencia nacional ha aceptado la figura de la convalidación de los actos administrativos. El Consejo de Estado se ha encargado de establecer algunos requerimientos lógicos para su procedencia. Dentro de esta tónica se considera que no todos los actos administrativos pueden ser objeto de convalidación: tan sólo aquellos que se refieran a problemas eminentemente internos de la administración y que no se encuentren incursos en situaciones de nulidad prácticamente insubsanables como es el caso de la incompetencia. En providencia de 1991 la corporación indicó: "... La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto

irregular ha expresado que en ciertos casos, y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto, el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para la cual corrientemente se usan las expresiones confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Con el alcance indicado, el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc."¹⁰⁷

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 1991, C. P.: MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

De la lucha contra la corrupción y el control público

Por: Dra. Miriam Mabel Ivanega



Dra. Miriam Mabel Ivanega

I. Introducción

La buena administración, es uno de los derechos de los ciudadanos, consagrado en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales del año 2000, que también implica un deber en cabeza de la propia Administración.

Dos efectos importantes tiene esta formulación: es determinante de la calidad de la organización pública, y también es una especie de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas. Ello sin perjuicio de otras consecuencias que muestran la robustez del sistema, en la medida que genera confianza en los ciudadanos, legitima las actuaciones públicas, incrementa el rendimiento democrático.¹

Una larga nómina de principios y derechos le dan sustento:

ubicada cerca del ciudadano, ese modelo exige calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, comunicación con la sociedad, objetividad, responsabilidad de los funcionarios, rendición de cuentas y así podemos continuar con una extensa nómina de componentes que adquirirán significado, en la medida de que la actividad administrativa se proyecte hacia el individuo y los núcleos sociales que éste conforma.

Por ejemplo, en el Documento “Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI”, aprobado en el 2010 en el seno del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD),² se analizan cinco aspectos que se entienden constitutivos: 1. Democratización de la gestión pública; 2. Profesionalización de la función pública; 3. Nuevas tecnologías de gestión; 4. Gestión por resultados orientados al desarrollo; 5. Mecanismos de gobernanza.

Este instrumento se une a otros, que en los últimos años han formado un marco referencial para los Estados; y son las Cartas Iberoamericanas de: Participación Ciudadana-adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana, Portugal, diciembre de 2009-; Calidad en la Gestión Pública –XVIII Cumbre Iberoamericana, El Salvador, octubre de 2008-; Gobierno Electrónico -XVII Cumbre Iberoamericana, Chile, noviembre de 2007-; Código Iberoamericano de Buen Gobierno -adoptado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006- y Carta Iberoamericana de la Función Pública -adoptada por la XIII Cumbre Iberoamericana, Bolivia, noviembre de 2003-; la Carta Interamericana Democrática -aprobada en el Vigésimo Octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Perú, 2001-

En las últimas décadas, de la mano de la primacía de los tratados de derechos humanos, las reformas estatales junto a las nuevas tecnologías en la era de la globalización,

¹ Nevado-Batalla Moreno Pedro T., Legalidad y buena administración, Pontificia Universidad Javeriana-Colección Internacional N°19, Bogotá, 2009, p. 29. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas, Ediciones Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 17.

² Aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD Santo Domingo, República Dominicana, 8-9 de noviembre de 2010.

obligaron a los Estados a adoptar de políticas dirigidas a modificar las organizaciones administrativas, sus estructuras y procedimientos, atendiendo –entre otros aspectos- a prevenir y combatir la corrupción.

El control de la Administración Financiera no fue ajeno a estos propósitos; por el contrario, se tendió a intensificar la función de los organismos competentes y en algunos casos se revisaron los sistemas de control y los mecanismos aplicados, a fin de hacerlos más efectivos para cumplir con aquellos objetivos.

Sin embargo, la realidad nos muestra cierto grado de descontento y de fracaso a la hora de evaluar los resultados de los controles practicados.



II. Corrupción, ética y transparencia públicas.

1. Transparencia Pública

La transparencia debe instituirse como política pública, en la que se concrete la congruencia entre Ética y Política. Deberá atender a la pertinencia, la honestidad, la eficiencia y la eficacia, como sus

elementos mensurables.

Es por lo tanto, un principio bajo el cual podemos incluir otros, que encuentran en él su esencia: la transparencia supone publicidad, información, participación, rendición de cuentas, ética, responsabilidad, control; aun cuando cada uno de ellos tiene un alcance propio y se plasman en derechos que se ejercen con independencia.

La actuación pública transparente es “una herramienta para mejorar la calidad de vida de las personas”.³

Estamos frente a un derecho humano como el sentido del “derecho a la no corrupción”.⁴ Su consagración en instrumentos internacionales, en la Constitución -aún cuando no contiene una disposición específica- y en normas legales, convierte a aquel principio en un imperativo de actuación pública.

Con ello se protege una esfera de libertad esencial para el ser humano relacionada con la seguridad jurídica, con una nota de universalidad distintiva de los derechos humanos, “puesto que predica de todo individuo por el simple hecho de ser tal”. Se trata de un derecho subjetivo público a favor de los gobernados, que impone deberes a los órganos estatales, de realizar su gestión pública en el ámbito administrativo, con apego a la legalidad.⁵

Tiene un estrecho vínculo con otros derechos subjetivos: la vida, la propiedad, la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad, compartiendo el núcleo de las libertades públicas que se reserva el individuo frente a la sociedad. Por ello, requiere de un contorno de garantías jurisdiccionales con el objetivo de que sea aplicado.⁶

El enfoque que venimos exponiendo no es pacífico; algunos autores entienden que la transparencia no es un derecho humano, en particular cuando se pretende supeditar, a ella, el acceso a la información. De tal suerte que la crítica se centra en que la transparencia tiene diversos significados, cuya comprensión se centra en la idea de que es un medio en un relación entre gobernantes y organizaciones responsables de proporcionar información a los gobernados, para conocerla, sin que se aplique sanción alguna en los casos que los

³ Villanueva Ernesto, Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, UNAM, México 2003, p. XXIV.

⁴ Marquez Daniel, El derecho humano a la no corrupción, en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.189 y ss.

⁵ Marquez Daniel, El derecho humano...op.cit., p.217/8.

⁶ Marquez Daniel, El derecho humano...op.cit., p.218.

responsables no la suministren.⁷

En materia de regulación, la República Argentina muestra una importante normativa de distinto rango legal.⁸ La Constitución histórica no incluyó reglas específicas en esta materia, solo fijó algunas pautas vinculadas a la función pública, por ejemplo *la igualdad de oportunidades* para acceder al cargo y la idoneidad como condición de ingreso, que se entiende que abarcativa del desempeño ético del funcionario. Posteriormente, la modificación constitucional de 1957 se agregó la *estabilidad* del empleado público, garantía para el agente y para la propia función pública, al preservarlos de los cambios en la conducción política del Estado.⁹

Con la reforma de 1994, además de la aplicación de los tratados, pactos y convenciones en los términos del artículo 75 inc. 22, se incorporó el artículo 36 que, en su parte pertinente, regula: *...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.*

En esta disposición no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal, entendiéndose que en la Constitución Nacional reformada, la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado asume formas menos severas que las fijadas para luchar contra quienes atenten por la fuerza, contra las instituciones democráticas.¹⁰

Ahora bien, frente al avance de la corrupción y sus efectos “globalizantes”, un modelo ético en la gestión

pública constituye una herramienta fundamental en el logro de la transparencia de los actos de los funcionarios públicos.

En este campo, cabe recordar el pensamiento del profesor argentino Julio Rodolfo Comadira: la ética no es un mero análisis lingüístico, ni puro empirismo psicológico o sociológico; “es ciencia teórica porque su objeto reside en la fundamentación teórica del orden práctico humano y supone, por ende, un conocimiento cierto y sistemático de la debida ordenación de los actos humanos; es práctica precisamente porque se refiere a algo que el hombre ha de realizar con arreglo a la razón y es normativa porque estudia las reglas que fijan lo debido para la acción de éste”.¹¹



La ética pública es entendida como *el conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad –en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general.*¹²

⁷ Olivos Campos José R., El derecho de acceso a la información en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.319 en Derechos Humanos en Ibero-América (coord. José R.Olivos Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.189 y ss..⁸ A título de ejemplo pueden citarse: 1. Las leyes que aprobaron la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) –Nº 24.759- y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –Nº 26.097; 2. Ley 25.319 que aprobó Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; 3. La Ley 25.188 de Ética en la Función Pública y su reglamentación por el decreto 164/99; 4. Ley 25.246, que sustituyó la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI del Código Penal –pasó a denominarse: “Capítulo XIII: Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo”-, modificó varios artículos del Código incorporando el encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo y creó la Unidad de Información Financiera (UIF); 5. Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, Nº 25.164; 6. El Código de Ética de la Función Pública aprobado por Decreto 41/99, aplicable a los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional; 7. Ley 25.233, cuyo artículo 13 se creó la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 8. El Decreto 1172/03, mediante el cual se aprobaron los Reglamentos Generales para el Poder Ejecutivo Nacional, sobre: 1) Audiencias Públicas; 2) Publicidad de la Gestión de Intereses; 3) Elaboración Participativa de Normas; 4) Acceso a la Información Pública y, 5) Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

⁹ Said, José Luis, La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento, en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, p.489

¹⁰ Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, T.I, La Ley, 2008, p. 513

¹¹ Comadira, Julio Rodolfo, “La regulación jurídica de la ética pública”, en Revista de Derecho Público, 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, 598 y sigs

La idea central está puesta en el servicio a la colectividad, es decir en la realización del bien común.¹³

La experiencia moral del ciudadano como funcionario y del particular en tanto colaborador de la Administración, constituyen el punto de partida de la investigación en la ciencia de la ética pública; su resultado es la determinación del sentido de aquella experiencia con base en los principios universales que proporciona la razón. Ello supone la exigibilidad de ciertos valores deseables, respecto de la conducta de los agentes públicos. La conducta de éstos, será ética si se exteriorizara el cumplimiento de los deberes y pautas que derivan de aquellos valores.¹⁴

Ética pública y ética privada, no son diferentes, sino que la primera es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes;¹⁵ por ello y en idéntico sentido se entiende que no existen dos morales o éticas, sino que dos manifestaciones distintas de una misma realidad: dos dimensiones diferentes de un mismo fenómeno.¹⁶

*La ejemplaridad y la honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. El político y el funcionario deben respetar los estándares de conducta de la sociedad, la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas.*¹⁷

Como ciencia, se apoya entre lo que se puede y lo que se debe hacer. Y con igual sustento, aplicada a la función pública la ética tiene su eje central en la idea de servicio.¹⁸

Incluso Max Weber realiza una distinción en cuanto a la acción éticamente orientada, la que puede ajustarse a dos máximas distintas entre sí e irremediamente opuestas: “puede orientarse conforme a la ‘ética de la convicción’ o conforme a la ‘ética de la responsabilidad’ (...). Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a la ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente

responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o la voluntad de Dios que lo hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta los defectos del hombre medio. (...) no se siente en situación de poder descargar sobre otros aquellas consecuencias de su acción que él pudo prever. Se dirá siempre que esas consecuencias son imputables a su acción”.¹⁹

Con todo lo dicho, retomamos el criterio de que ser transparente es incursionar en diversos terrenos, la publicidad de los actos de gobierno, la participación, el control social, la eficiencia y la eficacia, la exigencia de rendición de cuentas, pues sin perjuicio de constituir individualmente un derecho a ser ejercido en forma plena, todos abrevan en el principio de transparencia.

2. Corrupción

Lo contrario a la transparencia suele identificarse como corrupción: “utilización de potestades públicas para intereses particulares”,²⁰ figura que encuentra su semejanza en el vicio de la desviación de poder, esto es, “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público– que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”.²¹

Desde los años ochenta del siglo XX, tanto en Europa como en países de otros continentes se tomó conciencia de que la corrupción operaba como un verdadero “meta-sistema”, de mayor efectividad incluso que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba.²²

Se manifiesta de diferentes formas -tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos- y responde a una multiplicidad de causas.

¹² González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración Pública*, 2da. edición, Madrid, 2000, 40.

¹³ Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *La dimensión ética*, Madrid, 2001, p. 293.

¹⁴ Comadira Julio R., *La ética pública y el ciudadano común*, www.eldial.com -DC242.

¹⁵ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, *Principios de ética pública –corrupción o servicio–*, Montecorvo, Madrid, 1993, 24/25. Ver también Caputi María C., *La Ética Pública*, Buenos Aires, 2000.

¹⁶ González Pérez, Jesús, *La ética...op.cit.*, 27/28

¹⁷ González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 42 y s.. “Una cosa es una ética pública no confesional y otra muy distinta que sólo sea relevante la conducta delictiva o la que ponga en peligro los caudales públicos y secretos oficiales”.

¹⁸ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, *Ética, Poder y Estado*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 7 y 35/36

¹⁹ Weber Max, *El político y el científico*, Alianza, México, 1997, p. 164

²⁰ González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Madrid, Civitas, 2000, 2ª edición, pp. 63-64.

²¹ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Función Pública, Ética pública y corrupción”, en AA VV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 649.

²² García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997, 3ª edición ampliada, p. 82 y sigs.

Según el Libro de Consulta de Transparencia Internacional (año 2000) hay elementos que contribuyen al desarrollo de la corrupción, por ejemplo: la coerción estatal; el poder; la burocracia; el formalismo y rigidez de la ley; las regulaciones vagas sobre conflictos de intereses; una falsa noción de eficiencia; la inequidad. Incluso, la eficiencia no está exenta de ser un instrumento de prácticas corruptas. Por ejemplo, algunos investigadores opinan que la corrupción representa simplemente la operación de las fuerzas del mercado dentro de los programas estatales y que, frente a la necesidad de que el mercado sea eficiente, debería tolerarse. Pero esta observación es inaceptable, desde el momento que los programas públicos pueden verse afectados negativamente si los funcionarios asignan los recursos escasos a un licitante que ha pagado el soborno más alto, y no al más competitivo. A su vez, “los sobornos inducen a los funcionarios a generar condiciones artificiales de escasez, lentitud y trámites innecesarios para presionar su pago”.²³

La Convención de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)²⁴ son el resultado de la creciente preocupación por estas prácticas, que afectan las transacciones internacionales y los gobiernos de todo el mundo.

Estos instrumentos jurídicos tienen elementos comunes con otras convenciones, como la de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para el Combate contra el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.²⁵

Estamos frente a un fenómeno que sobrepasa los límites geográficos de los países y afecta al sector público y al privado; pues su existencia en el ámbito estatal supone la actuación de un particular que con su actuación coadyuva a la formación de relaciones corruptas.²⁶

Según el diccionario de la Lengua Española -Vigésimo segunda edición- la corrupción en las organizaciones es una práctica

consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho económico o de otra índole de sus gestores.

En el ámbito estatal, supone “la utilización de potestades públicas para intereses particulares”,²⁷ identificándose con la figura de la desviación de poder, es decir “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público- que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”.²⁸

Convertido en un “verdadero asesino...que destruye las reglas de juego.”,²⁹ los mecanismos para contrarrestar sus efectos deben siempre partir del reconocimiento del flagelo y sus consecuencias negativas; y de la necesidad de su erradicación.

Señala García de Enterría que desde los años ochenta del Siglo XX, tanto en Europa como en países de otros continentes, se tomó conciencia de que la corrupción operaba como un verdadero “meta sistema”, de mayor efectividad incluso que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba.³⁰

Sin distinción entre países ricos y pobres, se manifiesta de diferentes formas, tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos. Vemos incluso las Convenciones internacionales, que han identificado el soborno, la extorsión, el uso indebido de cargos con fines no oficiales, el tráfico de influencia, el nepotismo, el fraude, la malversación de fondos públicos, etc.

Se la considerara, incluso, como causa de la desestabilidad en América; y en América Latina por lo menos, como un problema grave, preocupante, presente en la vida diaria. Es un hecho de la realidad que responde a una multiplicidad de causas las cuales no pueden ser todas removidas por el derecho, a pesar que éste sí “puede elaborar una batería de instrumentos que tiendan a hacer reprimible lo que hasta

²³ Libro de Consulta de Transparencia Internacional, año 2000.

²⁴ Artículo III, incs. 5º y 11.

²⁵ En nuestro país

²⁶ En ese sentido puede verse también Comadira Julio R., Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, Cap. XXIII y Klitgaard Robert, Combatiendo la corrupción. Información e incentivos, en Nueva Sociedad N° 145, Venezuela, septiembre-octubre 1996, p. 56-65 y julio 2000.

²⁷ González Pérez, Jesús, “La ética...”, op. cit., p. 63/64.

²⁸ Perez Cortes Maria Jeanneret de, Función Pública, Ética Pública y Corrupción en organización administrativa, función pública y dominio público, RPA, Buenos Aires, 2005, p. 649.

²⁹ Klitgaard Robert, Controlando la corrupción, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

³⁰ García de Enterría Eduardo, Democracia, jueces y control de la administración, 3ra. edición ampliada, Madrid 1997, p. 82 y ss.

³¹ Vanossi Jorge R., Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción, ED 149:745

ahora parece impune; y tiendan a prevenir lo que hasta ahora sólo parece algo destinado a una inocua represión”.³¹

Resulta indiscutible que el procedimiento administrativo es objeto de tramitaciones y decisiones poco transparentes. Así, se presentan procedimientos que visten de manera formal la atención a intereses particulares, clientelistas, ajenos a todo interés público, lo que supone un grado de agresión al ordenamiento y a los derechos de los ciudadanos. En realidad se utiliza el derecho y la legalidad como coartada de un fenómeno de corrupción, en particular en la selección del personal público y en los contratos administrativos.³²

En el primer supuesto, la exigencia constitucional de idoneidad además de los requisitos establecidos reglamentariamente –basados en la capacitación, el mérito– están dirigidos a que lograr que los mejores sean los que puedan acceder a formar parte de la Administración. De ahí que la imparcialidad en los procesos de selección deba estar asegurada a través de la exigencia de parámetros objetivos. Sin embargo, la realidad suele mostrar desvíos, cuyo análisis no es ésta la oportunidad para abordar, aun cuando es evidente que el “direccionamiento” de los concursos, para favorecer a personas determinadas, suele ser la modalidad tradicional en estos procedimientos.

Estas prácticas causan un impacto negativo en la sociedad y en la propia organización (que deja de priorizar el buen servicio), aspectos que merecen recordar a Macarel en el siglo XIX, cuando se dirige a jóvenes estudiantes enviados por el Virrey de Egipto, para ser formados conforme al modelo de la civilización europea, las siguientes palabras: “Pero un principio que no solo debe tener lugar en las leyes secundarias, sino también en la Constitución misma, es el que declara la igualdad de todos los ciudadanos para desempeñar los empleos públicos. En efecto, nada ofende más al ciudadano que los privilegios y parcialidad en la distribución de esta especie de favores y el único medio de no llamar a su lado sino hombre dignos y capaces, es no vender los empleos sino la precio de los talentos y las virtudes (...).”³³

El segundo ámbito en el que la corrupción está presente, es el de las contrataciones administrativas, cuyo impacto económico-financiero lo reviste de una trascendencia

particular. Incluimos tanto el procedimiento de formación del contrato, como su ejecución.

En el campo contractual, la legitimidad de cualquier decisión debe examinarse considerando, por un lado la obligación que pesa sobre la Administración de no incurrir en prácticas que impliquen comprometer intereses superiores, que ella misma debe preservar; y por el otro, que el contratista se comporte con diligencia, prudencia y buena fe, en atención a su condición de colaborador de aquella en la realización de un fin público.³⁴



A título de ejemplo, en la República Argentina a nivel nacional, el Decreto 1023/01 estipula que es causal determinante del rechazo de una propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) para que se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

³² Conf. Nevado-Batalla Moreno Pedro T., Legalidad y buena administración...op.cit., p. 56 y ss.

³³ Extraído de Nevado-Batalla Moreno Pedro T., Legalidad y buena administración...op.ci., p. 61/62

³⁴ Ivanega Miriam M., El principio de buena fe en los contratos administrativos, Revista de la Administración Pública N° 360, RAP, Buenos Aires, 2008. En ese sentido, respecto a una rescisión contractual: Causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo” del 18 de julio de 2002.

Son considerados *sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, sindicatos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.*

Con similar temperamento, la Ley 25.188,³⁵ de Ética en Ejercicio de la Función Pública, exige entre los deberes y pautas de comportamiento ético, *observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad (art. 2 inc. a).*

A su vez establece la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública *dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;* (artículo 13 inc. a)

Los actos emitidos por los sujetos alcanzados por la ley, dictados en violación de ese régimen, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Y consecuentemente *las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.*

Todos los países han dictado normas, con el objeto de regular conductas y sanciones en la materia con base en las convenciones internacionales contra la corrupción. Sin embargo, es indudable que la regulación jurídica no es suficientes, lo que ha llevado a que dentro de la doctrina argentina se llegara a considerar que la normativa también puede incidir negativamente sobre la corrupción.

En esa línea de pensamiento el profesor Hector Mairal señala de que el derecho además de ser instrumento a un

sistema económico que fomenta el flagelo, “también puede actuar independientemente como factor de corrupción”. Esta paradójica situación, muestra que si bien la misión del régimen jurídico es coadyuvar en la lucha contra el fenómeno, en no pocas ocasiones obra de aliado.³⁶

Base de esta tesis son los cambios continuos normativos, que impiden conocer cual es el texto vigente; por la existencia de normas oscuras –o de validez oscura- que admiten varias interpretaciones; muchas veces es difícil o imposible cumplir con la norma o su costo de cumplimientos es muy elevado, poniendo en riesgo la continuidad de la conducta privada; la admisión por parte de la autoridad de que un sector social viole las normas y sancione un porcentaje reducido de incumplidores; en ciertos casos (como en materia ambiental) es más económico afrontar las multas que imponer las tareas que impone la ley. A esto suma, la magnitud de la discrecionalidad para actuar que se otorga a los funcionarios, lo que hace dificultoso su control y sanción.³⁷

Las opiniones contrarias que se levantaron contra este criterio, apuntan a lo destructivo que implica desestimar la importancia de las normas. Se entiende que debe ser superada toda tendencia a la “anomia”, que facilita la corrupción; por eso debe insistirse “en la necesidad del sometimiento a la ley, que debe ser igual para todos”.³⁸

Así, es imprescindible que la comunidad en su conjunto supere esa anomia y se comprometa con el cumplimiento de las normas, el respeto de las pautas y los principios éticos, “y que asuma como propio el objetivo de un bien común realizable, de una mejor sociedad posible. De otro modo no será factible enfrentar a la corrupción y a un entramado que incluye -como cómplices- a miembros de la clase política, funcionarios, empresas y particulares”.³⁹

Pero es insoslayable que la conducta corrupta del agente estatal es interactiva con la del particular. Por ese motivo, “cuando se digitan licitaciones o concursos, se negocian indebidamente contratos, se eluden multas o inspecciones, se medra con las limitaciones financieras del tesoro público y las expectativas de los más necesitados, se evaden impuestos

³⁵ B.O. 01/11/99

³⁶ Mairal Héctor A., Las raíces legales de la corrupción, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007 p. 18

³⁷ Mairal Héctor A., op.cit., p. 21/22

³⁸ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Función Pública, Ética pública y corrupción”, en AA VV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas Organizadas por a Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 649.

³⁹ Pérez Cortés Maria J. de, Función pública, op.y p. cit.

o de cualquier otra manera se consuman vínculos jurídico públicos espurios en perjuicio del bien común, la ética pública se viola, sin duda, por el funcionario, pero también por el ciudadano que compite en la licitación o concurso, negocia indebidamente el contrato, elude las sanciones, lucra insolidariamente a expensas del presupuesto público o evade la carga impositiva⁴⁰.

III. Del control en general⁴¹

Poder y responsabilidad suponen control. Éste encuentra parte de la necesidad de garantizar el buen uso del poder, encargándose de hacer materialmente comprobables los desvíos o transgresiones, permitiendo la asignación de responsabilidades personales concretas.⁴²

Como el control y el poder son correlativos⁴³ e interdependientes, el primero constituye un límite del segundo; sin perjuicio de que constituya un poder en sí mismo.

Controlar al poder contiene cierta paradoja, pues como señala Diego Valadés la idea misma del poder parece no dejar mayores espacios para pensar en su control.⁴⁴

El citado autor explica que la estructura constitucional de los controles debe atender tanto a las demandas reales de la sociedad como a las posibilidades efectivas del Estado y ello es posible en un sistema democrático en el cual el poder debe: a) estar distribuido; b) ser regulados en base a patrones de racionalidad; c) estar limitado temporalmente; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz; g) estar controlado.

Condiciones todas, que deben estar equilibradas, cuya presencia permite contestar, en forma afirmativa, la pregunta de si es posible el control del poder.⁴⁵

En ese sentido y partiendo de un concepto amplio, el control es un “...vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder⁴⁶”.

Existe siempre un denominador común el control evita abusos. Pero, limitación y control no son lo mismo; están fuertemente implicados, en cuanto el segundo garantiza la vigencia del primero, poder limitado es poder controlado, pero son distintos, lo que se verifica en la existencia de diversos tipos de control, que abarcan sujetos, métodos y objetivos distintos.⁴⁷

El control no forma parte solamente de un concepto político de la Constitución, como lo sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, “de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésa como norma⁴⁸”.

Con prescindencia de sus variadas clasificaciones, el control público tiene un fundamento democrático y así para referirse al sistema de control de un país, es necesario partir de su realidad constitucional.

Como se expuso anteriormente esta función de control se manifiesta a través de diversos procedimientos y actos, que involucran un denominador común: la comparación de la actuación debida, con la real o efectiva.

Vigilancia, intervención, mando, veto, dirección, fiscalización, verificación, dominio, inspección, revisión, son algunos de los términos utilizados.

Sin perjuicio de que se pueda hacer alusión al control en general, lo cierto es que tenemos tantos tipos de control como calificaciones y normas legales existan; a lo que debe sumar las particularidades de cada país, que pueden identificarlo

⁴⁰ Comadira Julio R., La Ética y el ciudadano común, elDial.com DC242

⁴¹ Ivanega Miriam Mabel, Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2003, capítulo II.

⁴² Cortés de Trejo Lea Cristina, citando a Cayetano Licciardo en Tribunales de Cuentas, Contribuciones para un análisis crítico de la Ley 24.156, Municipalidad de Córdoba.

⁴³ Coincidimos con Márquez Gómez Daniel, Función Jurídica de control de la Administración Pública, UNAM, México, 2005, p. XVII

⁴⁴ Valadés Diego, El control del poder, Universidad Porrúa-UNAM, 3ra.edición, México, 2006, p.1. Señala el autor que la historia nos muestra que así como ha sido intensa la lucha por el poder, lo fue la lucha contra el poder. En el primer caso, se reconocen tres modalidades: el predominio del más viejo, del más fuerte y del más hábil; el segundo se caracteriza por manifestaciones diferentes pues o se procura la modificación del aspecto y contenido del poder, o se plantea su dilución, o la sustitución de un poder por otro mediante un desplazamiento violento. En una tercera dimensión se presenta la lucha interna, en el poder.

⁴⁵ Valadés Diego, El control..., op. cit., p.9

⁴⁶ Aragón Reyes, La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional citado por Jorge Lozano Miralles en Control, auditoría y fiscalización, Revista Auditoría Pública N° 3, España, 1995.

⁴⁷ Ibidem, p. 64 y ss.

⁴⁸ Ibidem, p. 15.

⁴⁹ Ivanega Miriam M., Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2003 Cap.II

con una modalidad o mecanismo determinado.⁴⁹

Por eso, a ese término le corresponden diversas voces con interpretación diferente.⁵⁰

El fenómeno del control escapa al corsé una definición única conceptual, aunque no significa que posea una pluralidad de sentidos.

Complementario con ello, en las últimas décadas se ha tendido a reconocer dos cuestiones vinculadas con el control. La primera, señala que éste debe tender fundamentalmente a asegurar que las actividades de un ente público se lleven a cabo de la forma no solo debida, sino además deseada y que contribuyan a la consecución de los objetivos globales. En segundo término, se concibe que de una perspectiva racional en la cual el control debe realizarse a través de mecanismos formales, se ha pasado a una macrosocial, en el cual aquel es el resultado de un entorno social y cultural.⁵¹

Ahora bien, la experiencia nos indica que a mayor cantidad de organismos de control, menores son los resultados óptimos que se obtienen de dicha función. Es decir, existiría una relación inversa entre “cantidad” de organismos y “producto”.

Hablamos de “resultados óptimos”, porque no alcanza con la producción en masa de resoluciones, informes o formulaciones de cargo que luego no pueden concretarse; es imprescindible que el control cumpla con sus objetivos y utilice los medios idóneos para ello. Es decir, que sea eficiente y eficaz.

La paradoja que se presenta tiene origen en causas diversas, algunas intrínsecas a la organización del Estado y de la Administración Pública, otras ajenas a ellos, como políticas, sociales y hasta culturales.

A su vez, la influencia de factores políticos no es ajena a esa problemática, en particular en lo vinculado a la conformación de los organismos de control, pues la incidencia de esas causas afecta su independencia y neutralidad, y por ende los resultados de su actividad. Porque por sobre todo, el control no sólo debe buscar y fomentar la transparencia, “él mismo debe ser transparente, tanto en su ejecución como en sus

resultados”.

Ningún sistema es perfecto, lo importante es comprender para qué y para quién se controla, y aquí nos enfrentamos con la preservación del Estado y de los intereses de quienes lo componen: la sociedad.

En definitiva, la función de control encuentra sustento en el propio Estado de Derecho, siendo el medio más eficaz y directo para lograr que la administración en su conjunto cumpla, debidamente, el fin de satisfacer los intereses de la comunidad.

Respecto a la transparencia pública, si bien todas las especies de control tienden a corregir errores y evitar abusos; su relevancia se ubica en un plano constitucional: que la sociedad conozca el grado de cumplimiento de las políticas públicas fijadas para un ejercicio determinado y el resultado del manejo de bienes y recursos públicos.

IV. El control público eficiente y eficaz. Críticas finales

El control público está en crisis. Si bien sería injusto que ello se predicara de todos los tipos o mecanismos de control, existe esa percepción generalizada, que roza de alguna manera a la mayoría de las manifestaciones de tal actividad. En el caso de la República Argentina, aquella afirmación la sostenemos respecto del sistema de la Ley 24.156, Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

En esta ocasión, interesa apuntar algunas cuestiones del sistema de la Ley 24.156 -que dividió al control entre interno y externo- en cuanto al control de gestión y el control interno de la Administración.⁵²

El control de gestión es una de las manifestaciones más importantes de estas últimas décadas. Superada la tendencia a efectuar controles formales, aquella modalidad permitió a los organismos competentes introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

La gestión comprende todas las actividades de una organización: a) el establecimiento de metas, b) el análisis de los recursos disponibles, c) la apropiación económica de los

⁵⁰ Márquez Gómez Daniel, *Función Jurídica...* op.cit., p. 11 y ss

⁵¹ Ver Joan M. Amat, en *Control de Gestión*, 4ta. Edición, España, 1998. Este autor, analiza la evolución del control y específicamente del control de gestión, desde cuatro perspectivas la racional, psicosocial, cultural y macrosocial.

⁵² Acerca de los tipos y clasificaciones del control, Ivanega Miriam M., *Mecanismos de control...* op.cit., Cap. II y II

misimos, d) la evaluación de su cumplimiento y desempeño institucional y e) la adecuada operación que garantice el funcionamiento de la organización.

De ahí la importancia de esta modalidad que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas 3 E sino 5 E: economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objetivos claros así como un conjunto de sistemas adecuados para desarrollar las acciones.

Una parte significativa de las falencias en la gestión, y que se traduce en el cumplimiento deficiente de las competencias -con el consecuente perjuicio para la sociedad- se produce por la inexistencia o irregular implementación del control interno. Éste es útil para la consecución de los objetivos de las instituciones, y es un medio fundamental para prevenir y evitar problemas.

El control interno consiste en el conjunto de elementos materiales y también humanos interrelacionados, cuyas finalidades son asegurar: a) la veracidad de la información elaborada en el interior de una organización, que se utiliza como soporte de la toma de decisiones por parte de su nivel directivo, b) que la política del organismo sea ejecutada en forma correcta por las diferentes áreas y en los distintos niveles jerárquicos.

Correctamente diseñado y aplicado, proporciona una garantía razonable para el logro de: eficacia y eficiencia de las operaciones; confiabilidad de la información financiera; cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas. Estamos frente a un proceso, que llevan a cabo las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos; que aporta un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.

Este tipo de control es exigible de toda gestión con el objeto de contribuir a la toma de decisiones y a corregir los desvíos y falencias una vez detectados. En la Ley 24.156 el sistema es complejo, entre la responsabilidad puesta en cabeza de las autoridades máximas de los organismos, las Unidades de Auditoría Interna y la Sindicatura General de la Nación.

Pero más allá del esquema que sirvió de antecedente para estructurar el régimen nacional y de las intenciones del legislador, la práctica nos muestra que el control interno que

se supedita a los funcionarios políticos, desvirtuándose su naturaleza.

Las observaciones, recomendaciones, dictámenes, que los órganos y entes emiten en el ejercicio de su actividad de control, terminan por convertirse en una conformidad tácita o expresa de la gestión. La falta de independencia y el sometimiento a las líneas políticas, prescindiéndose de la neutralidad que el campo del control debe poseer, demuestran una realidad que no se ajusta a la legalidad.

No es posible culpar de esa situación, exclusivamente, a la forma de designación de quienes ejercen control interno, o a las relaciones orgánicas entre controlado y controlante, pues el mantenimiento de una actitud independiente, una posición de objetividad, una conducta ética y una idoneidad técnica son elementos que garantizan el ejercicio legal y razonable de la competencia en esta materia.

Variadas fallas en el funcionamiento de la Administración, demoras en las tramitaciones, irregularidades en los procedimientos administrativos, insatisfacción de demandas sociales, podrían evitarse o por lo menos prevenirse, si el control interno actuara como retroalimentador de las políticas públicas.

Reiteramos las críticas que formulamos al funcionamiento del sistema general, entre ellas la influencia de factores políticos en lo vinculado a la conformación de los organismos de control (interno y externo), pues la incidencia de esas causas afecta los resultados de su actividad.⁵³

Ello es muestra que, en ciertas oportunidades, los organismos de control persiguen detectar y hasta corregir irregularidades de naturaleza similar a las que él incurre.

Es decir que no cumplen con los objetivos que exigen del controlado: la eficiencia y la eficacia. Pero también objetividad, imparcialidad, neutralidad, razonabilidad.

⁵³ Ivanega Miriam M. La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad, en Revista Jurídica La Ley, 2 de marzo de 2011.

Tratamiento jurídico de la información personal de los usuarios de los servicios de las telecomunicaciones

Por: Mgter. Esther González De Mendoza



Mgter. Esther González De Mendoza

Desde el punto de vista jurídico el tema de la información confidencial en base de datos se encuentra contemplado en el artículo 42 de la Constitución Política de la República, el cual establece que la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.

Otra norma jurídica, que hace referencia a la información personal contenida en una base de datos, específicamente en el registro de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, es la ley 51 de 18 de septiembre de 2009, que dicta medidas para la conservación, la protección y el suministro de datos de los usuarios de estos servicios y que establece en su artículo 1 la obligación de las empresas concesionarias, los distribuidores, los agentes autorizados y los revendedores de telefonía móvil, fija y troncal, los Internet cafés, las infoplazas y las redes de comunicación que presten el servicio y/o lo comercialicen, en o desde la República de Panamá, de establecer y conservar un registro de datos

que proporcione la identificación y dirección suministrada por los usuarios que contraten sus servicios, en cualquiera de sus modalidades, en todo el territorio nacional. Estos datos necesarios para identificar al usuario de las empresas concesionarias, los distribuidores, los agentes autorizados y los revendedores de telefonía móvil, fija y troncal, de internet café, de infoplazas y de redes de comunicación son detallados ampliamente en el artículo 2 del mismo cuerpo legal.

El tenor del artículo 10 de la ley 51 de 2009, es el siguiente:

“Artículo 10. Los datos conservados y la información suministrada con arreglo a lo dispuesto en esta Ley tienen el carácter de información confidencial y solo podrán ser proveídos de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República, la presente Ley y sus reglamentos.”

Sobre el deber de suministrar los datos conservados y la información suministrada con arreglo a esta ley 51 de 2009, el artículo 11 dispone que es “deber de las empresas concesionarias, los distribuidores, los agentes autorizados y los revendedores de telefonía móvil, fija y troncal, los internet cafés, las infoplazas y las redes de comunicación, suministrar al Ministerio Público o a la autoridad judicial la información y los datos que cuenten en sus sistemas de información y que se requieran para la investigación de delitos, la detención y el enjuiciamiento de las personas vinculadas, directa o indirectamente, con la comisión de dichos delitos, de acuerdo con las formalidades legales y para los fines específicos establecidos en la ley.

En ese sentido, conforme lo previsto por el artículo 219 de la Constitución Política de la República, los artículos 3, 329 y demás disposiciones concordantes del Código Judicial, componen el Ministerio Público, el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, el Fiscal Auxiliar de la República, el Fiscal Superior Especial, los Fiscales Delegados de la Procuraduría General de la Nación, los Fiscales Superiores de Distrito Judicial,

los Fiscales de Circuito, los Personeros Municipales y los demás funcionarios que se establezcan conforme a la ley, quienes participan en la administración de justicia en calidad de funcionarios de instrucción, mediante el ejercicio de la acción penal.

El artículo 1982 del Código Judicial establece que los tribunales competentes para conocer sobre procesos criminales son la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Justicia, los Jueces de Circuito, los Jueces Municipales y la Asamblea Legislativa en los casos contemplados en el artículo 160 de la Constitución.

Por ejemplo, en el caso de que la Fiscalía de Cuentas dentro de una investigación patrimonial solicite información de la posible ubicación de un cliente de las empresas de que trata el artículo 11 de la ley 51 de 2009, tendríamos jurídicamente primero que entrar a analizar el artículo 281 de la Constitución Nacional que establece la jurisdicción de cuentas, el cual señala que ésta tendrá competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y los empleados de manejo cuando surjan reparos de estas por razón de irregularidades, indicando que la ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas, no obstante a pesar de que la jurisdicción de cuentas tiene un fundamento constitucional, la figura del Fiscal de Cuentas, fue creada por la ley 67 de 2008, a quien se le confiere el ejercicio de la acción de cuentas, con el propósito de determinar la posible responsabilidad patrimonial en que incurran los empleados o agentes de manejo.

Esta ley 67 de 2008, en el artículo 41 indica las facultades que tiene el Fiscal de Cuentas entre las cuales están recabar documentos públicos o privados, requerir informes, interrogar a testigos, hacer careos, realizar inspecciones o reconstrucciones, practicar peritajes o cualquier otra prueba lícita con el objeto de determinar la existencia de la lesión patrimonial causada al Estado y su monto, la identidad de los involucrados y su grado de responsabilidad. El artículo 42 de esta ley, establece el deber de los servidores públicos y de las personas naturales o jurídicas de proporcionar copias, documentos, informes, datos y demás informaciones que solicite el Fiscal de Cuentas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Igualmente, el artículo 43 prevé que este funcionario puede exigir información a cualquier funcionario o servidor público y a personas naturales o jurídicas, quienes están obligados a colaborar con la investigación dentro del marco de sus funciones y a cumplir las solicitudes y pedidos de informes

que se realizan conforme a la ley, pudiendo inclusive requerir información a las instituciones bancarias, públicas y privadas, incluyendo información relativa a cuentas cifradas, cuando considere que dicha información sea relevante para la investigación.

No obstante, se observan incompatibilidades entre la ley 51 de 2009 y la ley 67 de 2008, en cuanto a la aplicación de las mismas respecto a la obtención de la información sobre la ubicación de un cliente de las empresas de que trata la ley 51 de 2009, toda vez que por un lado, dicha ley restringe el acceso a la información relativa a los datos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones y por el otro, la ley 67 de 2008 permite al Fiscal de Cuentas tener acceso a la información que requiera para sus investigaciones.



La Procuraduría de la Administración al analizar este caso utilizó la regla de hermenéutica jurídica establecida en el numeral 1 del artículo 14 del Código Civil, indicando que tanto la ley 67 de 2008, que crea la jurisdicción de cuentas como la ley 51 de 2009, son normas de carácter especial, sin embargo, la especialidad de esta última se centra en la protección a los datos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y, además, es una ley posterior, por lo que tendría prevalencia sobre la ley 67 de 2008 en cuanto a su aplicabilidad para determinar quién puede tener acceso a dicha información.

En efecto, la Fiscalía de Cuentas, en el curso de las investigaciones que adelante, tiene potestad para requerir informes o documentos a entidades públicas o privadas, con el objeto de determinar la existencia de la lesión patrimonial causada al Estado, la identidad de los involucrados y su grado de responsabilidad; no obstante, se debe considerar exceptuada de esta potestad, la información relacionada con los datos de los usuarios de los servicios

de telecomunicaciones descrita en el artículo 2 de la ley 51 de 2009, la cual sólo podrá ser suministrada, a un agente de instrucción del Ministerio Público o a los tribunales competentes de la jurisdicción penal, cuando se requiera para investigación de delitos, la detención y el enjuiciamiento de las personas vinculadas, directa o indirectamente, con la comisión de dichos delitos, de acuerdo con las formalidades legales y para los fines específicos establecidos en dicha ley.



Un tratamiento jurídico diferente al anterior, tendría la solicitud de información que la Fiscalía General Electoral le haga a una empresa concesionaria de los servicios de telecomunicaciones, pues en este caso, dicha agencia de instrucción tiene su fundamento directamente en artículo 144 de la Constitución Política de la República, que señala que “La Fiscalía General Electoral es una agencia de instrucción independiente y coadyuvante del Tribunal Electoral, la cual tiene dentro de sus funciones perseguir delitos y contravenciones electorales y ejercer las demás funciones que señale la Ley”. Igualmente, el artículo 145 de la Constitución Nacional, dispone que las autoridades públicas están obligadas a acatar y a cumplir las órdenes y decisiones emanadas de los funcionarios de la jurisdicción electoral, prestando a éstos la obediencia, cooperación y ayuda que requieran para el desempeño de sus atribuciones. La omisión o negligencia en el cumplimiento de tal obligación será sancionada de acuerdo con lo que disponga la Ley.

Para tales efectos, la ley 4 de 1978, orgánica del tribunal electoral y de la fiscalía electoral, establece que funcionará

una Fiscalía Electoral como agencia independiente y coadyuvante del Tribunal Electoral, con mando y jurisdicción en toda la República, cuyo titular se denomina Fiscal Electoral y a quien el numeral 2 del artículo 26 de dicha ley, le confiere la atribución de perseguir los delitos y faltas electorales mediante el ejercicio de las acciones derivadas de los mismos ante el Tribunal Electoral y sus dependencias. En consecuencia, el Fiscal Electoral realizará todas las diligencias de instrucción necesarias para investigar los hechos punibles y la responsabilidad de sus autores con iguales facultades que las inherentes a los Agentes del Ministerio Público.

En este caso a diferencia del anterior, el análisis de las disposiciones constitucionales y legales nos permite establecer que la Fiscalía General Electoral tiene las mismas facultades conferidas a los agentes del Ministerio Público para la investigación de los hechos punibles electorales, por lo que las empresas concesionarias de los servicios de telecomunicaciones deberán suministrar la información requerida de los fiscales electorales incluyendo la información confidencial contenida en la base de datos de sus usuarios.

Un tratamiento jurídico similar al anterior, resultaría en el caso de que la institución solicitante a las empresas de telecomunicaciones fuera la Contraloría General de la República, aquí deberá tenerse en cuenta primeramente las normas constitucionales, así como también el contenido del artículo 10 de la misma ley 51 de 2009, cuando indica que éstos datos sólo podrán ser proveídos de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República, la presente Ley y sus reglamentos.

Respecto a las normas constitucionales que guardan relación con las atribuciones de la Contraloría General de la República, tenemos que el artículo 280 establece que es función de esta institución además de las que le señale la Ley, la de realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar las denuncias respectivas. En desarrollo de esta norma constitucional, la ley 32 de 1984, que adopta la ley orgánica de dicha entidad, señala que este organismo tiene la misión de fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos, así como la obligación de examinar, intervenir y fenecer las cuentas relativas a éstos y, para el cumplimiento de tal cometido, el numeral 4 del artículo 11 establece que esta institución, practicará las diligencias tendientes a reunir los elementos de juicio que esclarezcan los hechos, pudiendo

recibir testimonios, designar peritos, realizar inspecciones y practicar cualesquiera otras prueba instituidas por la ley.

En este caso, resulta interesante el artículo 82 de la misma ley 32 de 1984, que establece que en el curso de las investigaciones que realice la Contraloría General de la República ésta podrá hacer uso de todos los medios de prueba y de los procedimientos permitidos por las normas legales vigentes.

Del análisis de las normas constitucionales y legales arriba descritas, la Procuraduría de la Administración llegó a la conclusión de que la Contraloría General de la República está investida de la potestad para realizar todas las diligencias tendientes a determinar si existe o no afectación del patrimonio público y esta atribución de realizar investigaciones, comprende poder efectuar, llevar a cabo o ejecutar todo asunto, negocio, solicitud, tramitación, cumplimiento o ejecución de un acto en el desempeño de sus funciones; por lo tanto las empresas concesionarias de los servicios de telecomunicaciones deberán suministrar toda la información requerida por la Contraloría General de la República, como parte de sus investigaciones, incluyendo la información de carácter confidencial detallada en el artículo 2 de la ley 51 de 2009.



Un caso que llamo nuestra atención fue la negativa de las empresas de telecomunicaciones de suministrar a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos información de los registros de llamadas de sus clientes y usuarios, cuando esta entidad los solicitó en ejercicio de sus facultades de inspección y fiscalización en los casos de quejas interpuestas por los propios clientes de estas empresas concesionarias.

El análisis de este caso, incluyó el artículo 49 de la Constitución Política de la República, el cual fue adicionado a partir de las reformas constitucionales efectuadas en el año

2004, donde se elevó a rango constitucional la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Este artículo establece que el Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, indicando que la ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes para la trasgresión de estos derechos.

Por otro lado, tenemos que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos ejerce por ley, la potestad de regular y controlar la prestación de los servicios públicos. En razón de ello, el artículo 11 del texto único de la ley 26 de 1996, adicionada y modificada por el decreto ley 10 de 22 de febrero de 2006, señala que la Autoridad solicitará a las empresas prestadoras de servicios públicos la información que requiera para desempeñar sus funciones.

Los numerales 15 (modificado por la ley 68 de 2011) y 16 del artículo 20 del citado texto único, atribuyen a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entre otras, la atribución de decidir sobre las denuncias y reclamos presentados por los clientes por la prestación deficiente de los servicios, así como sobre el resarcimiento de los daños ocasionados a los bienes de personas naturales o jurídicas como consecuencia de ello o por falta de atención a los reclamos y la de conocer y procesar las denuncias y reclamos presentados por los clientes, las empresas y entidades reguladas o los órganos competentes del Estado, por violación o incumplimientos de la presente Ley, leyes sectoriales y regulación vigente aplicable, en relación con las actividades bajo su jurisdicción y competencia.

En cuanto a las leyes sectoriales, tenemos el artículo 2 de la ley 31 de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá, el cual establece claramente que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, tiene como finalidad regular, ordenar, fiscalizar y reglamentar eficazmente, la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones; y el artículo 45 que dispone que el cliente disconforme con la atención y la respuesta que le brinde el prestatario a sus reclamaciones, podrá recurrir subsidiariamente a la Autoridad, indicándose que el reglamento establecerá los procedimientos y requisitos para las quejas, las cuales deben

ser atendidas de manera equitativa y eficiente.

De lo anterior, la Procuraduría de la Administración concluyó que esa no era una solicitud o petición ejercida en atención al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, desarrollado por la ley 6 de 2002, que regula la transparencia en Panamá y por la ley 51 de 2009, sino era una solicitud que conlleva el reconocimiento de otro tipo de derecho o un aspecto o institución distinta, como lo es el derecho de todo cliente o usuario de una empresa de telecomunicaciones de presentar una queja en relación con la prestación deficiente de los servicios o por la falta de atención de sus reclamos, y es precisamente en atención a la existencia de este derecho y de conformidad con la obligación legal establecida en el numeral 16 del artículo 20 del texto único de la ley 26 de 1996, que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos debe conocer, procesar y decidir sobre las denuncias presentadas por los clientes de estas empresas, por lo tanto, las empresas concesionarias de los servicios de telecomunicaciones deberán suministrar toda la información requerida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, cuando las mismas sean solicitadas como parte del procedimiento administrativo realizado por la entidad con la finalidad de resolver las reclamaciones interpuestas por los propios clientes de estas empresas cuando se ven afectados por la prestación deficiente del servicio público brindado por estas concesionarias.

teniendo en cuenta todas las normas constitucionales que establecen derechos y atribuciones, las cuales deberán ser respetadas, pues debe haber coherencia entre la legislación y el texto constitucional, donde cada petición en particular debe ser analizada no desde una interpretación restrictiva o bajo una legalidad formal, sino debe ser analizado bajo el contexto de una legalidad material.



En conclusión, el tratamiento jurídico dado a la información personal contenida en la base de datos de registros públicos o privados, no podrá ceñirse al texto sacro de la norma, en este caso a la ley 51 de 2009, no puede interpretarse de forma aislada, sino que deberá ser interpretado ampliamente,

El concepto de gestión intergeneracional

Por: Ing. Ariel Obando



Ing. Ariel Obando

Queremos con este artículo llamar la atención sobre la necesidad de comprender la mayor complejidad que encierra actualmente el mercado laboral en términos de convivencia de varias generaciones de empleados.

En el mundo laboral conviven cuatro generaciones distintas, cuyas edades cubren un rango de más de 40 años, tendencia que se incrementa en los próximos años, dada la necesaria prolongación de los tiempos de trabajo motivada por la escasez de trabajadores en el mercado y al aumento del promedio de vida.

Nuestras sociedades están envejeciendo debido al efecto conjugado de una menor tasa de natalidad y de una mayor longevidad. Entre 2000 y 2020, el porcentaje de las personas de entre 65 y 90 años de edad pasará del 16 % al 21 % de la población total de la Unión Europea, mientras que las personas de entre 15 y 24 años de edad solamente representarán el 11 % de la población (Libro Blanco de

la comisión europea, un nuevo impulso para la juventud europea, 2001).

Esto nos lleva a la necesaria convivencia de generaciones de empleados dentro de las organizaciones. Cada uno de estos grupos generacionales posee sus propias motivaciones, aspiraciones y expectativas acerca de su entorno de trabajo, por lo tanto, directivos como a los responsables de RRHH se enfrentan a éste reto de la gestión multigeneracional. Cada una de estas generaciones tienen particularidades que deben ser tomadas en cuenta en la estrategia de gestión de talento. Transferir conocimiento, comunicar, manejar el conflicto, trabajar en equipo, sumergirse en el manejo tecnológico, tienen significados diferentes para distintas personas, especialmente cuando quienes conforman los equipos de trabajo son de diferentes generaciones. Igualmente, según Boulter es importante analizar las edades, el sexo y la condición generacional de los empleados, pues sus intereses en torno a la capacitación, el esparcimiento o su crecimiento profesional pueden variar sustancialmente.

¿Qué entendemos por ‘grupo generacional’?

“un grupo de edad que comparte a lo largo de su historia un conjunto de experiencias formativas que los distinguen de sus predecesores” (Ogg y Bonvalet, 2006). Aunque sencilla, la definición enfatiza que la mera cercanía de edad no basta para considerar a un grupo como de la misma generación. Es necesario identificar un conjunto de vivencias históricas compartidas –obviamente, de carácter macrosocial-, lo cual marca unos principios compartidos de visión de la vida, del contexto y, por supuesto, un conjunto de valores comunes.

Según algunos autores, los rangos de edad para definir a las cuatro generaciones que actualmente conviven en las organizaciones son

Generación Tradicional (GT): nacidos hasta 1946. Nacidos en épocas de guerra y postguerra.

Generación Baby-boom (BB): nacidos entre 1947 y 1960.

Generación X: nacidos entre 1961 y 1979.

Generación Y: nacidos después de 1980.



Estas generaciones dentro del medio laboral presentan las siguientes características:

GENERACIONES			
Tradicional	Baby-boom	X	Y
<ul style="list-style-type: none"> ▶Valoran el esfuerzo ▶Respeto por la palabra ▶Administración con estricta cadena de mando ▶Formalidad y buenos modales ▶El trabajo para toda la vida ▶Alto compromiso ▶El retiro es el momento de disfrutar 	<ul style="list-style-type: none"> ▶Éxito es medido por lo material ▶Valor de la profesión ▶Ser productivo ▶Alto compromiso con la organización ▶Búsqueda del poder ▶Competencia para alcanzar la cima ▶Relaciones con más libertad e informalidad ▶En el retiro desean continuar trabajando 	<ul style="list-style-type: none"> ▶Cultura de la inmediatez ▶No tiene proyectos a largo plazo ▶Individualismo ▶Autonomía ▶Trabajan y estudian o se capacitan ▶Reivindican balance vida trabajo ▶Conceptos como el "casual day" ▶Estructuras más horizontales y flexibles vs. autoridad jerárquica 	<ul style="list-style-type: none"> ▶Respeto por la diversidad ▶Velocidad del todo YA ▶Autenticidad ▶Conexión con otros grupos ▶Cuestionadores y desafiantes ▶Buscan placer y diversión en el trabajo ▶Individualistas ▶Siempre conectados ▶Pueden trabajar de día o de noche ▶Alternan trabajos con viajes ▶Viven en la burbuja de la comodidad.

A modo de ejemplo, y en el caso de una institución del estado panameño, encontramos esta distribución de sus empleados de acuerdo a su edad, y en donde están presentes las cuatro generaciones:

	GENERACIONES			
	Tradicional	Baby-boom	X	Y
Total de Empleados	5	19	53	23
Personal Directivo	17	30	35	18

Se presenta una tendencia en el sentido de que las posiciones directivas están ocupadas por los tradicionalistas y Baby boom, con un acceso creciente de generación X, mientras que la generación Y son los que acceden actualmente al empleo.

El siguiente cuadro presenta un resumen de las diferencias entre estas cuatro generaciones en cuanto a su visión del mundo profesional, su motivación característica, su dimensión ética, reacción ante la autoridad y percepción de liderazgo.

	Tradicional	Baby-boom	X	Y
Perspectiva	Práctica	Optimista	Escéptica	Esperanzada
Ética profesional	Dedicados	Volcados	Equilibrados	Decididos
Ante la autoridad...	Respecto	Amor/odio	Desinterés	Cortesía
Liderazgo por...	Jerarquía	consenso	Competencia	Colectivismo
Espíritu de....	Sacrificio	Automotivación	Anti-compromiso	Inclusión

Visión empresarial. Diferencias generacionales (adaptado de Zemke et al., 2000)

Aspectos críticos del trabajo del adulto mayor en el sector público panameño

Por: Mgter. Daisy Cedeño



Mgter. Daisy Cedeño

A. Antecedentes Generales.

A través de los tiempos, la vejez ha sido objeto de especial atención. Es así como, dependiendo de los valores y condiciones de vida predominantes en cada época, el anciano y su contribución a la sociedad han sido entendidos y asimilados desde muy distintos enfoques, generándose impactos de diversa índole en los distintos los ámbitos del quehacer humano, incluyendo el servicio público.

En la antigüedad, la sociedad clásica hebrea veneraba la sabiduría y la nobleza del carácter del adulto mayor, destacando su rol como guías o consejeros de las comunidades

del antiguo Israel, tal y como se desprende de las muchas referencias que se hacen al Sanedrín o Consejo de Ancianos en el Antiguo Testamento. En cambio, en la Grecia clásica, sociedad que rendía especial culto a la belleza, la juventud y la perfección, la vejez, junto a la muerte, configuraban lo que los griegos denominaban “keres”, es decir, el conjunto de los males de la vida.

Es igualmente conocido el gran poder que concentraron en la Roma antigua los ancianos que conformaron del Senado, ente colegiado integrado por los jefes de las distintas comunidades, que constituyó uno de los ejes de la vida política en la era de la República.

En la edad media, época caracterizada por la brutalidad y el predominio de la fuerza, dada la influencia del pensamiento cristiano, los ancianos fueron relegados al grupo los “desvalidos”, teniéndose como plenamente justificado su “retiro” de la vida económica.

La revolución industrial trajo consigo el surgimiento de los derechos sociales, y con éstos, la valoración del anciano por el trabajo realizado en su vida activa. Se genera así la concepción de que, alcanzada cierta edad en la que presuntamente hay un descenso en el rendimiento laboral, el Estado está obligado a compensar al trabajador ante el resto de la sociedad. Surge así el derecho a la jubilación, siendo los servidores públicos uno de los primeros grupos en lograr su reconocimiento.

En el mundo contemporáneo, sin embargo, el culto a la ciencia y a la tecnología ha relegado a un segundo plano el rol del anciano como depositario de la sabiduría y la experiencia colectiva, quedando en ocasiones excluidos del acceso al conocimiento y del mundo laboral. No obstante, el avance científico igualmente ha traído consigo un mejoramiento sustancial en las condiciones de vida del ser humano, produciendo un aumento sustancial en la longevidad de las personas aun productivas, con las consecuencias económicas, políticas, sociales y culturales que de ello derivan.

Tanto es así, que en las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo celebradas en el seno de las Naciones Unidas en 1999, dicho organismo internacional reconoció que el envejecimiento de la población constituirá un importante reto para todas las sociedades, toda vez que el incremento del porcentaje de personas de 60 años o más, va acompañado de un descenso en el porcentaje de jóvenes menores de 15 años. En este sentido, se prevé que para el año 2050, por primera vez en la historia, las personas de edad superarán en número a los jóvenes, constituyendo un 21% de la población mundial.



Como corolario de lo anterior, en su trigésimo primer período de sesiones de marzo de 2006, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, planteó que en la elaboración de las leyes, políticas y programas de desarrollo los países deben tener como paradigma orientador el llamado “principio de la titularidad de derechos”, en virtud del cual todas las personas (incluyendo aquellas que pertenecen a grupos vulnerables, como lo son los adultos mayores) son sujetos de derechos fundamentales de toda índole (civiles, políticos, económicos, sociales y

culturales), que deben ser promovidos y protegidos por el Estado y por el resto de la sociedad, dejando así de lado el paradigma “asistencial”, desde el cual se considera a la vejez como un supuesto de invalidez presunta. Igualmente planteó la necesidad de optar por un modelo de “desarrollo basado en derechos”, que permita construir una sociedad inclusiva, basada en un nuevo concepto de “ciudadanía”, en la que todos los grupos sociales, sin distinciones que den margen a tratos discriminatorios, tengan las mismas oportunidades de hacer efectivos sus derechos humanos, y de participar en la construcción de ese desarrollo.

B. Derechos y limitaciones de las personas mayores en el ámbito laboral a la luz del derecho internacional.

En la actualidad, diversos paradigmas filosóficos han orientado las acciones y políticas públicas de los países, en lo concerniente a la participación del adulto mayor en el mercado laboral, teniendo entre sus principales fuentes normativas, el consenso internacional.

Desde un enfoque de derechos humanos, el artículo 24 de **la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José**, aprobado por la República de Panamá mediante la ley 15 de 28 de octubre de 1977, consagra el principio de igualdad señalando que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a una igual protección de la ley.

En lo concerniente al acceso a cargos públicos, el acápite “c” del numeral 1 del artículo 23 de la ya citada Convención Americana de Derechos Humanos, contempla como un derecho político de toda persona el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, previendo en su numeral “2”, la posibilidad de reglamentar mediante Ley el ejercicio de este derecho, exclusivamente por razones de edad,¹ nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en un proceso penal.

En su artículo 17, el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, aprobado por la República de

¹ De acuerdo con el autor Víctor Abramovich, la razonabilidad y objetividad de la reglamentación del requisito de la “edad” (en el caso específico que nos ocupa, para acceder a cargos públicos) tendría que orientarse a la fijación de una “edad mínima”, toda vez que el uso de la edad como factor de diferencia de trato negativo se produce específicamente en situaciones en las que es utilizada en las normas y políticas estatales como límite máximo para acceder a beneficios, realizar actividades o ejercer derechos; supuestos éstos en los que se debe conceptualizar la categoría “edad” como sospechosa de discriminación a fin de obligar a un escrutinio estricto de la razonabilidad de la medida. (Abramovich, Víctor. DDHH-ONU. Hacia una nueva Convención Internacional: la de las personas mayores. Agosto, 2011. www.embajadaabierta.com)

Panamá mediante la ley 21 de 1992, señala entre otros aspectos, que es obligación del Estado crear programas laborales destinados a conceder a las personas mayores la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, respetando su vocación y deseos.

Igualmente, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, aprobado por la República de Panamá mediante la ley 13 de 1976, al interpretar las obligaciones adquiridas por los Estados partes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de los adultos mayores, señaló en su observación general número 6 de 1995, el deber de los Estados partes de adoptar medidas que eviten la discriminación por edad en el empleo y la profesión, garanticen condiciones seguras de trabajo hasta la jubilación y promuevan el empleo de trabajadores de edad avanzada, permitiéndoles hacer mejor uso de su experiencia y conocimientos.

En relación a la aplicabilidad de estas normas de derecho internacional para la solución de los casos concretos relacionados con el trabajo de los adultos mayores en el sector público panameño, resulta pertinente observar que de acuerdo con el criterio jurisprudencial que tradicionalmente ha seguido la Corte Suprema de Justicia, no es jurídicamente viable aplicar de manera directa el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, al tenor del cual “ la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

En este sentido, aún cuando de modo excepcional, y en virtud de la teoría del Bloque de Constitucionalidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia haya elevado a rango constitucional algunas normas ajenas al texto constitucional,² por regla general, dicho alto tribunal de justicia ha mantenido el criterio de que en nuestro país, las normas de derecho internacional tienen rango legal, interpretándose que de acuerdo con el citado artículo 4 constitucional, Panamá acata los convenios internacionales; pero esa manifestación debe materializarse mediante la adecuación de la legislación nacional, debiendo pasar, además, por el proceso de aprobación de toda ley formal contemplado en el numeral 3 del artículo 159 de la Constitución Política (tres debates y finalmente ser sancionada y promulgada por el Órgano Ejecutivo).

Por otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional

de la seguridad social, el Convenio 102 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la norma mínima de la seguridad social, prevé en sus artículos 26.3 y 60.2 que la legislación nacional podrá suspender la prestación (pensión) si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito; y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.



En concordancia con lo anterior, el Convenio 128 de 1967, también de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, reconoce en su artículo 31.1 la posibilidad de que la pensión de vejez pueda ser legítimamente suspendida, e incluso reducida, bajo las condiciones prescritas por la ley de cada país, si el beneficiario ejerce una actividad lucrativa.

El Código Iberoamericano de Seguridad Social de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (O.I.S.S.), autoriza en sus artículos 51, 97 y 100(2) la reducción o suspensión de la pensión por vejez, invalidez y sobrevivencia, cuando los ingresos del beneficiario excedan de determinado valor, o ejerzan actividades remuneradas.

No obstante, a la fecha, la República de Panamá no ha adoptado ni ratificado los citados instrumentos internacionales sobre seguridad social.

² Entre estas, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

C. Régimen funcional del servidor público jubilado en el derecho positivo panameño y la jurisprudencia nacional.

El derecho constitucional panameño no consagra expresamente el derecho a acceder a cargos públicos, en los términos previstos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya citada. Sin embargo, en su artículo 300 contempla las condiciones de nacionalidad (deben ser panameños), igualdad (no discriminación por motivos de raza, sexo, religión o creencia y militancia política), instrucción y solvencia moral (competencia, lealtad y moralidad en el servicio) a las que ha de sujetarse su ejercicio.

En el ordenamiento jurídico panameño, el derecho a acceder a cargos públicos se encuentra reconocido a nivel legal, en el artículo 43 del texto único de la ley 9 de 1994, que regula la Carrera Administrativa, el cual señala que todo panameño, sin discriminación alguna, puede aspirar a desempeñar un cargo público, siempre y cuando reúna los requisitos que establecen dicha ley y su reglamento. No obstante, en lo que toca a la estabilidad en el cargo, el artículo 48 de dicha excerta, como quedó modificado por la ley 43 de 30 de julio de 2009, dispone en su último párrafo que no adquirirán el estatus de servidor público de Carrera Administrativa las personas que al ingresar a la Administración Pública o al cumplir el período de prueba, gocen de jubilación o pensión. En concordancia, el artículo 134 de la citada excerta legal, como quedó modificado por el artículo 13 de la referida ley 43 de 2009, señala que el servidor público que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del régimen de la Carrera Administrativa. Estas restricciones, a nuestro juicio, son acordes con el estándar internacional establecido por el el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en su observación 6/1995, conforme al cual, los Estados deben garantizar condiciones seguras de empleo hasta la jubilación, de modo tal que la permanencia de los funcionarios jubilados que pertenecían a la carrera administrativa, quedaría sujeta únicamente a su competencia, lealtad y moralidad. Igualmente es preciso observar que está previsión solamente las recoge la citada ley, y no así otras leyes que regulan carreras especiales.

Por otra parte, el artículo 1 de la ley 40 de 20 de agosto de 2007 deroga las leyes 61 de 20 de agosto de 1998 y 70 de 26 de diciembre de 2001, que establecían el retiro obligatorio por edad de los servidores públicos nombrados en cargos de los Órganos Ejecutivo, Judicial y Legislativo;

municipios y entidades autónomas y semiautónomas, a los setenta y cinco (75) años de edad, con excepción de los funcionarios de elección popular, los docentes que laboren en las universidades oficiales y los funcionarios del cuerpo diplomático del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El artículo 2 de la citada ley 40 de 2007, tal como fuera modificado por la ley 18 de 18 de febrero de 2008, prohíbe a las instituciones del Estado exigir la renuncia al cargo de un servidor público, como condición previa para acogerse al derecho de jubilación y en su inciso final expresa que tampoco la exigirá después de haberse acogido a este beneficio.

En lo concerniente al derecho a trabajar de las personas jubiladas, en sentencia de 28 de agosto de 2007, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en ocasión de varias demandas y advertencias de inconstitucionalidad, relacionadas a la pensión de vejez ha señalado que la pensión de vejez constituye un derecho adquirido por el asegurado expresando que el pensionado por vejez, no puede ser privado del derecho al trabajo, así como tampoco, se le puede suspender su pensión si decide trabajar para un tercero, así como tampoco se le podía disminuir su pensión (cfr. Sentencias del pleno de 15 de julio de 1958, 7 de mayo de 1959, 24 de agosto de 1964, 21 de febrero de 1984, 5 de septiembre de 1984 y 27 de marzo de 2002).” (sentencia de 11 de abril de 2003).

En ese sentido pues, la pensión o jubilación que son reconocidas por una institución o entidad oficial en virtud de una ley que las ha establecido, no constituye una mera expectativa sino, como se dijo, un derecho adquirido que no se puede desconocer por leyes posteriores.

Ahora bien, sobre el tema en particular de si los asegurados o aseguradas deben dejar de trabajar para poder solicitar su pensión de vejez que, como vimos, es un derecho adquirido, no debiera esta Corporación de Justicia entrar a realizar mayores explicaciones sobre este tema. Y es que ciertamente tal como lo aseguró la demandante, así como la Procuraduría General de la Nación, ha sido una materia tantas veces analizada y estudiada por la Corte Suprema de Justicia a

través de múltiples precedentes que, casi desde la década de los 50 hasta nuestros días, ha mantenido una uniformidad de criterio en señalar que es a todas luces inconstitucional exigirle a las personas que tengan que renunciar para poder solicitar la pensión de vejez.”

Otro aspecto que nos merece especial consideración es el concerniente a la bonificación por antigüedad a que tienen derecho los servidores públicos de Carrera Administrativa **que se retiren** de la función pública por renuncia, **jubilación** o reducción de fuerza, de conformidad con el artículo 112 del texto único de la ley 9 de 1994, en concordancia con el artículo 138 de la misma ley, como quedó modificado por el artículo 14 de la ley 43 de 2009. Esta bonificación, cabe observar, ha sido muy utilizada por las instituciones públicas del gobierno central para incentivar el retiro voluntario de los servidores públicos que se han acogido a su pensión de vejez, siendo igualmente incorporada (aunque con algunas variantes) en las leyes orgánicas de algunas entidades autónomas, con este mismo fin.



D. Aspectos críticos.

1. Compatibilidad de la percepción simultánea de pensión y sueldo del Estado.

Como se ha indicado, el Estado panameño no ha ratificado los instrumentos jurídicos internacionales en materia de seguridad social (Convenios 102 y 128 de la OIT; Código Iberoamericano de Seguridad Social) que permiten suspender y hasta reducir el monto de la pensión de vejez, cuando el beneficiario realice una actividad remunerada.

Aunado a ello, hemos anotado que la jurisprudencia histórica del Pleno de Corte Suprema de Justicia panameña ha señalado de manera explícita y reiterada que la pensión de vejez reviste el carácter de **derecho adquirido**, por lo que no puede ser reducida ni suspendida por la Administración, y que tampoco podrá exigir el cese de labores para hacerla efectiva. Esta posición jurisprudencial es, a nuestro juicio, una clara manifestación de la aplicación del “principio de la titularidad de derechos” al caso particular de los adultos mayores en edad de jubilación, en el sentido que éstos tienen derecho a que el Estado, al igual que el resto de la sociedad, proteja y respete el ejercicio por parte de éstos del derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al trabajo; el derecho a la seguridad social; derecho al trabajo remunerado y el derecho a la igualdad salarial, entre otros.

Sin embargo, llama nuestra atención la contradicción que existe entre esta corriente jurisprudencial y el contenido del artículo 113 de la Carta Fundamental, el cual dispone que “todo individuo tiene el derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia **en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido ...**”, y que se fundamenta en el llamado “principio de la naturaleza sustitutiva de la pensión”, según el cual este beneficio está llamado a suplir la desaparición del haber salarial.

Para una mejor comprensión de esta posición jurisprudencial, resulta oportuno referirnos a la argumentación jurídica que en el derecho comparado ha servido de sustento a la concepción de la pensión de vejez como un “derecho adquirido”. En este orden de ideas, en pronunciamiento proferido mediante sentencia 613 de 15 de diciembre de 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, señaló lo siguiente:

“...el haber jubilatorio no es un favor que hace el Estado, es una devolución de los aportes que el funcionario ha hecho durante todo el tiempo que se halla establecido en la ley. No es una remuneración o salario que el jubilado percibe por trabajos realizados. Es considerado simplemente como una deuda del Estado que tiene con el funcionario que ha pasado de la actividad a la pasividad.”

Del mismo modo, en sentencia número 2010-15058 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dicho alto tribunal de justicia argumentó que exigir al servidor público pensionado que renuncie

expresamente a la pensión correspondiente, durante el tiempo que ocupe un cargo público, lesiona directamente el principio de intangibilidad del patrimonio establecido en el artículo 45 de la constitución costarricense y la interdicción de toda sanción de carácter confiscatorio, contenida en el ordinal 40 de la Constitución de ese país, toda vez que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el goce de una pensión del Estado le corresponde por encontrarse dentro de los supuestos de hecho y requisitos previstos. Sin embargo, este criterio fue cambiado por la sentencia 10513-2011, de esta misma autoridad jurisdiccional, a la cual nos referiremos más adelante.

Igualmente importa destacar que la prohibición que contempla el artículo 303 constitucional, en el sentido de que “los servidores públicos no podrán percibir dos o más **suelos** pagados por el Estado, salvo los casos especiales que determine la Ley”, carece de la amplitud conceptual con la que esta previsión fiscal ha sido regulada en el derecho comparado, pues en el derecho constitucional panameño se limita a la percepción de más de un “sueldo”, concepto que según se infiere del artículo 74 del texto único de la ya citada ley 9 de 1994, en concordancia con el artículo 91 de la ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la ley orgánica de la Caja de Seguro Social, consiste en la “retribución” de un cargo público, o “remuneración” que reciban los servidores públicos por sus servicios o con ocasión de éstos.

Así, por ejemplo, el artículo 128 de la Constitución Política colombiana expresamente señala que “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un cargo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, ...”, habiendo definido la Corte Constitucional, en sentencia C-133 de 1 de abril de 1993, bajo la ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa que “El término ‘asignación’ comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, **mesada pensional**, etc...”.

Es profusa la jurisprudencia extranjera que al igual que el citado fallo de la Corte Constitucional de Colombia, acoge la tesis de la constitucionalidad de las normas legales que prevén la incompatibilidad de percibir simultáneamente pensión y sueldo del Estado, clara muestra de la preeminencia de esta corriente en el derecho comparado. En este sentido cabe mencionar las sentencias 65/1987 de 21 de mayo, 99/1987 de 11 de junio, 127/87 de 16 de julio, 134/87 de 21 de julio, 41/90 de 15 de marzo, 65/90 de 5 de abril, y 68/90 también de 5 de abril, proferidas por el Tribunal Constitucional Español; la sentencia de 14 de febrero de

2006 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (caso Francisco Saralegui vs. Estado Nacional); la sentencia 10513-2011, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la que dicho alto tribunal de justicia cambió el criterio expresado anteriormente en la sentencia 2010-150558, antes citada, en la cual se arriba a la conclusión de que “... salario y pensión, cuando son pagados con fondos públicos, son opciones excluyentes, ya que esta última tiene por finalidad sustituir al primero, de manera que jurídicamente resulta inconcebible que ambas puedan coexistir simultáneamente.”



2. Proscripción del retiro obligatorio por edad.

El retiro obligatorio por edad es una medida orientada a generar oportunidades de empleo para las personas más jóvenes y evitar la concentración de poder, ampliamente reconocida en el derecho comparado, que descansa en el derecho soberano de los Estados de determinar sus propias políticas económicas y sociales. Entre los argumentos que de acuerdo al derecho y la jurisprudencia constitucional comparada, han servido de sustento a esta medida, podemos mencionar los siguientes:

México: En sentencia de 29 de junio de 2011, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el derecho a la no discriminación por edad con motivo del retiro forzoso a los 70 años de edad de los jueces y magistrados del Poder Judicial del Distrito Federal, contemplado en

el artículo 26 de la ley orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En este sentido, se señala que el derecho fundamental a la no discriminación protege sólo respecto de las distinciones basadas en cualquiera de los criterios enunciados como prohibidos expresamente en el párrafo quinto del artículo 1 Constitucional (el origen étnico, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil) y “cualquier otro”, siempre que atenten contra la dignidad humana y tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; es decir, el texto constitucional no prohíbe establecer distinciones con base en la edad, género, origen étnico, etc., sino sólo cuando esa distinción atente contra la dignidad humana y tenga por objeto la anulación o menoscabo precisados.

En este sentido, el citado fallo concluye que el establecimiento de un límite de edad para el desempeño de un cargo en la función pública, lejos de atentar contra la dignidad del adulto mayor constituye un beneficio para el funcionario que habiendo alcanzado una cierta edad, tiene derecho a un descanso por los años dedicados al servicio activo y una demostración de su compromiso y entrega a la función judicial; asimismo se señala que el retiro obligatorio por edad no constituye una medida discriminatoria, toda vez que se aplica por igual a todos los que se encuentren en esa misma circunstancia. Igualmente, se desprende de dicho pronunciamiento el argumento de que el establecimiento de un tope máximo de edad para ejercer estos cargos judiciales es racional y proporcional a los fines constitucionales, por cuanto favorece la conclusión del cargo para dar oportunidad a más gente, evitando la concentración de poder.

Colombia: El artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968 las causales de retiro o cesación definitiva de funciones para todos los servidores públicos adscritos al órgano ejecutivo, dentro de las cuales se contempla la edad de retiro forzoso. En concordancia con lo anterior, el artículo 31 de la misma excerta señala que todo empleado que cumpla la edad de 65 años será retirado del servicio y no será reintegrado.

En la sentencia de 15 de febrero de 2011, proferida por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, dicho alto tribunal de justicia expresó: “No existe discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque además deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad,

ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese oportuno, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos”.

España. En sentencia 22/1981, dictada por el Tribunal Constitucional español, sobre la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dicho alto tribunal de justicia precisó la racionalidad y proporcionalidad del retiro forzoso por edad en los siguientes términos: “La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal, supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. Esa limitación puede quedar justificada por su contribución al bienestar general, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil.”.

La legitimidad de las políticas públicas de empleo y seguridad social que contemplan en el retiro obligatorio por edad ha sido reconocida, igualmente, por el Tribunal de Justicia de la **Unión Europea**, que en sentencia de 16 de octubre de 2007, al decidir una petición de decisión prejudicial planteada por el juzgado de lo social número 33 de Madrid, dentro de la causa Félix Palacios de la Villa vs. Cortefiel Servicios, S.A., precisó:

“La prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que: —

dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y — los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.”

De modo excepcional, algunos países, entre los que figura Panamá, han proscrito el retiro obligatorio por edad, por considerarlo violatorio al derecho a la igualdad y el derecho al trabajo, fundamentalmente.

Como ya se ha indicado, el artículo 1 de la ley 40 de 20 de agosto de 2007 derogó las leyes 61 de 20 de agosto de 1998 y 70 de 26 de diciembre de 2001, que establecían el retiro obligatorio por edad de los servidores públicos nombrados en cargos de los Órganos Ejecutivo, Judicial y Legislativo; municipios y entidades autónomas y semiautónomas, a los setenta y cinco (75) años de edad, con excepción de los funcionarios de elección popular, los docentes que laboren en las universidades oficiales y los funcionarios del cuerpo diplomático del Ministerio de Relaciones Exteriores.



En Estados Unidos de América, la “Age Discrimination in Employment Act” de 15 de diciembre de 1967, prohíbe la discriminación por edad, evitando a su vez el retiro obligatorio. Inicialmente, su ámbito de aplicación se restringía a los patronos del sector privado y al gobierno federal, siendo posteriormente ampliada por el “Equal Employment Opportunity Commission”, dictado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en 1983. (Quiñones, Carlos Galiano. El Significado y preparación hacia la jubilación por parte de los empleados docentes y no docentes de una institución pública universitaria en Puerto

Rico. Universidad Carlos Albizu, Recinto de San Juan, 2010).

Del mismo modo, en 2011, el Gobierno Federal de Canadá decidió abolir la edad obligatoria de retiro, por medio de una reforma a la ley del trabajo. Igualmente se eliminaron varias partes de algunas leyes que hacían referencia al derecho que tenían algunos empleadores a retirar a su personal, una vez cumplieran 65 años, y se introdujeron cambios en el Acta de Ejecución del Presupuesto.

3. Prohibición de la exigencia del cese de labores como requisito previo al otorgamiento de la pensión de vejez.

Como se ha indicado en apartados anteriores, desde la década de 1950, la jurisprudencia constitucional panameña ha mantenido una uniformidad de criterio en el sentido de que es inconstitucional exigir a las personas mayores, en edad de jubilación, que renuncien a su trabajo para poder solicitar la pensión de vejez. Sin embargo, como también se ha señalado, esta posición no es acorde con el “principio de la naturaleza sustitutiva de la pensión”, que contempla el artículo 117 constitucional y que, en principio, debería inspirar las normas legales y reglamentarias en materia de seguridad social, lo que demuestra la contradicción existente en esta materia, entre el enfoque basado en derechos humanos y el criterio económico en que se sustentan los sistemas de seguridad social.

A continuación, nos permitimos citar, para mayor ilustración, algunos de los pronunciamientos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que anteceden a la ya citada sentencia de en sentencia de 28 de agosto de 2007 y que abordan este tema. Veamos:

“El derecho al trabajo que tiene todo individuo no está condicionado a ningún principio limitador, por lo que el prohibir al pensionado o jubilado con la amenaza de suspenderle la pensión o jubilación una vez comprobado el hecho de que está trabajando por cuenta ajena, significa el desconocimiento de una norma fundamental tuteladora de la personalidad humana.” (Sentencia de 15 de julio de 1958. Demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 84-A de la ley 19 de 29 de enero de 1958).

“El derecho al trabajo que de acuerdo con el mismo se reconoce a todo individuo, sólo puede

limitarse en lo relativo a idoneidad, moralidad, seguridad y salud pública, lo que significa, en otros términos, que la modalidad limitadora que introduce el referido acápite está en abierta pugna con el texto de ese precepto constitucional”. (Sentencia de 24 de agosto de 1964. Demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el acápite c) y el párrafo del artículo 61 del decreto ley 9 de 1 de agosto de 1962, que modifica y adiciona el decreto ley 14 de 27 de agosto de 1954).

“Cualquier Ley que emane del Órgano Legislativo que en lo formal o material tienda a restringir, limitar, impedir o prohibir el pleno y cabal ejercicio del trabajo, más allá de las limitaciones o condiciones determinadas por la propia Constitución, es violatoria de los artículos 60 y 75, porque normas constitucionales como éstas son las que en realidad tienden a dar vida y acción a la Constitución como instrumento de ordenación jurídica e institucional del Estado.” (Sentencia de 21 de febrero de 1984. Demanda de inconstitucionalidad propuesta contra los artículos 28 de la ley 15 de 31 de marzo de 1975 y 27 de la ley 16 de 31 de marzo de 1975).

“En opinión de la Corte el párrafo examinado del artículo 2 del Reglamento, a pesar de que sólo contempla una metodología para el trámite de la pensión de vejez, dada la connotación de la terminología utilizada (retiro) y sus significados, deja un compás abierto para que su interpretación sea asimilada como la exigencia del apartamiento del solicitante de su ocupación laboral, pues como ya lo determino la Corte en los párrafos que anteceden, la expresión “retiro” supone la separación de la actividad normal que se desempeña o del lugar que se ocupa.

Tal aplicación, según los criterios establecidos en los distintos fallos de esta Corporación de Justicia, contradice el sentir de la Carta Magna que consagra el derecho al trabajo en su artículo 60, ya que pudiera restringir, limitar, impedir o prohibir el libre ejercicio de este derecho.” (Sentencia de 27 de marzo de 2002. Advertencia de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 2 del Reglamento para el cálculo de las pensiones de invalidez, vejez y muerte).

“A juicio del Pleno, el párrafo impugnado no

limita el derecho del trabajo, lo que contiene es la carga de la prueba para el asegurado de garantizar que hará uso de su pensión de vejez. Ahora bien, no quiere decir con ello que no podrá ejercer el derecho al trabajo, ya que eso está en la voluntad de cada pensionado o jubilado de continuar trabajando, pero para iniciar su pensión deberá indicarle a la autoridad en qué fecha hará uso de ese derecho. (Sentencia de 1 de abril de 2003. Demanda y advertencia de inconstitucionalidad propuesta contra el primer párrafo del artículo 50 del decreto ley 14 de 27 de agosto de 1954).

“Del planteamiento debatido, se aprecia que el tema central recae en la interpretación de la entidad de seguridad social en relación a la finalización de labores del asegurado y el pago de la pensión de vejez, sobre lo cual el Pleno de la Corte se ha pronunciado con anterioridad, declarando la inconstitucionalidad de la reglamentación expedida por la Caja de Seguro Social utilizada como medio para exigir el cumplimiento de la presentación del certificado del cese de labores o terminación de la relación laboral para optar al pago de este beneficio, en virtud que el mismo contradice el artículo 60 de la Constitución Política, por limitar el libre ejercicio del derecho al trabajo.” (Sentencia de 4 de octubre de 2006. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción. Miguel Ángel Montiel Guevara c. Caja de Seguro Social).

3. Estabilidad laboral.

En lo concerniente a la estabilidad laboral del servidor público jubilado pueden presentarse distintos escenarios o situaciones. En este sentido, la Procuraduría de la Administración, en su opinión jurídica C-42-10, de 8 de abril de 2010 precisó, en relación **al estatus jurídico del personal jubilado que no está protegido por la ley de carrera administrativa**, que de acuerdo con el texto único de la ley 9 de 1994, sobre Carrera Administrativa, como quedó modificada por la ley 43 de 2009, éstos se enmarcan en la categoría de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, que son aquellos que “por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acaree la remoción del puesto que ocupa”, por lo que, tal y como ha señalado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de junio de 2005,

pueden ser removidos de sus cargos en función de la potestad discrecional de la autoridad nominadora.

En cuanto al **estatus del personal de carrera administrativa que luego de acceder a su pensión de vejez y continúa trabajando**, en su opinión C-147-09 de 4 de diciembre de 2009, la Procuraduría de la Administración señaló, con fundamento en el artículo 48 del texto único de la ley 9 de 1994, como quedó modificado por la ley 43 de 2009, en concordancia con el artículo 134 de la misma excerpta; el artículo 2 de la ley 40 de 2007 y el fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 28 de agosto de 2007, que los servidores públicos que gozan de jubilación o pensión de retiro por vejez tienen derecho a continuar trabajando, pero, no obstante, los mismos no podrán adquirir el estatus de servidor público de Carrera Administrativa y, los que se encuentren dentro de esta categoría y se acojan a su jubilación, serán desacreditados del régimen de carrera administrativa.

En lo que toca al **estatus los servidores públicos que pertenecen a carreras públicas o escalafones especiales y que luego de acogerse a su jubilación continúan trabajando**, a través de la opinión C-15-11 de 11 de marzo de 2011, la Procuraduría de la Administración señaló, con fundamento en el principio de especialidad contenido en el artículo 1 del Código Civil, en concordancia con las normas constitucionales y legales que regulan el acceso y goce del derecho a la estabilidad laboral por estos funcionarios, que éstos tienen derecho a gozar de estabilidad en sus cargos en términos que señalan estos regímenes especiales, no resultando viable la aplicación supletoria de la ley 9 de 1994, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, por considerar que éste último contradice el tenor literal o espíritu de las referidas leyes especiales. Igual sustento sirvió de base para la opinión C-53-10, en la que la Procuraduría concluyó que los funcionarios públicos administrativos de una universidad oficial que gozan de jubilación o pensión tienen derecho a ser acreditados como servidores de carrera administrativa previo cumplimiento de los requisitos y procedimiento legales y reglamentarios establecidos.

4. Goce de derechos o beneficios derivados de la antigüedad laboral, condicionado al retiro efectivo de la función pública.

En relación a la bonificación por antigüedad, en la opinión C-50-11 de 28 de julio de 2011, la Procuraduría de la Administración concluyó que, si bien el artículo 138 del texto único de la ley 9 de 1994, como quedó modificado por

el artículo 14 de la ley 43 de 2009, establece el retiro del servidor público como una condición para el reconocimiento de la bonificación por antigüedad, en el caso que ello sea producto de haberse acogido a una pensión de jubilación, el servidor puede decidir retirarse del servicio o no, por lo que los funcionarios que se jubilaron y fueron desacreditados del régimen de Carrera Administrativa en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 13 de la ley 43 de 2009, pero cumplieron con los años de servicio para el reconocimiento de la bonificación por antigüedad, tendrán derecho a solicitar su pago al momento de retirarse del puesto.

De modo similar, en la opinión C-51-08 de 8 de julio de 2008, en el caso específico del Banco Nacional de Panamá, se indicó que aquellos funcionarios del Banco, que permanezcan laborando luego de haber prestado sus servicios por 15 años o más y se hubieren acogido a la pensión por vejez que otorga la Caja de Seguro Social, igualmente tendrían derecho a recibir el bono por antigüedad establecido en el artículo 51 de la ley 4 de 2006, una vez decidan cesar sus funciones en esa entidad bancaria estatal.

E. Conclusiones.

Sin bien es cierto que los Estados tienen el deber de adoptar medidas urgentes para evitar las graves consecuencias sociales que acarrea el desempleo juvenil y asegurar el relevo generacional en los cargos públicos, no lo es menos que los adultos mayores también constituyen un grupo social vulnerable, demográficamente en aumento, que al igual que los más jóvenes, son sujetos de derechos fundamentales de toda índole, que deben ser promovidos y protegidos por el Estado y por el resto de la sociedad.

El avance de la ciencia y la tecnología ha hecho posible que en muchos casos se pueda llegar la adultez mayor en condiciones aceptables de aptitud física y mental, lo que debe dar lugar a un cambio en la forma de entender y regular la “edad productiva” de los individuos. En este sentido, es preciso observar que la expectativa de sobrevida, una vez alcanzada la edad de jubilación (que en Panamá es de 57 años para las mujeres y 62 años para los varones), oscila entre los 20 y 30 años de edad, lo cual representa toda una etapa del ciclo de vida humano y es demasiado tiempo para obligar a una persona a permanecer económicamente inactiva.

Está demostrado que los individuos capaces que son forzados a retirarse, se convierten en personas dependientes, en lugar de contribuyentes a la economía. Además, el retiro

obligatorio de aquellos adultos mayores aun productivos, que desean seguir trabajando, les priva de la posibilidad de tomar decisiones y hacerse responsables de sí mismos, lo que puede acelerar, sin proponérselo, los problemas mentales y físicos relacionados con la percepción de ausencia de control sobre la vida propia (depresión crónica y su correlativa causalidad en desarrollo de trastornos autoinmunes como el cáncer y la diabetes; alzheimer, entre otros), generando una mayor presión sobre la utilización de los recursos financieros del país en materia de salud pública y sobre las familias, que desde etapas muy tempranas deberán hacerse cargo de su cuidado.



Somos del criterio de que para una debida inclusión de los adultos mayores en la vida productiva del país, tanto en el sector público como privado, es necesario generar políticas públicas orientadas a la educación continua, creación de oportunidades y modalidades laborales apropiadas para este segmento de la población (v.g., medias jornadas, trabajo virtual o a distancia, funciones menos estresantes), así como a la promoción de ambientes laborales multigeneracionales en los que, perjuicio de la inserción laboral prioritaria de los más jóvenes, se permita la inclusión de cuotas específicas de adultos mayores como actualmente ocurre con otros grupos vulnerables de la población (vg., no menos del 2% de la planta discapacitados según el artículo 45 de la ley 42 de 1999). La diversidad resultante permitiría generar sinergias a través de la **armonización los valores y comportamientos**

generacionales, proceso en el que los adultos mayores que deseen y estén en capacidad de trabajar, estarán en mejores condiciones de aportar su experiencia y conocimientos, de acuerdo a su vocación y deseos.

La realidad de nuestro país es que, por regla general, los ingresos provenientes de la pensión de vejez, por sí solos, resultan insuficientes para satisfacer adecuadamente las necesidades básicas del pensionado, debido al alto costo de la vida y a la incapacidad del Estado y la sociedad de garantizar a la población el acceso a servicios básicos de calidad (transporte, servicios de salud, medicamentos, etc.) a bajo coste. Aunado a ello, la carencia de una cultura de ahorro e inversión a título personal, en los estratos sociales de mediano y bajo ingreso, impide a los individuos alcanzar la libertad económica necesaria para tener una vida digna y, en lo posible, autosuficiente en la adultez mayor.

En conclusión, somos del criterio de que las políticas de empleo fundadas en el los principios de titularidad de derechos y desarrollo basado en derechos de deben privilegiarse, de modo tal que todas las personas en edad productiva, indistintamente de su edad, puedan contribuir con su oficio, industria o arte al desarrollo de nuestro país.



Calle 34, Ave. Cuba, La Exposición - Antiguo Palacio de Artes, Panamá, República de Panamá
Central Telefónica: (507) 500-3350 / Telefax: (500) 500-3309
procadmon@procuraduria-admon.gob.pa
www.procuraduria-admon.gob.pa