

GESTIÓN



Edición Nº 9, junio 2011

PÚBLICA

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

En esta edición

Julio Bermúdez Valdés

7

Selva Quintero Marrone

9

Martín Bassols Coma

24

Ariel Obando

36

Kathia Lee Duque

39

Markova Concepción

42

Jaime Franco Pérez

45

Oscar Ceville

50



ÍNDICE	PÁGINA
Presentación	5
Julio Bermúdez Valdés - Teoría de la Argumentación, Una herramienta para modernizar el modelo jurídico panameño.	7
Selva Quintero Marrone - La Motivación del Acto Administrativo.	9
Martín Bassols Coma - Principios e Instrumentos de Buena Regulación Normativa Económica y Eliminación de Cargas Administrativas.	24
Ariel Obando - La Calidad en la Administración Pública.	36
Kathia Lee Duque - La Rendición de Cuentas en la Gestión Pública.	39
Markova Concepción - Gestión por Resultados: Un enfoque de gestión aplicado al Ámbito Gubernamental.	42
Jaime Franco Pérez - La Subrogación del Fiador en el Contrato de Obra Pública en la Legislación Panameña.	45
Oscar Ceville - Palabras con ocasión del curso sobre La Argumentación Jurídica en Panamá.	50



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 VALDÉS
EDITOR

FOTOGRAFÍA
GUIDO BLANDÓN
JOICE ESCALA
STEPHANY ANN CERVANTES

DISEÑO E IMPRESIÓN
IMPRESOS DAIFRA

GESTIÓN PÚBLICA

¿Cuánto y cómo ha evolucionado el Derecho Administrativo y qué concepciones priman aun en el que se aplica cotidianamente en Panamá? A principios de mayo visitó Panamá el jurista mexicano Jaime Cárdenas Gracia, doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de México, docente e investigador, invitado por la Procuraduría de la Administración. ¿Propósito? Verter sobre los jóvenes abogados del Estado panameño el renovado debate por el que transita el Derecho Administrativo. En ese mismo tenor Gestión Pública inscribe esta nueva edición.

Cárdenas Gracia comenzó por abordar los cambios en la concepción del derecho por la inclusión de los principios y valores en la argumentación, la argumentación jurídica después de la segunda guerra mundial y finalmente la argumentación jurídica en Panamá. En esta edición incluimos una versión de lo que fue un seminario dinámico, enriquecedor y de muy alto nivel, que mantuvo la atención y el interés de los asistentes durante los dos días de su duración.

¿Transparencia y ejecución efectiva en la administración Pública? Libardo Rodríguez, citado en esta edición por la Magíster Selva Quintero asegura que la idea de un régimen jurídico para que regulara la actuación pública se consolida en muchos países "como garantía frente al aumento progresivo del poder del Estado".

De cierta manera las motivaciones y responsabilidades que implica tal razonamiento marcan la tónica de esta nueva edición de la revista de la Procuraduría de la Administración Gestión Pública, lo que se puede traducir efectivamente como la preocupación por aportar a quienes trabajan en esta área, al igual que a los usuarios, herramientas conceptuales y jurídicas bajo las cuales se mueve este dinámico sector del Estado.

Tal motivación está relacionada con la necesidad de garantizar a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses", como lo afirma Selva Quintero en el trabajo que para este número ha titulado "La Motivación del Acto Administrativo".

"Desde que la idea de un régimen jurídico especial que regulara las actividades del Estado, y concretamente de la Administración Pública, comenzó a vislumbrarse desde finales del siglo XVIII, con ocasión del triunfo de la Revolución Francesa, la formación de esa nueva rama del derecho que hoy conocemos como derecho administrativo no ha cesado de consolidarse y de evolucionar



paralelamente a la evolución del Estado mismo”, subraya Quintero al citar a Libardo Rodríguez.

Desde ese mismo ángulo Gestión Pública incorpora en esta ocasión una temática que incluye los “Principios e Instrumentos de Buena Regulación Normativa Económica y eliminación de cargas administrativas”.

Firmado por el catedrático español Martín Bassols Coma, el artículo aborda con prominencia la mejora de la calidad de las leyes, aspecto central en la introducción de la “Buena Regulación” como una contribución “no solo a una mejora de la calidad de las normas en sentido formal, sino también del entorno socioeconómico”.

Bassols Coma afirma que “Tanto la calidad como la Buena Regulación se proyectan sobre el ejercicio de la iniciativa normativa de las Administraciones públicas sobre la base de unos principios de Necesidad; Proporcionalidad; Seguridad Jurídica; Transparencia, Accesibilidad, Simplicidad y Eficacia”.

¿Pero cómo puede el usuario constatar esos principios? En el artículo “La Calidad en la Administración Pública” de esta edición, se afirma que “Toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso de formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de la corresponsabilidad social”.

Y es que la Gestión pública –añade– “tiene que orientarse por resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones”.

Katia Lee Duque aborda la cuestión desde “La rendición de Cuentas en la Gestión Pública” y afirma que “Para que una rendición de cuentas sea eficiente y efectiva debe conllevar la existencia previa de un proceso de planificación de la gestión, mediante la cual se determina, configura y revelan sus objetivos y fines generales estableciendo las principales políticas y programas para alcanzar tales objetivos”.

El concepto “rendición de cuentas” –sostiene– abarca, tanto la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones como justificarlas en público”, pero –añade– “comprende también la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios, y asegurar que los funcionarios públicos respondan por sus acciones”.

El tema se complementa con un artículo suscrito por la Magister Markova Concepción sobre “Gestión por Resultados: un enfoque de gestión aplicado al Ámbito Gubernamental” y en el que subraya que “La necesidad de definir metas claras, concretas, medibles y limitadas en número de acuerdo a las realidades y capacidades institucionales, con objetivos ligados al tiempo, se constituyen en elementos básicos para implementar de forma óptima el enfoque GpR dentro de la gestión institucional”.

El Editor

Teoría de la Argumentación

Una herramienta para modernizar el Modelo Jurídico Panameño

Por Julio Bermúdez Valdés

El debate sobre la justicia aparece de forma recurrente en la sociedad. Una y otra vez sobreviene una discusión que en todos los casos es inherente a su contexto histórico. En la Francia de 1789 o en las colonias inglesas de 1776, cada reclamo de justicia estaba conectado a las consecuencias negativas derivadas de los vaíos que la ley y las instituciones encargadas de aplicarlas dejaban en evidencia y que afectaba de manera directa al ciudadano.

No está en discusión la responsabilidad institucional que pesa en este tema, pero tampoco puede dejarse de lado la obsolescencia de modelos que, surgidos hace ya varias décadas, se siguen aplicando a una sociedad que hace muchos años se volvió más compleja y exigente.

Recientemente, la reflexión se examinó en un seminario para abogados del Estado organizado por la Procuraduría de la Administración, bajo el título de "Teoría de la Argumentación", para el cual se invitó como conferencista al Doctor Jaime Cárdenas Gracia, un destacado jurista mexicano, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, docente e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México, parlamentario de su país y con una extensa cantidad de obras publicadas sobre la materia.



Dr. Jaime Cárdenas Gracia

Como propuesta renovadora del Derecho, la "Teoría de la Argumentación", aun cuando data como antecedente desde la retórica de Aristóteles, comenzó a hacer presencia en la modernización del derecho después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en Europa y Estados Unidos.

El Doctor Oscar Ceville, Procurador de la Administración, abrió la cita partiendo de dos ejes, postulados por Martin Hedeger en la obra "Ser y tiempo", y en la que afirmaba que "El conocimiento jurídico es un fenómeno que está llamado a evolucionar constantemente, porque su eficacia dependerá siempre de su capacidad para reformularse, adaptarse y enriquecerse respecto de las circunstancias históricas que rodeen su comprensión y aplicación". El otro eje de Hedeger citado por Ceville, indicó y que "todo operador jurídico, llámese juez, asesor legal o litigante debe estar en un constante proceso de actualización para que su trabajo al servicio de la sociedad sea más eficiente, eficaz y responsable".

El Dr. Ceville dijo que en el medio panameño son múltiples las circunstancias que distancian a la sociedad de estos ideales de evolución, actualización y eficacia del conocimiento jurídico y entre ellas señaló "la vigencia de modelos jurídicos que ya no responden a las características y exigencias del mundo de hoy, y la obsolescencia de los métodos que utilizamos para formar a nuestros abogados".

"Somos más conscientes de sus síntomas que de sus causas, ya que percibimos diariamente cuan lejanos estamos, todavía, de los ideales de eficiencia y eficacia que deseamos", sostuvo el principal abogado del Estado.

A continuación advirtió que "tenemos una encoladura de normas e instituciones que en no pocos casos resultan inconexos y contradictorios (...), de otra parte, normas atrasadas y otras completamente inaplicables (...) la sobreabundancia de normas no colabora con la seguridad jurídica ni en el fortalecimiento de un verdadero Estado de Derecho".

Existe, a su criterio, una extraña pero real mezcla entre el jusnaturalismo heredado de España desde la época de la colonia y el positivismo jurídico con que fuimos formados y con el cual se siguen formando a



los abogados panameños desde mediados del siglo pasado.

“...el jusnaturalismo ha significado en nuestro medio un anquilosamiento de normas e instituciones de derecho, así como una desconexión del derecho respecto de la dinámica propia de la realidad de todos los días, conminando así a jueces y abogados a ser amigos del silogismo y la subsunción como mecanismos básicos del razonamiento jurídico”, explicó.

El positivismo jurídico –entre tanto-, principalmente el de corte kelseniano, (recordemos la teoría pura del derecho), “ha significado en nuestro medio la generación de un derecho aséptico a procedimientos interpretativos y argumentativos, so pretexto de defender la estricta legalidad con graves consecuencias, dentro de las que se destacan un formalismo que hace prevalecer la forma jurídica frente a la justicia, tal como denunciara Michael Fucó, y la necesidad de reglamentar ad infinitum los cuerpos legales, ya que si no hay norma precisa –decimos- tampoco hay derecho que aplicar o reconocer”.

Al subrayar la forma como esas deficiencias hacen presencia en el modelo jurídico panameño Ceville apunto que “en los métodos que utilizamos para formar a nuestros abogados, debemos confesar con respeto pero con claridad, que nuestras facultades de derecho son



más centros de enseñanzas de normas que instituciones de formación de juristas”.

“Para ningún abogado panameño es un secreto que seguimos formando en materia civil con las mismas materias y temas con que se formaban los abogados franceses de finales del siglo XIX y que en

materia administrativa seguimos teniendo una legislación propia de la Panamá de inicios de la república, muy lejana de la gestión pública que hoy tenemos y más lejana aun de la que deseamos y necesitamos”, puntualizó.

La consecuencia principal de la pervivencia de este modelo jurídico típico de la antigüedad ha sido la limitada eficacia de nuestro derecho en las repuestas que ofrece a una sociedad compleja y en constante evolución, que nos está exigiendo reformular nuestra comprensión de la justicia y de su aplicación en la gestión de los asuntos públicos y privados.

Pero Ceville no se quedó en la crítica, dijo que “es necesario tomar acciones, ya que lo que está en juego es la justicia, la calidad de vida y el logro de nuestros objetivos comunes como sociedad y como Estado”.

Tras apuntar el importante papel de la Argumentación Jurídica en la posibilidad de superar las deficiencias subrayadas, el jefe de la Procuraduría de la Administración dijo a los asistentes que “el espíritu que anima este esfuerzo de capacitación para abogados del Estado panameño es el de tomar conciencia de la importancia de incorporar elementos contextuales sociales, económicos, políticos y culturales en la comprensión, elaboración y aplicación del derecho. Ya que de eso materiales está compuesta la vida de los individuos en sociedad”.

“Hablar de argumentación jurídica es más que aportar elementos lógicos para realizar el silogismo tradicional, es ante todo incorporar argumentativamente la realidad para hacer del derecho, de su ejercicio y su aplicación una realidad viva y dinámica que haga prevalecer el valor de la justicia, articulando la legitimidad, validez y eficacia que debe caracterizar a toda operación y comprensión del derecho. Esta opción podrá germinar en un enriquecimiento de nuestra producción y aplicación legal, de nuestro acervo doctrinal y nuestra generación de jurisprudencia”, puntualizó.

La Motivación del Acto Administrativo



Mgter. Selva Quintero

Abogada Asociada en Galindo, Arias & López con énfasis en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo.

I. Objetivos.

- A. Comprender la importancia de la motivación del acto administrativo.
- B. Reconocer cómo debe ser la motivación del acto administrativo.

II. Importancia.

Antiguamente, la regla general fue no requerir la motivación expresa del acto administrativo, no obstante, la tendencia moderna es hacia la motivación, como exigencia propia del Estado de derecho.

Ello está directamente relacionado con la evolución histórica del Derecho Administrativo, cuyo desarrollo se percibe desde finales del siglo XVIII, y con la necesidad de garantizar a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses.

Sobre el particular, Libardo Rodríguez (2000), expresó lo siguiente:

Desde que la idea de un régimen jurídico especial que regulara las actividades del Estado, y concretamente de la Administración Pública, comenzó a vislumbrarse desde finales del siglo XVIII, con ocasión del triunfo de la Revolución Francesa, la formación de esa nueva rama del derecho que hoy conocemos como derecho administrativo no ha cesado de consolidarse y de evolucionar paralelamente a la evolución del Estado mismo.

Y continúa diciendo Rodríguez:

En el caso de Francia, en una etapa preliminar, en la cual la principal preocupación fue la de encontrar un mecanismo que permitiera a los gobernados controvertir las actuaciones de la Administración ante la desconfianza de los nuevos gobernantes frente a los jueces de la época de la monarquía, que llevó, inclusive, a prohibirles expresamente inmiscuirse en los asuntos de la administración, el germen del derecho administrativo se expresó en el sistema conocido como de la administración-juez, cuya característica fundamental consistió en que las redamaciones o controversias contra la administración debían presentarse ante ella misma y era igualmente ella quien las resolvía a través del jefe del ejecutivo, aunque contando para ello con un órgano asesor especial, conocido como Consejo de Estado, que se convertiría con el tiempo en el gran propulsor de este nuevo régimen.

Sin embargo, esta etapa preliminar presenta diversas limitaciones en cuanto al campo de acción de este régimen especial... una de sus limitaciones es precisamente la falta de una convicción clara de que las actuaciones de los gobernantes pueden ser efectivamente controvertidas, lo cual se traduce en la escasa utilización de los mecanismos judiciales existentes contra el Estado...

En segundo lugar, la concepción y la naturaleza misma del sistema de la administración-juez, que implicaba que la administración era juez y parte en las redamaciones o controversias que se plantearan contra ella, contribuía al desestímulo en el planteamiento de dichas reclamaciones por parte de los ciudadanos...

En tercer lugar, debe recordarse que la filosofía de la Revolución francesa giraba alrededor fundamentalmente del individualismo



y de la iniciativa privada, de tal manera que dentro de esa concepción el papel del Estado en el seno de la sociedad era apenas secundario, hasta el punto de que generalmente se acepta que en esa etapa del liberalismo clásico o individualista, las actividades del Estado se limitaban a la defensa de la soberanía, al mantenimiento del orden público interno y a la administración de justicia, de tal manera que eran casi excepcionales las actuaciones de la Administración y, en la misma medida, eran excepcionales las posibilidades de reclamación contra ella.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que muchos países, aunque aplicaron los postulados de la filosofía liberal, no consideraron necesaria la concepción de un régimen especial para los asuntos de la administración pública, como es el caso de los países de la Common Law, de tal manera que desde un comienzo negaron la posibilidad de existencia de un derecho administrativo y, por consiguiente, las relaciones entre el Estado y los asociados se sometieron a los mismos principios y reglas que regulaban las relaciones entre particulares.

...

Esta concepción del Estado fue cambiando y durante la etapa del intervencionismo es que, según Rodríguez:

...se consolida en muchos países la idea de un régimen jurídico especial para regular la actuación de la administración pública, como garantía para los administrados frente al aumento progresivo del poder del Estado, que implicaba cada día un mayor desequilibrio en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados lo cual, por lo mismo, justificaba la creación de principios y normas especiales para regular esas relaciones, que no guardaban correspondencia con el principio ideal de la igualdad de las partes, propio del régimen jurídico tradicional.

... el intervencionismo de Estado se constituyó, a su vez, en el gran propulsor del derecho administrativo, pues si el Estado ya no se limitaba a ejercer las funciones básicas propias del Estado individualista... la consecuencia necesaria era la ampliación de la actividad administrativa y, por consiguiente, del campo de acción del régimen especial regulatorio de esa actividad, es decir, del derecho administrativo.

III. Concepto de Acto Administrativo.

De acuerdo con Garrido Falla (2002), sólo se pueden estimar verdaderos Actos Administrativos a aquellos que emanan de la Administración Pública.

Del doble punto de vista que la doctrina emplea para descubrir la noción de acto administrativo en el conjunto de los que realiza

el Estado, punto de vista formal y punto de vista material, resulta obligado descartar este último por consecuencia de cuanto ha quedado dicho con anterioridad. Si es cierto que, desde el punto de vista material, actos de ejecución para satisfacción de intereses públicos pueden ser realizados por los otros poderes del Estado, es también evidente que, como regla, sólo a los actos que emanan de la Administración pública, entendida en sentido subjetivo, puede aplicarse un régimen jurídico unitario. Sólo los actos que emanan de la Administración pública tienen valor formal de actos administrativos [...] sólo estos actos interesan



al Derecho administrativo [...]

Por todo lo dicho no tendríamos ningún inconveniente en coincidir con la definición de ZANOBINI: "Es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa" (p. 539-547).

Por su parte Santofimio (2007), al referirse al concepto de Acto Administrativo, dice lo siguiente:

[...] 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 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.

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 (p.126-127).

Para Ossorio (1987), Actos Administrativos o, más propiamente, actos jurídico- administrativos, son aquellos que lleva a cabo la Administración pública en su calidad de sujeto de Derecho Público, como manifestación unilateral de su voluntad, razón por la cual no entran en ese concepto los ejecutados por aquella en su calidad de persona jurídica sometida a las normas de Derecho Civil. Mucho más sencilla y comprensible resulta la definición de Acto Administrativo que trae Penagos (1980), para quien "el acto administrativo es la manifestación de la voluntad del Estado que crea, modifica o extingue una situación jurídica" (p.47).

En igual sentido, Libardo Rodríguez (2002) señala que los Actos Administrativos son las manifestaciones de voluntad de la administración destinados a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos.

La Ley 38 de 2000, que regula en Panamá el Procedimiento Administrativo General, define en el numeral 1 de su artículo 201 el concepto de Acto Administrativo de la siguiente manera:

Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto Administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo. Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de

que se trate; causa relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

Como se aprecia, Panamá es parte de la tendencia moderna, habida consideración que nuestra normativa exige que el acto administrativo esté motivado e incluso delimita cómo debe ser esta motivación al decir que esta debe comprender tanto los factores de hecho como los factores de derecho que fundamentan la decisión.

Se trata de suministrar a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses.

Cabe agregar, además, que el artículo 154 de la Ley 38 de 2000, se refiere a la motivación de los actos administrativos en los siguientes términos:

Artículo 154. La resolución que decida una instancia o un recurso, decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente, que sean indispensables para emitir una decisión legalmente apropiada.

La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución, cuando se incorporen al texto de ella.

Y en el artículo 155, dicha ley se refiere a los actos administrativos que deben ser motivados, así:

Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y,
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.

IV. Características del Acto Administrativo.

De acuerdo con la Autora Marelissa Ábrego (s.f.), de la definición de Acto Administrativo contenida en la Ley 38 de 2000, se pueden extraer las siguientes características:



- Es una declaración esencialmente unilateral.
- La declaración administrativa consiste en el ejercicio de una potestad administrativa, la cual puede ser ejercida no únicamente por quien ostenta el Poder Ejecutivo; sino también, puede emanar de otras ramas del Poder, así de autoridades jurisdiccionales y administrativas.
- Es un acto en el cual se traduce la actividad intelectual y consciente de la Administración a fin de que se produzcan efectos jurídicos.
- Esta manifestación de la voluntad debe encontrarse regida por el Derecho Administrativo.
- Debe expedirse con el cumplimiento de requisitos fundamentales, tales como son al competencia, el objeto, finalidad, causa, debidamente motivados y se debe cumplir con el procedimiento específico para la emisión valedera de dicho acto (p. 72-73).

Ahora bien, según Ábrego, para que el Acto Administrativo pueda ser generador de obligación es debe cumplir determinados requerimientos subjetivos, objetivos y formales, todo lo que dará lugar a que éste goce de los atributos de i) legalidad, ii) ejecutividad y iii) ejecutoriedad que se explicaran más adelante.

El elemento subjetivo se refiere a que el órgano creador del acto debe ser competente; el elemento objetivo guarda relación con que la manifestación de voluntad de la administración debe ser válida, esto es, conforme con las facultades de que goce quién lo crea y debe estar expresado en los términos señalados en la Ley. Finalmente, el elemento formal guarda relación con el procedimiento al que debe ceñirse la administración en su actuación.

Una vez que se expide un Acto Administrativo cumpliendo con todos los elementos esenciales arriba referidos, se puede afirmar que el Acto Administrativo tiene los atributos de legalidad, eficacia y ejecutoriedad ya mencionados y que pasamos a explicar.

En este orden de ideas, conviene señalar que la presunción de legalidad, no es otra cosa que decir que los actos administrativos, presumiblemente se emiten con estricto apego a las disposiciones legales, en cumplimiento del principio de legalidad.

Sobre el tema de la legalidad en materia administrativa, el autor Javier Sheffer (2006), expresó lo siguiente:

La Constitución ha receptado algunas figuras e instituciones de Derecho Administrativo por su relevancia y efecto respecto de los asociados, tales como:

1. Legalidad administrativa

La Carta prevé este capital principio del Estado sujeto a derecho o bajo el imperio de la Ley en los artículos 17 y 18.

Estos artículos textualmente señalan lo siguiente:

Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

Respecto al principio de legalidad, Rodríguez (2002) dice que:

Las leyes y los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario. En la práctica este principio se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstitucionales o ilegales por la autoridad competente (p.263).

La ejecutividad se refiere al carácter obligatorio de los actos administrativos y la ejecutoriedad no es más que: "La prerrogativa otorgada a la Administración por el ordenamiento jurídico en virtud de la cual puede ejecutar por sí misma los actos administrativos eficaces y válidos, sin necesidad de recurrir a los Tribunales". (Ábrego, (s.f.), p.97).

Sobre el tema de la ejecutividad y la ejecutoriedad, Penagos (1980) señala lo siguiente:

Una de las características del acto jurídico administrativo es su obligatoriedad que los autores modernos denominan ejecutoriedad, la cual encuentra su fundamento en el mismo derecho público.

El profesor Enrique Sayagués Laso dice que en principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y deber ser ejecutado. Es la regla general.



Claro que esa regla no excluye los casos expresamente exceptuados y aquellos en que la misma solución surge implícitamente de los textos o de los principios generales de derecho público, según hemos puntualizado al referirnos al efecto no suspensivo de los recursos administrativos. Esta peculiar característica del acto se denomina ejecutividad.

No debe confundirse ese carácter con la ejecutoriedad, anotan los tratadistas y así lo da a entender Sayagués Laso, al expresar que la ejecutoriedad es la posibilidad de la administración de ejecutar el acto por sí mismo, incluso en caso de resistencia abierta o pasiva de las personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción (p.105-106).

Sobre el tema, Barrera (s.f.), manifiesta que la fuerza ejecutiva y ejecutoria que poseen los actos administrativos en firme, determina que ellos deban cumplirse aún cuando sean impugnados por la vía jurisdiccional, pues, el derecho administrativo arbitra del lado de la prerrogativa de ejecutoriedad y ejecutividad, las correspondientes garantías. Una de esas garantías es la de poder solicitar y obtener, en un momento dado, la suspensión de los efectos de los actos administrativos mientras se tramita el proceso contencioso administrativo y se decide si el acto jurídico acusado es o no nulo.

La Suspensión Provisional, viene a ser, entonces, una excepción al carácter ejecutivo y ejecutable del Acto Administrativo.

V. Elementos esenciales del acto administrativo.

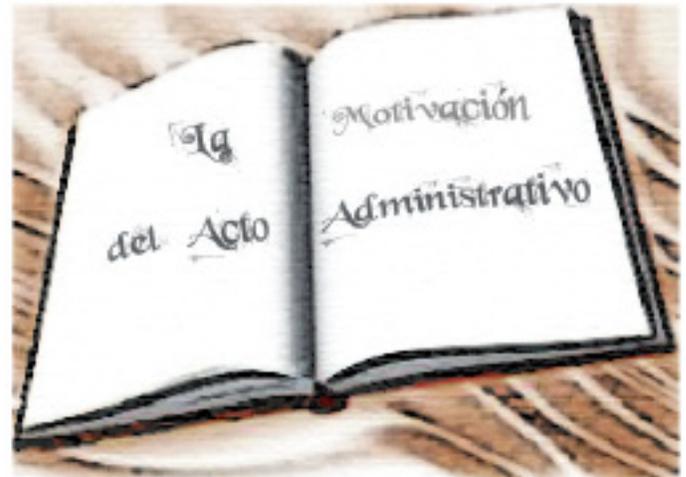
De acuerdo con la doctrina, para que un Acto Administrativo tenga existencia jurídica y sea válido, deben presentarse ciertos elementos esenciales.

Sobre este tema Santofimio señala lo siguiente:

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 si

aplicación real o efectiva.

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 se 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. (p. 143-144).

Santofimio se refiere a estos elementos, así:

• En cuanto a los sujetos dice:

En toda actuación administrativa de formación y 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... (p. 144).

• Respecto al objeto, señala que:

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... el objeto es precisamente lo que se decide en el acto; es el contenido del acto...



(p.152).

• Sobre la finalidad dice que “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” (p.156).

Y agrega que “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.” (p.156).

• Con relación a las formalidades señala lo siguiente:

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.

• Al referirse al mérito como elemento del acto administrativo, dice que éste “se refiere a la oportunidad o conveniencia para la expedición del acto administrativo”.

• Finalmente, respecto a la causa o motivo expresa lo siguiente:

El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que 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 (p.152-153).

Sobre los motivos del acto administrativo, anota Gabino Fraga (1964) que:

El motivo del acto es el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando existe previa y realmente una situación legal o de hecho; cuando esa situación es la prevista por la ley para provocar la actuación administrativa y cuando el acto particular que se realiza es el que la misma ley ha determinado. En otros términos, un acto administrativo estará legalmente motivado cuando se ha comprobado la existencia objetiva de los antecedentes previstos por la ley y ellos son suficientes para provocar el acto realizado.

Dependerá de la ley positiva la determinación de si existe o no una facultad discrecional para comprobar la existencia y suficiencia de los motivos del acto; pero, en todo caso, este elemento debe ser susceptible de comprobación al efectuarse la revisión judicial o administrativa del acto (p.295-296).

Igualmente Rodríguez refiriéndose a los motivos del acto, señala que son los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo. (p. 252).

VI. Motivación del acto administrativo:

Para Garrido Falla, por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que han motivado a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste.

A) Base Constitucional:

En Panamá, el principio de motivación se desprende del texto del artículo 32 de la Constitución Nacional, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

En incontables precedentes el Pleno de la Corte ha establecido el alcance del principio del debido proceso que consagra el artículo 32 de la Constitución Nacional, en el sentido de que contempla tres concatenadas garantías: a) la de que nadie será juzgado sino por autoridad competente, b) la de que el juzgamiento ha de ser conforme a los trámites legales; y c) que nadie será juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria. También ha quedado claro que si bien la garantía del debido proceso era reconocida únicamente dentro del ámbito penal, posteriormente, a partir de la década del setenta se consideró aplicable a los procesos civiles, laborales, etc., hasta culminar con el criterio que actualmente



prevalece, que lo hace extensivo a los procedimientos o trámites administrativos, lo que originalmente se desprende de diversos precedentes jurisprudenciales como lo son las sentencias proferidas el 24 de junio de 1992, referente a una orden dictada por el Ministerio de Educación, y de 23 de febrero de 1994, relativa a una orden dictada por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, hasta ser incluido textualmente en la norma constitucional.

B) Base legal:

De otro lado, dentro del marco de la legalidad, la ley 38 de 2000 establece la obligatoriedad del principio del debido proceso en los procedimientos administrativos.

En efecto, el artículo 34 de la Ley 38 de 2000 reza así:

Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Ahora bien, tal como se desprende del numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000 en concordancia con los artículos 154 y 155 de esa misma ley, los actos administrativos, por definición deben ser motivados.

Ello obedece a que, como ha dicho la licenciada Marlene Arias:

Es a través de la motivación del acto administrativo que la Administración legitima su decisión, permitiendo al administrado el correcto ejercicio del derecho de defensa consagrado dentro del principio del debido proceso legal contenido en el artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general.

C) Desarrollo Jurisprudencial:

La Corte Suprema de Justicia ha venido reconociendo la importancia del principio de la motivación como elemento integrante del debido proceso.

Así, en Sentencia de 29 de octubre de 1998, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia reconoció expresamente que la falta de motivación de un acto administrativo constituía una violación al principio del debido proceso. De hecho, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

El artículo 32 de la Carta Fundamental contiene los principios del debido proceso elevado al rango de garantía Constitucional, institución esta que no sólo es comprensiva de la regulación de la competencia en todas sus modalidades, sino también de los diversos procedimientos que regulan los términos, notificaciones, bilateralidad, oralidad, contradicción, aportación de pruebas, impugnación, etc., al igual que el principio de non bis in idem, o sea la prohibición de la doble penalización en los casos penales, policivos y disciplinarios.

Cuando existen procedimientos a seguir y la autoridad del conocimiento los omite o deja de cumplir, no cabe duda de que se está violentando el debido proceso, y ello acontece en el negocio de marras, en que los derechos procesales de la beneficiaria de la acción de Amparo reconocidos en la legislación vigente en materia de migración, han sido desconocidos.



Si bien parecen atendibles los argumentos de la autoridad acusada... esta Corporación Judicial no puede soslayar que el fondo del problema migratorio... es puramente de procedimiento administrativo y de rango legal, por lo que tendrá que ventilarse ante la jurisdicción



correspondiente a la concesión o de la Visa de Inmigrante solicitada.

Se hace legalmente procedente, sin embargo, que la Dirección Nacional de Migración expida en estos casos una resolución debidamente motivada en un sentido u otro, y ésta se notifique al interesado, a fin de que pueda ejercer los recursos que la Ley ha previsto. Se pone de manifiesto de esta forma, que aún en el caso de los extranjeros sometidos a la potestad del Estado requerido para acogerlos o no, la Ley les garantiza una serie de mecanismos y garantías que según los términos del libelo, y las constancias de autos no le han sido facilitados en este caso, en detrimento de la garantía constitucional cuya vulneración se ha invocado.

La Corte concluye al efecto, que el trámite impreso por la Dirección Nacional de Migración al no procesar, y rechazar de manera implícita y sin mediar resolución motivada, la solicitud de Visa de Inmigrante en calidad de casada con panameño a la señora ROSA MARÍA HERRERA, es violatoria del debido proceso, por lo que ha de revocarse, a fin de que la autoridad demandada expida formalmente una resolución en los términos antes indicados, resolviendo la pretensión de manera positiva o negativa, según considere legítimo y conveniente. Esta compete a la autoridad de Migración para optar por tal medida, sino que le obliga razonarla, conforme a lo previsto en la ley. (El énfasis es nuestro).

Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales, en Resolución de 29 de enero de 2001, externó un criterio que resulta aplicable a los actos administrativos, al manifestar lo siguiente:

El apartado titulado Fundamentos de la decisión, es medular en toda resolución judicial, en el se van a consignar los elementos probatorios que llevan al tribunal a tomar su decisión y el valor asignado a los mismos.

La observancia del principio de la fundamentación constituye una garantía en el Estado democrático de derecho, ya que obliga al ente jurisdiccional a plasmar en sus autos y sentencias las razones que motivaron su pronunciamiento.

Destaca la doctrina lo siguiente: “el deber de motivación de las resoluciones judiciales no sólo ha de alcanzar los fundamentos legales de la decisión, sino que ha de extenderse a la declaración de hechos probados. La exposición de las razones que han conducido al juez o tribunal a formar su convicción constituye el único medio de

comprobar la utilización de las reglas de la sana crítica o del criterio racional en la apreciación de la prueba, ...” (El Proceso Penal: Entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial, coordinado por Sonia NAVARRO SOLANO, Ilanud, San José, 1992, p. 101).

Nuestra Constitución Política consagra en el artículo 32 lo siguiente: “Artículo 32. Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.”

De dicha norma, la Corte ha reconocido que se desprende la garantía constitucional del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. Pese a que la misma no hace referencia al principio de fundamentación, de la frase “conforme a los trámites legales” se infiere que el juzgador está obligado a motivar sus decisiones. (El énfasis es nuestro)

Igualmente, en Sentencia de 17 de julio de 2003, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

La firma Barrancos & Henríquez, S.P.C., actuando en representación de la ASAMBLEA NACIONAL DE LOS BAHAI'S DE LA REPUBLICA DE PANAMA, ha presentado demanda contencioso de nulidad, con el objeto de que se dedare que es nula por ilegal, la Resolución N°AG-0010-2000, sin fecha, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente.

...

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO:

Mediante la impugnada Resolución N°AG-0010-2000, la Autoridad Nacional del Ambiente resuelve “autorizar” al Representante Legal de la Empresa RODA EQUIPO S.A., para que reanude las actividades correspondientes al proyecto denominado corte, relleno y remoción de material, localizado en el corregimiento Belisario Porras, distrito de San Miguelito, provincia de Panamá.

...

El informe explicativo de conducta rendido por el Administrador General de la ANAM en ese sentido es diáfano, pues, de su texto se infiere con meridiana claridad que el acto demandado fue expedido luego de que la empresa RODA EQUIPO S.A., propusiera la aplicación de las medidas de mitigación a los daños causados, como fueron contenidas en la Nota ARAPM-975-99 y el Informe de Valorización de Sanción, a fin de obtener el permiso para el reinicio de las actividades, mas la Sala no advierte que la ANAM en acatamiento a lo que dispone el artículo 24 de la Ley 41 de 1998, hubiese verificado la ejecución de éstas. Es más, posterior a la expedición del acto demandado, en el expediente se observa que la ANAM efectuó inspecciones de monitoreo el 30 de marzo y 25 de julio de 2000 (de fojas 220 a 226),



donde se detallan hechos que, en contraposición a las medidas de mitigación sugeridas a la empresa para tal efecto, la Sala observa que se compadecen con éstas, lo que demuestra que la autorización para reanudar las actividades en ese proyecto, se dio sin la certeza de la Administración de su cumplimiento. Así las cosas, en este caso resulta claro lo que en derecho administrativo se conoce como falta de motivación del acto demandado, que como bien afirma la demandante deviene como causa de ilegalidad, en la medida que es a través de los fundamentos de hecho y de derecho que la Administración legitima su decisión.

Lo anterior obedece a las consideraciones expuestas en el acto demandado contenido en la Resolución N°AG-0010-2000, que como bien apunta la Procuradora de la Administración, pone de relieve que la Administración Regional del Ambiente, Área Metropolitana, en giras de inspección al proyecto “comprobó” que la empresa había compensado los daños que habían motivado la suspensión de la obra acatando las condiciones impuestas por la ANAM y suscrito con la comunidad un acuerdo en el que, entre otras cosas, se hacía responsable por daños causados a las viviendas con el uso de explosivos (El énfasis es nuestro).

Asimismo, en Sentencia de 23 de julio de 2007, expedida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de actos discrecionales, manifestó lo siguiente:

Pese a no accederse a las pretensiones formuladas por las razones antes anotadas, la Sala hace un llamado de atención a los funcionarios que por ley están facultados para expedir actos administrativos, y es que aún cuando se trate de casos como el que nos ocupa, es decir, de actos discrecionales de la autoridad nominadora, es indispensable que los funcionarios encargados de su expedición, no sólo se ocupen de sustentarlos, sino sustentarlos debidamente y ello implica, entre otros aspectos, utilizar normativa legal vigente y aplicable, y, el verificar que efectivamente se hayan presentado los escritos sustentatorios de los diferentes recursos administrativos. No debe perderse de vista, que el ejercicio de la investidura administrativa debe condicionarse al marco de legalidad y desempeñarse con eficiencia y diligencia.

Posteriormente, en Sentencia de 30 de enero de 2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se expresó así:

En este marco de referencia, la motivación de un acto administrativo debe señalar los presupuestos de hechos, posición ésta concordante con la doctrina, la cual ha señalado:

“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 556.) (Lo subrayado por la Sala)

“...La Motivación o fundamentación de la decisión es una declaración de los cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación del acto (16), y está contenida dentro de lo usualmente se denomina, los considerandos (17). Constituye, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto, su fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de su decisión.

...La Motivación expresará sucintamente lo que resulte del expediente, las razones que inducen a emitir el acto y si impusieron o declararen obligaciones para el administrado el fundamento de derecho. La motivación no puede consistir en la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas. (Dromi, Roberto, “El Procedimiento Administrativo”, Imprenta Fareso S.A., 1999, ciudad de Argentina. Pág. 72-73) (Lo subrayado por la Sala)

Y más recientemente, en Sentencia de 12 de junio de 2010, bajo la ponencia del magistrado Oydén Ortega, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se expresó en los siguientes términos:

A juicio del Pleno, se hace patente que la sustentación que hizo el Ejecutivo, en el acto acusado, carece de los elementos que caracterizan las condiciones permitidas por el constituyente e incluso resulta improcedente su incorporación por la vía de la analogía que permite la propia Ley.

La argumentación que hace la Autoridad se apoya en la urgencia por adquirir el bien expropiado para revitalizarlo, en el marco de un presunto “Proyecto de Revitalización de Inmuebles en estado de abandono”. No obstante, el Decreto Ejecutivo acusado no identifica en qué instrumento jurídico está contenido dicho Proyecto, y la manera en que la expropiación realizada satisfaría los fines de dicho plan.

Tampoco expone cómo ese “Proyecto”, y la expropiación en cuyo nombre se actúa, revisten un elemento de interés social, razón por la cual, no identifica en qué medida se verán satisfechas las aspiraciones de la colectividad, en cuanto a la atención de esas necesidades esenciales a las que hemos hecho referencia.



En ese sentido, no consta que el inmueble vaya a ser destinado a finalidades educativas, de salubridad o habitación, o cualquiera otra que analógicamente pueda ser entendida como un interés social. De allí que, no encuentra el Pleno, debidamente justificado, la condición de urgencia que exige el texto constitucional, puesto que no se aprecia la forma por la cual la revitalización del inmueble servirá para atender necesidades apremiantes de la colectividad.

No escapa a la convicción del Pleno que, una ciudad con edificaciones debidamente conservadas hace parte de un paisaje urbano cuyo disfrute es derecho de la colectividad. Empero, esta Corporación de Justicia reitera que, no encuentra en dicha finalidad una necesidad apremiante y suficiente como para no seguir los mecanismos de la expropiación ordinaria que señala el artículo 48 de la Constitución Política, con apego al procedimiento que establece el Código Judicial.

No basta, a juicio del Pleno, que la Administración se pronuncie sobre la utilidad pública o el interés social que reviste la expropiación, sino que debe exponer los motivos que sustentan su necesidad. En consecuencia, la Resolución que ordena una expropiación extraordinaria es, ante todo, un razonamiento claro de las necesidades colectivas que motivan la privación coactiva de la propiedad. Por ello, son pertinentes las palabras del catedrático español Manuel Atienza, cuando señala:

“El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal - legislativo- de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.” (ATIENZA, Manuel, “Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, Pág.11).

El Estado de Derecho no se agota con la existencia de normas superiores que lo sustente, o sea, la existencia de una Constitución; sino que se caracteriza por un sistema jerárquico de principios, tales como, la primacía de la Ley, la legalidad de los actos de la Administración, la separación efectiva del poder público y, primordialmente, el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que sirven de marco para la creación, interpretación y aplicación del derecho.

Por su incidencia sobre un derecho constitucionalmente reconocido, la Resolución que decide una expropiación debe satisfacer una serie de requisitos mínimos, de forma que la ausencia de alguno de ellos deriva en su inconstitucionalidad, así las cosas debe: 1. encontrar en el propio texto constitucional su fundamentación; 2. concretarse en un texto legal formal, particularmente en los supuestos que la viabilizan; 3. contener una adecuada motivación que permita al administrado conocer los hechos y razones que justifican la limitación de su derecho; 4. asegurar que la restricción del derecho es necesaria para alcanzar el fin constitucionalmente permitido y, 5. que la actuación resulta en el que de menor manera afecta los derechos reconocidos.

Si bien, el caso bajo examen satisface el escrutinio que deriva de la primera premisa enunciada, las restantes están palmariamente ausentes en la actuación de la Autoridad, lo que deriva indefectiblemente en su inconstitucionalidad, en atención a que la decisión acusada se excede en los parámetros que exigen la recta interpretación del artículo 51 de la Constitución Política.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA: QUE ES INCONSTITUCIONAL, el Decreto Ejecutivo 48 de 24 de mayo de 2006.

D) Situación de Colombia:

1. Obligación de motivar.

Sobre el particular, conviene destacar que, como lo ha dicho Santofimio, también el derecho positivo colombiano obliga por regla general a que los actos administrativos gocen de la debida motivación, sean reglados o discrecionales, caso en el que se parte de la premisa de que debe tener una base legal.

Señala que:

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 contravirtiendo derechos subjetivos; por esta razón su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos empleados por la administración (p.154).



2. La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia:

Antes de 1984 la jurisprudencia y la doctrina colombiana consideraban a la falsa motivación como una modalidad de la desviación de poder. Al expedirse el Decreto 01 de 1984 se le otorgó a autonomía a la falsedad de motivos, como dice Santofimio "como vicio anulatorio del acto administrativo" (p. 402).

De acuerdo con Rodríguez, "la causal llamada en Colombia falsa motivación, comprende dos posibilidades" (p. 252) y sigue explicándolas así:

En primer lugar, puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expida el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos. Por ejemplo, para el otorgamiento de una pensión de jubilación se requiere la presencia de ciertos requisitos en cuanto a la edad y años de trabajo del jubilado, de manera que si se otorga una pensión a una persona que no ha reunido dichos requisitos, el acto estará viciado por esta causal de ilegalidad. Debe tenerse en cuenta que esta causal de ilegalidad solo tiene eficacia cuando el funcionario ejerce una competencia reglada, caso en el cual las circunstancias de hecho que fundamentan el acto son condiciones de su legalidad.

En segundo lugar, esta ilegalidad puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídico. Se habla entonces de la inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos, o de error de hecho o de derecho en los motivos. Como ejemplo de error de hecho en los motivos podemos citar el caso de un acto de la administración para cuya expedición se invoca como fundamento una solicitud de un particular que realmente este no ha presentado. En relación con el error de derecho, este se presentará cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero ha sido mal apreciado por el funcionario. Por ejemplo, se concede licencia a un empleado accediendo a una solicitud que realmente hizo, pero en la cual solicitaba sus vacaciones.

Frente a la ilegalidad por error en los motivos, debe tenerse una cuenta que cuando se trata del ejercicio de una competencia reglada, esta causal se confunde con la de inexistencia de los motivos legales.

VII. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo.

Para Santofimio existen cinco modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo. Veamos:

A.- Falta de Motivación.

De acuerdo con Santofimio, la falta de motivación del acto administrativo afecta las formalidades del acto administrativo.

Todo acto administrativo obedece necesariamente a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, que obligan, salvo excepción legal, a que sean expresadas por la administración para que los afectados con el acto conozcan los fundamentos que llevaron al Estado a tomar una decisión... La motivación del acto administrativo deberá comprender todas aquellas situaciones que dan origen a la actuación, que se presentan durante ella y sobre las cuales necesariamente habrá de pronunciarse.

...

Como lo hemos advertido, la falta de motivación no constituye propiamente un vicio de realización interna del acto administrativo, al no afectar directamente los motivos, los cuales puede que existan y sean verdaderos y legales; afecta en nuestra opinión las formalidades del acto administrativo, por lo que... deberá ser alegada como una verdadera causa de vicio formal. BETANCUR JARAMILLO, en cuanto al ámbito nacional, sostiene precisamente: "Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de los motivos se convierte en un elemento formal, cuya omisión constituye un defecto de forma que lo hace anulable por expedición en forma irregular..." (p. 398-399)

B.- Insuficiencia de la motivación.

Cualquier omisión en la parte motiva de la providencia administrativa de alguno de estos elementos [los elementos y circunstancias que le dieron origen y sobre los cuales habrá de resolver la administración] hace de ésta un acto insuficientemente motivado, por lo tanto susceptible de ser sometido a control gubernativo o jurisdiccional. La insuficiencia se diferencia claramente de la falta de motivación, en cuanto en aquella modalidad hay por lo menos un principio de explicación motiva, mientras en ésta falta de manera absoluta (p.400)

C.-Inexistencia de motivos.

Con la falsa motivación se consideran como ejemplo típico de anormalidad del motivo o causa del acto administrativo. Consiste en la falta absoluta de elementos fácticos o legales para que la



administración hubiere fundamentado una providencia de su competencia. A diferencia de la falta de motivación, en la inexistencia de motivos, la motivación formalmente existe pero sin materialidad sustancial sobre la cual estructurar sus afirmaciones (p.400)

D.- Motivo ilícito o ilegal.

... este vicio está en íntima relación con los vicios que afectan la legalidad formal. Consiste... en el incumplimiento por parte de las autoridades administrativas de valorar los fundamentos de hecho en un determinado sentido. "Las leyes pueden imponer a las autoridades administrativas criterios para la valoración de los hechos [...] Cuando la valoración que aquellas hacen de los hechos no se acomoda a los criterios legales, la causa será ilegal, aunque suele decirse que es ilícita... (p.400)

E.- Vicio por motivo incoordinado.

Suele presentarse esta anomalía cuando los motivos invocados no corresponden con las siguientes circunstancias: con los hechos y el derecho; con la parte resolutive; en ambos casos nos encontramos ante un evidente vicio de los motivos del acto generante de una indubitable nulidad.(p.400)

VIII. Falsa motivación o falsedad en la causa como causal de violación de los actos administrativos.

La doctrina reconoce la falsa motivación o falsedad en la causa del acto administrativo como una causal de violación.

En efecto, Fraga ha señalado que:

Todo acto jurídico supone motivos que lo provocan. Cuando esos motivos faltan, no existe la condición para el ejercicio de la competencia. Por tanto, el acto es irregular.

La sanción de esa irregularidad no puede ser otra que la privación de los efectos del acto por medio de la nulidad.

Pero no basta que existan los motivos; es necesario, además, que ellos sean apreciados legalmente como antecedentes de un acto administrativo y que éste sea el que la ley determine que se realice cuando aquellos concurren.

Tratándose de la irregularidad que pudiera existir por la apreciación inexacta del motivo o por la falta de oportunidad en la decisión, debe tomarse en cuenta... si el Poder Administrativo goza de facultad discrecional o si tiene una competencia ligada por la ley, en este último caso, la sanción tiene que ser la nulidad.

Por ejemplo, cuando se cobra una contribución a un individuo, motivándola en que es propietario de una finca urbana, cuando en realidad no lo es; cuando se acepta la renuncia de un empleado que no ha dimitido; cuando se decreta la expropiación que no ha solicitado un concesionario a quien la ley otorgue esa facultad, existe una falta de motivo, cuya consecuencia es la nulidad del acto.

Cuando se impone una pena disciplinaria por un hecho que no constituye propiamente una falta de esa índole; cuando se decreta la caducidad de una concesión por un acto que no ha sido realizado por el concesionario en la forma en que lo estima la autoridad decretante, hay una irregularidad en la apreciación del motivo cuya subsistencia sería injustificable.

Por último, cuando un acto del concesionario es, por ejemplo, motivo para la aplicación de una sanción pecuniaria, pero a pesar de ello se decreta la caducidad de la concesión, entonces el motivo existe, la apreciación de su ilegalidad es correcta, pero la decisión que se adopta no es la adecuada. Para este caso, como para los anteriores, debe ser procedente la nulidad, puesto que el motivo legal existente amerita la resolución que la ley o el acto han fijado como adecuado. (p. 324-325)



Igualmente, Santofimio señala que:

La falsa motivación o falsedad en la causa del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que puede depender, según las circunstancias, de alguna de las modalidades de vicios antes vistas; se caracteriza fundamentalmente por una divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública...

La doctrina es acorde en señalar, como vicios de la motivación fundamentados de este tipo genérico de causal de violación del



acto administrativo la inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho, la incoordinación de los motivos y la defectuosa calificación de los motivos por parte de la administración...

Debemos recordar que la falsa motivación es precisamente un fenómeno estructurado a nivel de elemento causal del acto administrativo, por lo que debe ser entendido en su exacto contexto, es decir, determinando aquellos necesarios antecedentes reales que han debido ser tenidos en cuenta por la administración, así como su relación con la voluntaria valoración que ésta haya podido otorgarle, sin importarnos para nada las finalidades que el funcionario individualmente haya infundido al respectivo acto. Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa, más no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el acto administrativo; esta última situación, en estricto sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder.

En esta delicada diferenciación radica precisamente la distinción entre la llamada falsa motivación y el desvío de poder; aunque, si bien es cierto, debemos admitir que en muchos casos una falsa motivación es el camino obligado o más utilizado por funcionarios dolosos y deshonestos para llegar a obtener fines distintos a los indicados en el ordenamiento positivo. La falsa motivación se estructura..., en estas eventualidades, lo que pudiéramos identificar como la relación jurídica de irregularidades medio-fin, vicio medio y vicio fin; se acude a una violación de los motivos del acto, para obtener fines diversos o totalmente independientes de los previstos por las normas superiores.

En estos casos, el acto se encuentra doblemente viciado, y se debe sustentar individualmente cada una de las circunstancias en procura de obtener la nulidad del acto. Es evidente que si se argumenta la relación medio-fin debe demostrarse igualmente el vínculo causal que pueda ligar los dos tipos de vicio; de lo contrario, resulta imposible determinar las relaciones que puedan existir entre ambos.

El juicio valorativo respecto de la incongruencia o inexistencia de motivos, en nuestra opinión, es en estricto sentido objetivo; pretende ante todo fijar una relación o desconexión entre unos antecedentes y una decisión. (p. 400-402)

IX. Control de la legalidad y motivación del acto administrativo.

Como la administración puede incurrir en abuso de sus facultades, el administrado debe gozar de medios legítimos para atacar los actos administrativos viciados de ilegalidad.

En tal sentido, vale destacar que así como existe el principio de legalidad también existe el llamado control de la legalidad.

De acuerdo con Araúz (2004) "El principio de legalidad y el control de la legalidad están estrechamente vinculados. Tan es así que el primero deviene iluso, quimero, lírico, sin el segundo. El control de la legalidad actúa, si se quiere, como una garantía del primero" (p.89).

El control "interno" de la legalidad lo ejerce la propia administración. El control "externo" lo ejerce la jurisdicción contencioso administrativa y, en palabras de Araúz (2004), "lo ejerce un órgano distinto e independiente de la administración. Esta jurisdicción en nuestro país es ejercido por un tribunal de única instancia: la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia" (p.94).

Por tanto, al ejercer el control de la legalidad se deberá comprobar si el Acto Administrativo en cuestión está o no viciado de nulidad por estas razones, como lo ha reconocido la jurisprudencia reciente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en Auto de 29 de enero de 2009, la Sala Tercera de la Corte explicó esta situación en los siguientes términos:

Por otro lado, en cuanto a lo señalado por el A-quo, referente a que no se ha expuesto claramente el concepto de la violación de la norma que se estima infringida pues no se ha definido claramente el concepto de violación de las normas invocadas como infringidas, es decir, si la misma ha sido violada de forma directa por omisión o falta de aplicación, comisión, interpretación errónea o indebida aplicación.

El resto de esta Sala ha de señalar lo siguiente:

Según el artículo 26 de la Ley 135 de 1943, reformado por el artículo 16 de la Ley 33 de 1946 se estableció en nuestro derecho, los motivos de ilegalidad de los actos administrativos, que tal como lo señalara la norma citada comprenden tanto la infracción literal de los preceptos legales como la falta de competencia o de jurisdicción del funcionario o de la entidad que haya dictado el acto administrativo, o el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse y la desviación del poder. En cuanto al primer motivo de ilegalidad, la Jurisprudencia de esta Corporación de Justicia manifestó en numerosos fallos, que las disposiciones jurídicas podrían ser violadas en forma directa por comisión, violación directa



por omisión o falta de aplicación, interpretación errónea y por indebida aplicación. No obstante, es importante tener presente que este requisito de expresar la forma en que las normas podrían ser violadas deja de ser una exigencia, ya que mediante la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en el Libro Segundo que regula el procedimiento administrativo general, según el artículo 206, fue derogado el artículo 26 de la Ley 135 de 1946, materia que ahora es regulada por el artículo 52 de la nueva Ley de procedimiento administrativo común; por lo que no coincidimos con lo expresado en el auto recurrido en cuanto a que el demandante no ha expuesto el concepto de violación claramente.

Contrario a ello, se advierte en la demanda en estudio, que el demandante ha confrontado claramente, de forma sencilla, pero entendible el acto impugnado con la disposición que se dice vulnerada, por lo que consideramos que lo dispuesto en el artículo 43 numeral 4, de la Ley Contenciosa, ha sido debidamente atendido. Con respecto a lo anteriormente planteado y al cumplimiento del requisito del concepto de violación, la Sala ha manifestado lo siguiente:

“El resto de la Sala estima, por otra parte, que la indicación exacta del concepto en que los literales d) y e) del artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 70 de 1973 fueron violados no es razón para revocar la resolución que admitió la demanda, pues, el artículo 26 de la Ley 135 de 1943, que aludía a los “motivos de ilegalidad” fue derogado expresamente por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000. Además, lo fundamental, en todo caso, era que la parte actora explicara de forma clara y comprensible de qué manera la ANAM violó las referidas normas al expedir el acto acusado, cuestión que se cumplió cabalmente, según se desprende de la lectura de los cargos de ilegalidad (Cfr. fs. 25 y 26).” Auto de 22 de Julio de 2003, recurso de apelación propuesto por LOS NARANJOS OVERSEAS, S. A. dentro de demanda de plena jurisdicción propuesta por AES PANAMA, S. A. contra ANAM, con Ponencia del Magistrado Winston Spadafora, actuando en calidad del Tribunal de Apelaciones).

Resalta el resto de la Sala:

“Para comprender lo anotado es preciso recordar que conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el cumplimiento de este requisito establecido en la norma citada, en cuanto al concepto de violación, exige de parte del demandante una explicación lógica, coherente y detallada acerca de la forma en que el acto, norma o resolución acusado de ilegal violó el contenido del precepto jurídico que se estima conculcado. El concepto de la infracción, por tanto, no es una exposición de hechos, como tampoco de argumentaciones subjetivas; por el contrario, es un juicio lógico-jurídico en el que, partiendo de unos hechos concretos, se confronta el acto impugnado con el contenido de las disposiciones que se dicen

vulneradas, de modo que a través de este ejercicio mental se pueda establecer si dicho acto es contrario o no al orden jurídico”. (Auto de 15 de Octubre de 2003, Jean Michelet Innocent contra Dirección Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia, con Ponencia del Magistrado Winston Spadafora).

El texto del artículo 52 de la Ley 38 de 2000 a que se refiere la precitada Sentencia es el siguiente:

Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.

De ahí entonces que actualmente en nuestro país la nulidad absoluta de los actos administrativos se produce cuando se da alguna de las circunstancias anotadas por ese artículo.

Por ende, una confrontación sencilla de un acto indebidamente o no motivado con el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, podría llevar a concluir en un proceso de control de legalidad, que se ha producido la nulidad absoluta del acto, según lo previsto por el numeral 4 del artículo 52 arriba transcrito.

IX. Conclusiones.

- La motivación debe ser redactada en forma clara, breve, concisa y precisa, esto es, sintetizada.
- Las ideas deberán exponerse en tono liso y llano con referencia a los puntos esenciales de las cuestiones debatidas, sin alusiones o citas innecesarias.
- La motivación debe girar sobre los motivos de hecho, motivos de derecho y valoración de la prueba.
- Los motivos de hecho no son más que las circunstancias fácticas anteriores a su expedición que, salvo excepción legal, deben ser expresadas por la administración, como parte de la fundamentación que llevó a la Administración a tomar una determinada decisión.
- La motivación del acto administrativo, en cuanto a los hechos, deberá



comprender todas aquellas situaciones que dan origen a la actuación y que se presentan durante ella y sobre las cuales debe pronunciarse.

- Los motivos de derecho están constituidos por las razones y fundamentos legales que se estimen por la administración procedente para la decisión con cita de las leyes que se consideren aplicables al caso que se resuelve.

- En cuanto al derecho objetivo, debe determinarse no sólo cuál es el aplicable sino también cuál debe ser el sentido de su aplicación. Se trata de una labor de interpretación de la norma contra el caso concreto.

- Respecto al tema probatorio, la motivación del acto administrativo debe tomar en consideración las pruebas aportadas al expediente, esto es, no puede arbitrariamente desconocer o desvalorar las pruebas aportadas al expediente, sobre todo que la decisión eventualmente podrá ser objeto de revisión judicial.

- No debe confundirse la "brevedad" de la motivación con "formulismos sacramentales" que poco o nada justifican o explican y, por tanto, son vívidos ejemplos de "insuficiencia de motivación", v. gr.:

- a) por razones del servicio
- b) por motivos de organización interna
- c) por incapacidad laboral
- d) por incapacidad profesional
- e) no se juzga oportuno, etc.

- Los problemas relacionados con la incorrecta o nula motivación del acto administrativo, pueden dar lugar a la declaratoria de ilegalidad del acto, por violación del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBREGO C., Marelissa, (S.F.), *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la Tutela Cautelar*, Panamá: Universal Books.

ARAÚZ, Heriberto, (2004), *Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá*, Panamá: Universal Books.

FRAGA, Gabino, (1963), *Derecho Administrativo*, México: Editorial Porrúa, S.A.

GARRIDO FALLA, Fernando, (2002), *Tratado de Derecho Administrativo*, (V.I), (13era), España, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.)

MOLINO MOLA, Edgardo, (1993), *Legislación Contenciosa Administrativa Actualizada y Comentada. Con Notas, Referencias, Concordancias y Jurisprudencia.*, Panamá: S/E

OSSORIO, Manuel, (1987), *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina: CLARIDAD, S.A.

PENAGOS, Gustavo, (1980), *EL ACTO ADMINISTRATIVO*, (3ra), (S.L.): Ediciones Librería del Profesional

RODRÍGUEZ, Libardo, (2002), *Derecho Administrativo General y*

Colombiano, (13era), Colombia: Temis

SANTOFIMIO, Jaime Orlando, (2007), *Tratado de Derecho Administrativo*, (4ta), (T.II), Colombia: Universidad Externado de Colombia

Documentos de Internet:

Barrera, Antonio. (s.f.). *Hacia una nueva Concepción del a Suspensión Provisional del Acto Administrativo en Colombia*. Recuperado el 15 de marzo de 2010, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/90/art/art1.pdf>.

Ponencias:

Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI*, Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en México los días 28 y 29 de noviembre de 2000.

Sheffer Tuñón, Javier Ernesto, *Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña*, Quito 6 de abril de 2006.

Leyes:

Ley 38 de 2000

Constitución Política de la República de Panamá, (2005), (6ta), Panamá: Mizrahi y Pujol, S.A.

Resoluciones judiciales:

Sentencia de 29 de octubre de 1998 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Resolución de 29 de enero de 2001 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Sentencia de 17 de julio de 2003 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Auto de 29 de enero de 2009 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Sentencia de 30 de enero de 2009 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Sentencia de 12 de junio de 2010 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Principios e Instrumentos de Buena Regulación Normativa Económica y Eliminación de Cargas Administrativas



Dr. Martín Bassols Coma
Catedrático de Derecho Administrativo

I INTRODUCCIÓN

Dos recientes innovaciones legislativas han introducido en nuestro ordenamiento jurídico la problemática de la buena regulación económica en el ámbito de la producción normativa.

La primera manifestación tuvo lugar con la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre < Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio>; norma que, en virtud de la transposición de la Directiva de Servicios 2006/123/CE de la Unión Europea, llevó a cabo una reforma profunda en el régimen y procedimientos de autorización para el establecimiento y libre prestación de servicios, al tiempo que se creaba un comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicio para facilitar la cooperación entre las Administraciones Públicas y el seguimiento de la normativa que dichas administraciones llevarán a cabo en sus respectivas esferas de competencia.

Recientemente, se ha promulgado la Ley 2/2011 de 11 de marzo, sobre Economía Sostenible que en su Capítulo I del Título I (artículos 4 a 7), bajo la rúbrica “Mejora de la Calidad de la Regulación”, introduce en una norma con rango de Ley referencias a principios como los de “Buena Regulación” o “Mejora de la Calidad Regulatoria”, al tiempo que introduce no solo una serie de técnicas o instrumentos para alcanzar estos objetivos regulatorios, sino también, (y ello es especialmente significativo), una revisión del ordenamiento preexistente sobre la base de una evaluación retrospectiva.

La mejora de la calidad de las leyes es una preocupación sentida por amplios sectores socioeconómicos y profesionales desde hace tiempo y a tal efecto el Consejo de Ministros con fecha 22 de julio de 2005 (BOE 29 de julio) aprobó unas Directivas de Técnicas Normativas aplicables en sus aspectos formales tanto a los Anteproyectos de Leyes como a las Normas reglamentarias en sus diversas modalidades.

Ahora bien, como nos advierte ATIENZA (1990 página 23) ante la crisis de la calidad de las leyes “la técnica legislativa viene a ser mas una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis que de superarla”. De ahí que la introducción de la “Buena regulación” en el prolijo ámbito de la legislación económica en el marco del derecho público económico-inmerso como evidencia el derecho comparado en pleno proceso de crisis y transformaciones- puede contribuir no solo a una mejora de la calidad de las normas en sentido formal, sino también del entorno socioeconómico. La Ley de Economía Sostenible que no define el concepto de buena regulación, limitándose a destacar sus principios inspiradores e instrumentos para su consecución, si pone especial énfasis en vincularla a la idea de < sostenibilidad de la economía española > (art. 2 y 3) como nuevo modelo de crecimiento económico que según manifiesta el Preámbulo de la Ley < sostenible en tres sentidos: económicamente, esto es cada vez mas solido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los medios naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades ; y sostenible socialmente, en cuanto promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social >.

Estos ambiciosos y difíciles objetivos para cuya consecución la Ley arbitra numerosos y variados instrumentos a lo largo de 114



artículos innovadores y de modificación de más de sesenta leyes preexistentes están presididos por este propósito inicial de una buena regulación para conseguir marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad.

Por todo ello consideramos de interés profundizar en esta importante recepción instrumental y metodología que no debe agotarse en la producción de nuevas normas, sino que debe continuar con una revisión del ordenamiento jurídico preexistente en sus diversas esferas (estatal, autonómico y local) liberando o desmantelando cargas administrativas innecesarias para los ciudadanos y agentes económicos sin que ello pueda poner en peligro el objetivo más difícil de alcanzar < fortalecimiento y garantía del Estado social > (art. 3.9).

II. LA PROGRESIVA INTRODUCCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE CRITERIOS DE EVALUACIÓN ECONÓMICA EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

1. MEMORIA JUSTIFICATIVA Y ECONÓMICA EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS:

En el ámbito de la potestad reglamentaria nuestro Ordenamiento Jurídico cuenta con un precedente importante que intuía e incluso podemos decir que anticipaba algunos instrumentos que hoy forman parte de la preocupación tan actual de la mejora de la técnica normativa. Nos referimos en concreto a los arts. 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, cuyos artículos 129 a 132 configuraban un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de carácter general, con el propósito de racionalizar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración pública (justificación de necesidad, oportunidad, adierto, estimación de costes aportación, aportación de informes y dictámenes; de tabla de vigencias y derogaciones de textos legales etc.) y oportunidad de participación de los administrados (audiencia de administrados y de organizaciones económicas y sociales).

Este texto estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre que desarrollaría el art. 105 de la constitución española de 1978 que reconoce la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones que les afecten.

La referida Ley del Gobierno de 1997 contempla separadamente las iniciativas legislativas del Gobierno (art. 22) del ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno (art. 24). Para las iniciativas legislativas del gobierno antes de su remisión al Parlamento se prevé la formación previa de un anteproyecto por el Ministerio o Ministerios competentes que se acompañara de la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre impacto por razón de género (requisito exigido por la Ley 30/2003) de las medidas que se establezcan, así como por < una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar >.

A mayor abundamiento, por acuerdo del Consejo de Ministros con fecha 22 de julio de 2005 aprobaría unas Directrices de Técnica Normativa que afectaban fundamentalmente a la metodología, estructura y redacción de los textos legales. Por lo que afecta al ejercicio de la potestad reglamentaria, el art. 24 además de regular los trámites de audiencia y participación de los ciudadanos, análogamente exigía que el correspondiente proyecto reglamentario fuera acompañado de un informe sobre necesidad y oportunidad de aquel y específicamente de una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

Tanto la memoria justificativa como la memoria económica están configuradas con gran indeterminación respecto a su contenido, lo cual ha determinado que hasta fechas recientes la jurisprudencia haya adoptado posiciones flexibles ante memorias defectuosas, incompletas o en exceso sucintas; al tiempo que la simple estimación o evaluación < ex ante > del coste a que da lugar la disposición, no se precisa si se refiere a los costes administrativos internos que su producción general o bien su posible incidencia como cargas o costes administrativos sobre los ciudadanos a los que se va aplicar.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado distintas posiciones respecto a la exigibilidad de los contenidos de las memorias económicas en atención a los distintos tipos de reglamentos (ejecutivos, organizativos o independientes) y grados de discrecionalidad de su ejercicio, inaugurándose una posición más rigurosa a partir de dos sentencias de la misma fecha de 27 de noviembre de 2006 relativas a un reglamento organizativo (traslado sede de Madrid a Barcelona de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), al punto de considerar que la insuficiencia del contenido de la memoria puede apreciarse como < ratio decidendi > (razón para decidir) de la nulidad de una disposición reglamentaria.



En las sentencias referidas se afirma que la memoria económica debe proporcionar al gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas pueden suponer a fin de que, contraponiendo éstas con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, las decisiones adoptadas con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar.

La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando en relación a los reglamentos el principio general de transparencia establecido en el art. 3.5 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común.

2. LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA SOBRE DE MEJORA REGULATORIA EN LAS NORMAS DE CONTENIDO ECONÓMICO.

La Comisión Nacional de la Competencia, organismo independiente encargado de velar por la libre competencia, ha visto reforzadas sus atribuciones, a partir de la Ley 15/2007 especialmente en orden a la elaboración de estudios y formalización de propuestas a través de su unidad de investigación; la Dirección General de Promoción y Desarrollo de Informes e Investigaciones, dirigiendo su atención inmediata al estudio de la problemática de la Mejora Regulatoria < Better Regulation > o < Regulatory Reformation >.

Atendiendo a las experiencias que desde el año 1995 llevaba a cabo la OCDE sobre recomendaciones para la mejora de la Calidad de la Regulación y en especial su publicación del año 2005 < Principios Rectores para la Regulación Eficaz y de Calidad >, así como a los análisis de Impacto normativo regulatorio (Regulatory Impact Assessment).

Fruto de esta actividad investigadora y de las recomendaciones en este mismo orden de la Unión europea (Comunicación de 2005 para la Mejora de la Regulación para el Crecimiento y Empleo en la Unión Europea: objetivos aplicables; así como iniciativa de 2006 sobre Cargas Administrativas), la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 17 de junio de 2008 elaboró un interesante documento < Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una Regulación de los Mercados Eficientes y Favorecedores de la Competencia >.



En dicho Informe se contiene una serie de precisiones, recomendaciones y definiciones que pueden clarificar muchos de los extremos que se han incorporado sobre Regulación Económica en la Ley de Economía Sostenible de 2011, a este respecto, merecen destacarse los siguientes aspectos y definiciones que han de permitir conseguir una mejora regulatoria en la producción de las normas de carácter económico:

- Marco Normativo: Cualquier tipo de medida que, aun no teniendo aparentemente como objeto directo la regulación de una actividad económica, puede tener implicaciones sobre la actividad económica que los agentes económicos desarrollan.
- Regulación Eficiente: La consecuencia del objetivo que la norma persigue mediante un ejercicio regulador que impone mínimas restricciones posibles a la actividad económica.
- Marco Normativo Eficiente: Los principios de esta regulación eficiente desde la perspectiva del funcionamiento del mercado y que contribuya a minimizar las cargas, deberá responder a los siguientes principios: 1) Necesidad; 2) Proporcionalidad; 3) Mínima distorsión; 4) Eficacia; 5) Transparencia 6) Predictibilidad.



Toda restricción a la libre competencia deberá ser evaluada como necesaria y proporcional, a la vista del principio de la libertad de empresa, reconocida en el art. 38^{CE} (en la medida que dicho artículo establece que los poderes públicos garantizaran y protegerán su ejercicio y la defensa de la productividad).

Además de justificar con claridad sus objetivos a efectos de ayudar a entender a los agentes económicos su oportunidad, deberá rusticarse la proporcionalidad de la restricción en el sentido de que no puede alcanzarse su objetivo por cualquier otro medio menos restrictivo.

- **Mínima Distorsión:** La medida propuesta debe ocasionar una mínima distorsión para la competencia ya que cualquier instrumento regulatorio no resulta indiferente ya que puede afectar a los costes de las empresas.

- **Eficacia:** Además de la eficiencia deberá alcanzarse el principio de eficacia en la normativa producida a efectos de no generar cargas administrativas y en especial procurará la coordinación entre las distintas Administraciones Públicas; evitar lagunas legales. La eficacia en la regulación debe evitar también las presiones y la llamada "captura del regulador". La apertura a la competencia de un sector debe ir acompañada de un análisis <ex ante> de la normativa afectada directa o indirectamente por las leyes o reglamentaciones administrativas.

- **Transparencia:** Apertura al conocimiento previo de los afectados a fin de tener conocimiento y participación en el proceso de elaboración de las normas regulatorias. No deberá confundirse este trámite como un marco para conseguir pactos o consensos generalizados del sector, ni por supuesto, facilitar o promover "la captura del regulador".

- **Marco Predecible:** La norma debe dar lugar a un marco estable y predecible en su desarrollo; previsión de calendarios, evitar normas a traición, sorprendiendo a inversores o que generen desconfianza o supongan vacíos legales o liberalizaciones incompletas.

3. DE LA MEMORIA ECONÓMICA A LA MEMORIA DE IMPACTO NORMATIVO: LA GUÍA METODOLÓGICA PARA SU ELABORACIÓN.

A la vista de las incertidumbres e insuficiencias en orden al contenido, tanto de la memoria justificativa como la memoria económica que la experiencia en la aplicación de la Ley del gobierno 50/1997 había dado lugar, se promovió una disposición por vía simplemente reglamentaria que introduciría un cambio importante, aplicable

tanto a los anteproyectos de ley como de disposiciónes reglamentarias consistente en la necesidad que durante el proceso de su elaboración se sustituyesen o unificasen aquellas memorias en una sola Memoria de Impacto Normativo. El Proyecto de Real Decreto por el que se pretendía tal innovación iba acompañado de una serie de referencias a la elaboración de una futura Guía Metodológica que suscitaban reparos por parte del Consejo de Estado y que determinaron la instrucción de determinadas modificaciones en el texto finalmente aprobado.

El Consejo de Estado en su Dictamen Nº 419/2009 de 16 de abril de 2009 formularía distintas observaciones al contenido inicial del Proyecto de regulación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que por su interés conviene anotar:

a) En primer lugar, consideraba que hubiese sido más adecuado que una iniciativa de esta naturaleza se hubiera adoptado con una norma con rango de Ley que modificara expresamente los arts. 22 y 24 de la ley del gobierno dado que la introducción del concepto de "análisis de impacto normativo" al tratarse de un concepto sustantivo que globalmente entendido no tiene aun reflejo en nuestro ordenamiento jurídico y que, al mismo tiempo, excede del contenido y el alcance de los informes actualmente exigibles y que por razón de su contenido heterogéneo (financiero, económico, normativo o de género etc.) no pueden ser identificables con el documento que los agrega o diluidos en un mismo documento.

b) Entre los criterios sustantivos que se proponían para el análisis del impacto normativo (enunciados en unos anexos) figuraba la determinación precisa del título competencial que sustentaba la propuesta normativa, con especificaciones sobre si se trataba de competencias exclusivas; aplicación art. 149.1.1 CE o competencias de ejecución a cargo de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Estado consideraba que una norma reglamentaria no podía preceptivamente acotar estas determinaciones y en tal sentido el texto definitivo del Real Decreto eliminaría dichos que pasarían a formar parte de la Guía Metodológica.

c) Se proponía, como más adelante tendremos ocasión de examinar, un deslinde competencial con las atribuciones de la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios. Del máximo interés resultaría la observación del Consejo de Estado en orden al excesivo énfasis que se otorgaba a los impactos relacionados con la competencia económica, -comprensible en aquel momento en que la Directiva europea de Servicios estaba en proceso de elaboración- por lo que sugería que también se tomaran en consideración impactos



relacionados con el principio de precaución o evaluación de riesgos en el marco de la regulación económica.

Finalmente, se promulgaría el Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio por el que se regula la memoria de Análisis de Impacto Normativo como un desarrollo reglamentario de los artículos 22.2 y 24.1 a y b (apartado 2) de la Ley del Gobierno. La Memoria deberá integrar en un solo documento; todos los Estudios e Informes que se han emitido durante todo el proceso de elaboración de la iniciativa normativa, con exclusión de los Informes de las Secretarías Generales Técnicas u otras consultas o dictámenes, la estructura de la Memoria abarca las siguientes pautas: oportunidad de la iniciativa; contenido y análisis jurídico (con indicación expresa y pormenorizada de las normas que deben quedar derogadas); análisis de la norma al sistema de distribución de competencias; implicaciones económicas y presupuestarias en los sectores afectados; detección y medición de cargas administrativas generadas; impacto por razón de género; y cualquier otro extremo de impacto social.

Para la realización y estructuración de la Memoria se atenderá a una Guía Metodológica que será aprobada por el Consejo de Ministros (momento en el que deberá empezar a aplicarse el Real Decreto o en su defecto a partir de 1 de enero de 2010); así mismo el centro directivo que centralizara el procedimiento de elaboración de las Memorias será la Dirección general de Organización administrativa y de procedimiento de la Secretaría de Estado de la Función Pública.

Se excluye del ámbito de aplicación del Real Decreto a la memoria y documentos relativos a la Ley anual de Presupuestos que se regulara de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.2 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003).

La Guía Metodológica para la elaboración de la memoria de Análisis de Impacto formativo se aprobaría por el Consejo de Ministros con fecha 11 de diciembre de 2009. La Guía constituye un documento de 84 páginas, integrado por unas consideraciones generales y nueve (merecen especialmente la atención los relativos al Derecho de la Competencia y a la medición y reducción de cargas administrativas, desde un primer momento se afirma que la Guía no es una norma jurídica, ni tiene carácter dispositivo, sino solo un instrumento metodológico con la mayor extensión posible para detectar aquellos aspectos que pueden observarse en la realización de la Memoria.

A su vez, el Análisis de Impacto Normativo se considera como <una herramienta para mejorar la regulación, mediante la cual se sistematiza y ordena la información relevante para valorar el impacto

de una iniciativa con el fin de ayudar en el proceso de su aprobación>. Con especial énfasis se percata que <el análisis de impacto ambiental nunca sustituye a la decisión política. Se limita a aportar información relevante para que los Órganos competentes tomen las decisiones que estimen oportunas>.

En los respectivos se van sistematizando los objetivos y elementos a valorar según las materias y objetivos de forma muy minuciosa especialmente en cuestiones relacionadas con los títulos competenciales y en orden a la incidencia con el Derecho de la Unión europea; impacto de las medidas a adoptar sobre los presupuestos de las Comunidades Autónomas y Entes Locales, así como sobre los gastos y costes de personal que pueden generarse.

Los más importantes a nuestro efectos son los relativos a los posibles efectos negativos sobre el derecho de la competencia (Anexo IX en el que se resume el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 que anteriormente hemos referido) y el Anexo V sobre método simplificado de medición de Cargas Administrativas y su Reducción conforme al Modelo de Costes Estándar (MCD) compartido por las distintas Administraciones Públicas al que más adelante haremos referencia.

Finalmente, la Guía contiene una serie de indicadores a aplicar a las distintas mediciones que permiten presentar su cuantificación a través de un Resumen Ejecutivo de la Memoria que se presenten los datos y conclusiones de forma breve y concisa. En el supuesto que de la iniciativa normativa no se derivaran impactos simplemente se elaborara una Memoria abreviada. En términos sensiblemente paralelos en cuanto a objetivos y contenidos la Generalidad de Cataluña ha elaborado una <Guía de Buenas Prácticas para la Elaboración y Revisión de Normativas con Incidencia en la Actividad Económica > (DOG nº 5609 de 16 de abril de 2010).

III. LA BUENA REGULACIÓN Y LA CALIDAD EN EL ÁMBITO NORMATIVO ECONÓMICO.

1. ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN

La Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011 de 11 de marzo) atribuye a las Administraciones Públicas la responsabilidad de impulsar el incremento de la competitividad de las empresas mediante la generación de marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en el mercado de bienes y servicios. Este objetivo se considera de máxima prioridad para impulsar la sostenibilidad de la economía española y ello explica que se adopten una serie de



medidas, bajo la rúbrica general de Mejora del Entorno Económico (Título I), entre las que figura en lugar destacado y prioritario el de la < Mejora de la Calidad de la Regulación> (arts. 4 a 7), denominado también <Principio de Buena regulación>.

Tanto la calidad como la buena regulación se proyectan sobre el ejercicio de la iniciativa normativa de las Administraciones Públicas sobre la base de unos principios de necesidad; proporcionalidad; seguridad jurídica; transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. El art. 4 se limita a enunciar estos principios sin definirlos, a lo sumo destaca aspectos parciales e instrumentales de los mismos, apelando para ello a una terminología de claro matiz economicista y que revela una influencia notable en su redacción del Informe de la Comisión Nacional de la Competencia anteriormente referido y examinado.

Dado su carácter descriptivo con abundantes reiteraciones y apelaciones a conceptos de carácter económico vinculados a otros de matiz jurídico, consideramos más acertado situarlos funcionalmente en las distintas etapas de la elaboración de las iniciativas normativas que intentar su aproximación conceptual.

A) En la fase de su iniciación toda iniciativa normativa debe estar justificada por < una de interés general> (apart. 1º).

Los objetivos y la justificación de la regulación deberán reunir determinados requisitos:

a) En virtud del principio de la transparencia, deberán ser definidos claramente. (apart. 5).

b) Por imperativos del principio de eficacia (apart. 8) se reitera que debe partirse de una identificación clara de los fines perseguidos y de objetivos directos a efectos de evitar cargas innecesarias y accesorias para la consecución de estos objetivos finales.

c) Finalmente, en virtud del principio de proporcionalidad, garantizarse que para la persecución del objetivo de la regulación se ha constatado que no existen otras medidas menos restrictivas y a la vez menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

B) Durante el proceso de elaboración normativa se garantizara el principio de accesibilidad, mediante el establecimiento de mecanismos de consulta con los agentes implicados a efectos de estimular su participación activa, así como de instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente (apart.5). A este respecto

se enfatiza que las Administraciones Públicas prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en los proyectos normativos:

1º Justificando específicamente los principios de Buena regulación aplicables.

2º Fomentarán la participación de los interesados con el objetivo de mejora la calidad de las normas, poniendo a disposición de los interesados los medios telemáticos precisos.

3º Aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y ablación de los efectos esperados de las iniciativas normativas. (art. 5,1)

C) El resultado final de la iniciativa normativa, (desplegada en virtud del principio de seguridad jurídica), debe tener como resultado la creación de un marco normativo estable, además deberá ser predecible a fin de crear un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas, y la adopción de sus decisiones económicas. (apart. 4).

A su vez este marco debe ser sencillo, claro y poco disperso a efectos de que facilite su conocimiento y comprensión (apart. 7). Se vuelve a subrayar la nota de ser lo más simplificado posible y accesible para los ciudadanos y agentes económicos:

a) Un conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación.

b) Sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general. (apart. 9).

Del art 4.1 se deduce que la proclamación de estos principios configuradores de una buena regulación, deberán aplicarse a todas las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas (al conjunto de las Administraciones Públicas, según la propia dicción). La interpretación de este texto plantea algunos interrogantes respecto al alcance del concepto de < iniciativa normativa> y a la titularidad de esta iniciativa referida exclusivamente a las Administraciones Públicas. Una lectura superficial del referido texto daría como primera impresión que solo sería de aplicación a las iniciativas normativas de carácter y valor reglamentario al disponer las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas) de la correspondiente potestad reglamentaria y, por lo tanto, para su aprobación y promulgación (art 97 y 153,c CE), al punto que la Ley del Gobierno 50/1997 (art. 24) articula un procedimiento para su elaboración, así como en sus respectivos ámbitos, las leyes autonómicas de Gobierno o bien la Ley básica del Régimen local para Ordenanzas y Reglamentos locales. De esta suerte quedarían excluidas las normas con rango



de Ley, cuya iniciativa legislativa, con independencia de las de origen exclusivamente interno parlamentarias (proposiciones de Ley) corresponde exclusivamente al Gobierno (art. 87 y 88 CE) (los Proyectos de Ley que remita para su aprobación a las Cortes) o bien los Decretos - Leyes y los Decretos Legislativos.

Un examen más profundo del texto comentado revela que desde un punto de vista jurídico formal en sentido estricto las Administraciones Públicas no tiene iniciativas normativas de carácter legislativo o reglamentario en cuanto pueden culminar con la aprobación definitiva de un texto legal o reglamentario vinculante, puesto que dichas iniciativas solo son una atribución del Gobierno estatal o de las Comunidades Autónomas.

Todo ello permite concluir que por iniciativas normativas de las Administraciones Públicas del art. 4 solo puede referirse a la fase puramente interna por los aparatos administrativos de elaboración de textos normativos que posteriormente serán o no asumidos por los respectivos Gobiernos para tramitarlos "strictu sensu" como iniciativas reglamentarias o legislativas.

De esta suerte el concepto de iniciativa normativa de las Administraciones Públicas comprende tanto la iniciativa de elaboración de textos reglamentarios como con rango de Ley. Cuestión distinta que por razones de espacio no podemos abordar en esta ocasión será el grado de vinculación de estos principios para la tramitación de las normas legislativas en el seno del Parlamento, así como la incidencia de la falta de observancia de estos principios o insuficiencia de plasmación a efectos del control judicial de los Reglamentos e incluso para el control constitucional de las leyes.

2. IMPULSO, SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE PARA ADAPTARLA A LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN: INSTRUMENTOS ORGANIZATIVOS.

La Ley de Economía Sostenible no se ha limitado a codificar unos principios sobre Buena Regulación con eficacia "ex ante" para prevenir posibles disfunciones normativas en su fase de creación, sino que ha asumido la tarea más ambiciosa y compleja de revisión de la legislación vigente para adaptarla a los principios recogidos en esta Ley. Ello supone el análisis de todo el acervo normativo u ordenamiento jurídico generado a lo largo de muchos años y de normas dictadas al calor de esquemas y objetivos netamente intervencionistas vigentes en el momento histórico de su producción y que en virtud del principio de congelación del rango de su fuente de creación mantienen plenamente su vigencia.

En su ordenamiento pluralista de fuentes jurídicas como el español no es suficiente la evaluación de las normativas del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, sino que deberá atenderse a su jerarquía interordenamental y a sus mutuas relaciones. Por ello, la evaluación retrospectiva presenta un problema de orden jurídico-formal, es decir esto es una adopción de una cláusula general derogatoria, o bien por sectores materiales; previsión de un programa de revisión o, por el contrario, apelar a leyes generales o en su caso, atender singularmente a cada norma con independencia de su rango formal.

Más trascendente resultara, sin embargo, atender a los métodos de la evaluación y detección de las posibles incoherencias de las normas preexistentes en función de los ambiciosos objetivos que la Ley de Economía Sostenible ha proclamado para postular su derogación o modificación. La experiencia más reciente y pionera sobre el calado y dificultades de este tipo de operaciones legislativas se ha presentado con la Ley 25/2009 de 22 de diciembre por la que modifican parcialmente más de ochenta leyes anteriores a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre Acceso a las Actividades de Servicio para adecuarlas a la exigencias de la misma en orden a la previa intervención administrativa en las actividades de servicio.

A efectos de institucionalizar esta revisión retrospectiva o "a posteriori", la Ley de Economía Sostenible ha impulsado la formación de sistemas de información, seguimiento y evaluación a desarrollar por distintos organismos de composición pluralista de las administraciones implicadas y fomentado la implantación de métodos específicos de evaluación por los órganos técnicos correspondientes, a los efectos que finalmente los órganos responsables puedan promover o adoptar progresivamente las decisiones sobre modificación o derogación, según el respectivo rango normativo, de las normas vigentes que pugnen con los principios de una buena regulación económica.

A) COOPERACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Como órganos de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas (Estado y Comunidades Autónomas), la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento común prevé (art. 5) la posibilidad de crear conferencias sectoriales de composición multilateral y ámbito sectorial, cuyo régimen será el establecido en el acuerdo de institucionalización y en su reglamento interno, pudiendo sus acuerdos formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial.



Cuando la materia del ámbito sectorial afecte o se refiera a la competencia de las Entidades Locales podrá acordarse que la asociación de las entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación pueda asistir a sus reuniones con carácter permanente o según el orden del día.

La Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas se creó en 2003, pero sería con ocasión de la Ley 7/2007 de 12 de abril reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público cuando su institucionalización adquiriría un expreso respaldo por una norma singular con rango de Ley como órgano de cooperación en materia de administración pública de la Administración general del Estado; de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local.

La Ley de Economía Sostenible atribuye a dicha Conferencia Sectorial:

- a) La misión fundamental de impulsar criterios para promover los principios de Buena regulación (art. 2)
- b) Con la periodicidad que se acuerde en el seno de esta Conferencia, tanto la Administración General del Estado como la de las Comunidades Autónomas publicaran un Informe sobre las actuaciones de mejora regulatoria que hayan realizado en sus respectivos ámbitos, debiendo incluir una referencia a los avances en los Programas de Reducción de Cargas, así como el Programa de Trabajo en materia de mejora regulatoria para el periodo siguiente.

Con independencia de estas previsiones el art. 113 de la ley de Economía Sostenible vincula a la Administración General del Estado a presentar como mínimo cada dos años a los Órganos de Cooperación con las Comunidades Autónomas (entre otros la Conferencia Sectorial) y a Comisión Nacional de la Administración local un informe sobre la evolución de las previsiones de la presente Ley que afectan a su ámbito de actuación.

Lógicamente los progresos y perspectivas en materia de buena regulación, en cuanto a materias comprendidas en dicha Ley, deberán formar parte de este informe periódico a fin de señalar las orientaciones y objetivos a desarrollar en este campo.

B) COMITÉ PARA LA MEJORA DE LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre Libre Acceso a las Actividades y Servicios creó el Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios (en adelante

CMRAS), al amparo de lo establecido en el art. 5, 1 y 3 de la LPAC, como Comité Multilateral del que formarán parte la Administración general del Estado, las CCAA, Las Ciudades Autónomas y representantes de la Administración Local.

La finalidad básica del CMRAS era la de facilitar la participación de las distintas Administraciones Públicas en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios (2006/123 CEPE y del Consejo de 12 de diciembre de 2006) y singularmente promover la cooperación para la regulación de las actividades de servicios y singularmente el seguimiento y coordinación de las actuaciones que las diferentes Administraciones Públicas lleven a cabo en las diferentes Administraciones, en sus respectivas competencias, para la correcta transposición de la Directiva.

La Ley de Economía Sostenible ha fortalecido el protagonismo de la CMRS ampliando los fines de la cooperación; a) promocionar el análisis económico de la regulación; b) evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados y c) impulsar iniciativas de reforma en el ámbito del funcionamiento de los mercados con la periodicidad que se acuerde al aprobarse el Informe sobre su actividad, (art. 7.2).

El Comité CRMSA se constituyó el 19 de julio de 2010 y en el mes de diciembre del mismo año adoptó su Programa de Trabajo para un periodo de un año de duración que culminaría con la publicación de un Informe anual sobre la Mejora de la Regulación económica. En este programa de trabajo se ha descartado por inviable la revisión sistematizada de todos los sectores económicos, por considerar difícil alcanzar conclusiones operativas.

Por ello se ha considerado más fructífero seleccionar cinco categorías de regulación (salud pública, seguridad, orden público y protección del medio ambiente; escasez de recursos naturales, exigencia de visados colegiales y reserva de actividades para determinadas cualificaciones etc.) todo ello con el objeto de poder desarrollar una metodología acorde con aquellos sectores, objeto de atención prioritaria por parte de la Unión europea.

Como medidas complementarias del Programa:

- a) Se apela a la Colaboración del Sector privado en el proceso de aplicación de los principios de Mejora de la Regulación Económica, estableciendo las vías de comunicación con los destinatarios de la legislación económica (consumidores, usuarios, y empresarios) y sus organizaciones más representativas a fin de involucrarse en el proceso y definición de métodos y áreas a revisar.



b) Incorpora al Programa de Trabajo a la Comisión Local para la Mejora de la Regulación a fin de desarrollar análisis pormenorizados de la normativa local conforme a métodos uniformes.

El reforzamiento de estas competencias del Comité exigirá para futuros ejercicios una ampliación de los objetivos y cometidos de los sucesivos informes anuales.

C) LA CONTRIBUCIÓN DE LA AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS.

Como ha destacado F. SAINZ MORENO (2006 pág. 19) el centro de gravedad de la evaluación de las políticas públicas implica una valoración de los resultados de la actividad político administrativa en un determinado sector. Dicha valoración, evidentemente, no puede hacerse sin una consideración a las normas que ordenan y rigen esta actividad.

Por lo tanto, la calidad formal y material de la reglamentación es también uno de los factores determinante de la comprobación posterior de la eficacia de los textos reglamentarios y de seguimiento de su posible incidencia en la consecución de la eficiencia en los objetivos de la acción administrativa y de los servicios públicos que la sustentan.

Resulta manifiesto que la cultura de la evaluación de las políticas públicas en nuestro país está prácticamente iniciándose, la Ley 28/2006 de 18 de julio sobre Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, autorizó la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios.

Su Estatuto, aprobado por Real Decreto 1418/2006 de 1 de diciembre, al enumerar sus objetivos y competencias, específicamente en el apartado e) del art. 6 le encomendaba: realizar informes sobre evaluación de programas públicos, sus resultados, impacto y utilización, así como el análisis de impacto regulatorio o normativo que se prevea en la correspondiente normativa, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por la legislación vigente. Al propio tiempo en su apartado j) del mismo artículo se le encargaba también la elaboración de guías metodológicas para el análisis del impacto regulatorio o normativo en el ámbito de sus competencias.

Estas dos importantes innovaciones fueron desafortunadamente modificadas y alteradas por la Disposición Final 1ª del RD 1083/2009 de 3 de julio por el que se regula la memoria de Análisis de Impacto Normativo a sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado nº

419/2009 de 14 de abril de 2009 que sobre esta Disposición evacuó con una visión muy reduccionista y de recelo de la posible actuación de la Agencia en este importantísimo campo. De esta suerte, se eliminó el apartado j) sobre elaboración de guías metodológicas, si bien en la Disposición Final 1ª encargaba a los Ministerios de Presidencia, Economía y Hacienda y Política Territorial la elaboración para su remisión al Consejo de Ministros de una Guía Metodológica que debe seguirse en la elaboración del análisis de impacto normativo.

Respecto a la letra e) del art. 1 del Estatuto de la Agencia quedaba modificado con el siguiente tenor: realizar informes sobre evaluaciones de programas públicos, sus resultados, impacto y utilización, sin perjuicio de la competencia atribuida a otros organismos por la legislación vigente; esto es desapareciendo la atribución del impacto regulatorio o normativo para centrarse exclusivamente en programas y políticas.

La elaboración de estas guías metodológicas puede aportar indudables ventajas en el diseño normativo por parte de las Administraciones Públicas de la regulación económica, si bien lógicamente deberá adquirir la Agencia una previa experiencia pues en otro caso se podría incurrir en un formalismo excesivo o limitarse a trasladar modelos o esquemas deducidos de experiencias de otros países sin el necesario ajuste aplicativo previo.



La ingente cantidad de normas de origen reglamentario hacen utópico plantear un seguimiento evacuatorio global y continuo de esta producción normativa, al margen de las dificultades de orden técnico y de disponibilidad de servicios especializados que se suscitan. Por



todo ello, el Gobierno se ve precisado a programar temporalmente y acotar en función de las necesidades que la realidad social y económica demanda, los campos o materias prioritarias a que la Agencia debe desplegar sus servicios. Al propio tiempo, la Agencia puede suscribir convenios de colaboración con Comunidades Autónomas u otras institucionales para abordar el análisis de determinados sectores o políticas específicas.

Para el ejercicio de 2011 el Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2011 aprobó el Programa y Políticas públicas que han de ser objeto de evaluación durante dicho ejercicio (Orden TAP /700/2011. BOE 1 abril 2011). El Programa orienta sus objetivos a la dinamización de la economía y a tal efecto amplía las actuaciones que actualmente estaban en marcha como las políticas de las líneas de Crédito del Instituto Crédito Oficial a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME) y a los trabajadores autónomos. En especial se señala una segunda fase para el programa de evaluación de las trabas administrativas para la creación de empresas, reducción de trámites y tiempo, a la vista de los efectos de la Directiva sobre servicios y su transposición, debiendo complementarse con un diagnóstico de posibles duplicidades regulatorias y procedimentales existentes en los diferentes ámbitos territoriales y sus efectos sobre la unidad de mercado.

El Programa más ambicioso que se le encarga a la Agencia es la elaboración de un informe sobre eliminación de posibles duplicidades, solapamientos e ineficiencias del Estado Autonómico. En dicho informe podrán hacerse propuestas sobre mejora del funcionamiento del Estado autonómico, siempre en el marco del respeto a la lealtad institucional, competencias constitucionales, Estatuto de Autonomía y principios de la descentralización. Este Informe - demandado desde hace tiempo por amplios sectores económicos y sociales ante la gravedad de la crisis económica- puede coadyuvar a impulsar en el futuro la adopción de medidas de dinamismo económico y fortalecimiento de la unidad de mercado. Al propio tiempo, puede constituir un primer paso que contribuya a institucionalizar y hacer realidad las previsiones del art. 113.3 de la Ley de Economía Sostenible en orden al seguimiento y evaluación en la aplicación de la Ley con vistas a la evaluación de los Informes que tanto la Administración del Estado como las Comunidades Autónomas deben elaborar periódicamente a fin de facilitar la progresiva coordinación de los procedimientos y de la coherencia de los requisitos que inciden en la actividad económica en España y promuevan la mejora en el funcionamiento coordinado de las distintas Administraciones Públicas.

IV. OBJETIVOS E INSTRUMENTOS PARA LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS.

• La Simplificación administrativa entendida como mandato a las Administraciones Públicas de revisión de los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y prestación de servicios ha tenido un primer reconocimiento con rango de Ley en los arts. 17 a 19 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios en materia de documentos emitidos por una autoridad competente de España o en otro Estado miembro de la Unión Europea se declara que no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, (salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública) sin perjuicio que la autoridad competente pueda recabar de otra autoridad competente la confirmación de la autenticidad del documento aportado. Por Real Decreto 136/2010 se ha dado nueva regulación a la presentación de escritos y solicitud de copias y régimen de seguridad de archivos modificando la primitiva normativa del Real Decreto 777/1999 de 7 de mayo.

Al mismo tiempo, todos los procedimientos y trámites que supeditan a una actividad de servicios y su ejercicio podrán realizarse electrónicamente y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

El Instrumento capital para alcanzar esta simplificación lo constituye la obligación de las Administraciones Públicas de establecer ventanillas únicas para que los prestadores de servicios puedan acceder electrónicamente y a distancia a la información administrativa requerida para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio como trámites preceptivos (declaraciones, notificaciones, o solicitudes para obtener una autorización, así como solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios, profesionales, y consejos generales y autonómicos de Colegios profesionales.

A través de este instrumento se podrá obtener información para presentación de documentos; conocer estado de tramitación de los procedimientos; vías de reclamación y recursos (se excluye en principio el asesoramiento jurídico en los supuestos particulares) y otro tipo de informaciones; al mismo tiempo que se facilitara la información o conexión con ventanillas únicas de otros Estados miembros.

Para la consecución de estos importantes objetivos de implicación se exige a las Administraciones Públicas la disponibilidad e instalación de medios tecnológicos adecuados. Para la más amplia utilización de las



ventanillas únicas se garantiza que pueda accederse a la información correspondiente en castellano, en las lenguas codiciales del Estado y en alguna otra lengua de trabajo comunitaria, art. 19.2

La reciente Ley 2/2011 de 11 de Marzo de Economía Sostenible ha extendido algunas medidas de Implicación al ámbito tributario especialmente en la simplificación de obligaciones tributarias en el Impuesto de Sociedades (art. 44) y adaptación al ámbito tributario del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (art. 112). La ampliación del ámbito de eficacia del silencio positivo es otra de las medidas en este orden de consideraciones, debiéndose remitir en el plazo de tres meses a las Cortes generales un Proyecto de Ley de modificación del sentido del Silencio administrativo en los procedimientos que no se consideran cubiertos por razones imperiosas de interés general (art. 40).

2. Entre las consecuencias que se vinculan a una mejora de la Calidad de la regulación destacan las de evitar cargas administrativas innecesarias tanto para los ciudadanos como para las empresas (art. 4 apartados: 8 y 9 de la Ley de Economía Sostenible). Con ello alcanza rango legislativo una directriz que hasta el momento solo tenía un reconocimiento interno en nuestro ordenamiento, se inspiraba en el programa de Acción de la Comisión Europea de Reducción de Cargas Administrativas sobre las empresas europeas originadas tanto por la regulación de la Comisión europea como por cada uno de los Estados Miembros que el Consejo Europeo de marzo de 2007 había aprobado con el objetivo de reducir para 2012 un 25% de estas cargas e invitaba a cada uno de los Estados miembros para que expresarán antes de 2008 un compromiso claro respecto a sus objetivos nacionales al respecto.

El Consejo de Ministros español el día 4 de mayo de 2007 (BOE 12 de junio) creó un Grupo de Alto nivel, presidido por el Ministro de Administraciones Públicas (junto con representantes de Asuntos Exteriores, Industria, Turismo y Comercio) a fin de elaborar un plan para ser presentado antes de finales de 2007, con el objetivo de valorar las cargas administrativas existentes para las empresas con el objetivo de reducirlas también en un 25% para el año 2012 a fin de estimular la participación de las Organizaciones Empresariales y las Cámaras de Comercio en este proceso de detección y reducción de cargas administrativas, el 26 de noviembre de 2007 se firmó un convenio entre el Gobierno y la Confederación empresarial (CEOE) y la Organización Empresarial para Pequeña y Mediana Empresa, (CEPYME) para afrontar la reducción de las cargas administrativas, especialmente para las grandes y pequeñas empresas.

Fruto de estas actuaciones el 12 de agosto de 2008 se aprobaría por el Gobierno un acuerdo de reducción de cargas para 70 procedimientos afectando, entre otros, a los Ministerios de Hacienda, Interior, Trabajo y Asuntos Sociales. Esta primera experiencia no se limitaba a las empresas, sino que también afectaba a procedimientos aplicables exclusivamente a los ciudadanos. Recientemente (abril 2011), se ha celebrado otro Convenio entre la Administración del Estado y la Federación de Municipios para afrontar el importantísimo campo de la reducción de cargas en el ámbito de la Administración Local. Por su parte, las Comunidades Autónomas también en su ámbito han procedido a estructurar programas y guías metodológicas con este mismo objetivo.

Tan decisivo en este campo resultan los programas de actuación como la metodología a emplear para la detección de cargas, tanto en la fase de la elaboración de las normas como "ex post" a fin de depurar el ordenamiento jurídico preexistente. A tal efecto, la Guía Metodológica del Análisis del Impacto Normativo en el ámbito estatal (aprobada por el Consejo de Ministros en 11 de diciembre de 2009 en su Anexo V desarrolla los conceptos básicos y el Método Simplificado de Medición y Reducción de Cargas administrativas conforme al Modelo de Costes Estándar. Con carácter general se consideran Cargas Administrativas (actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa): solicitud y renovación de autorizaciones, licencias y permisos; comunicación de datos y presentación de documentos; inscripción en los Registros; Auditorias, Inspecciones, Auales etc. Dentro de este concepto amplio se comprenden también aquellas actividades voluntarias de naturaleza administrativa derivadas de una diligente gestión empresarial como solicitar subvenciones; inscripción en registros, solicitud de datos o claves a las Administraciones Públicas.

La dimensión cuantitativa de las distintas modalidades de Cargas administrativas constituye los llamados Costes administrativos y su medición, como aquellos costes habidos por las empresas, sector asociativo de las mismas o los propios ciudadanos para cumplir sus obligaciones legales de todo tipo ante las Administraciones Públicas. A tal efecto se evalúan los costes directos (con creta y directa obligación de transferir una cantidad de dinero a las AAPP: tasas, impuestos, tarifas); costes estructurales a largo plazo (costes de oportunidad, impactos positivos o negativos que la normativa puede tener sobre la competitividad de la empresa o sector) y costes de cumplimiento propiamente dichos que comprenden tanto la sustantividad del cumplimiento como su tramitación. Los parámetros del Coste que interviene en el cálculo son fundamentalmente: el precio (tarifas,



costes salariales, subcontratación de servicios etc.) el tiempo requerido para cumplimentar la actividad administrativa y la cantidad de afectados (población y frecuencia). Todo ello permite suministrar una herramienta de análisis y presentación gráfica del coste de las Cargas administrativas en sí mismas consideradas.

Los especialistas en estas mediciones, tanto sobre las medidas a adoptar como las ya vigentes, defienden la tesis que este tipo de análisis por sí mismo no cuestiona el fundamento de la norma administrativa a la que se aplica y a su legitimidad, sin embargo, es manifiesto que se pueden convertir en un poderoso instrumento de crítica por parte de las empresas a todo tipo de intervenciones administrativas para postular una desregulación desmantelamiento normativo general sin que se atiende a las garantías y protección de intereses: riesgos naturales y tecnológicos; intereses ambientales y territoriales; o necesidades de orden social, cuyas responsabilidades asume el Estado ante la comunidad y que no siempre son percibidos en su exacta medida por los agentes económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel < Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas > en Técnica Normativa de las Comunidades Autónomas. Jornadas celebradas por la Comunidad de Madrid en colaboración con C. E. C Madrid 1990
- BASSOLS COMA, Martín < Elaboración de los Reglamentos; su tramitación y aprobación > en La Técnica Normativa: una Necesidad para la Realización de la Justicia (Directores: P. García Mexía, J. Rodríguez- Arana) CEU Ediciones Madrid 2010 y < El Control de la Elaboración de los Reglamentos: Nuevas Perspectivas desde la Técnica Normativa y de la Evaluación de la Simplificación Calidad de las Normas > Revista Aragonesa de Administración Pública nº 33. 2008 pág. 43-59; y < La Constitución económica española: panorama de su evolución y nuevos retos ante la crisis en < Percorsi Costituzionali nº 3. 2009 < La Constituciones económicas, ggi > pags 231-251
- COSTAS, Anton < Regulación y Calidad de los Servicios Públicos liberalizados en Gestión y Análisis de Políticas Públicas nº 32 enero 2005 pág. 9-32
- GARCÍA- ESCUDERO MARQUEZ, María Pilar < Técnica legislativa y seguridad jurídica ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?.. C, Civitas Madrid 2010
- LAPUENTE GINE < ¿Por qué algunos países sufren exceso de regulación? Eb. < Gestión y análisis de políticas públicas > nº 26-27, enero-agosto 2003 pág. 7 a 25
- MALARET GARCIA, Elisenda < Regulación Económica: Su Instrumentación Normativa > en Derecho Privado y Constitución nº 17. 2003
- MONTORO CHINER. María Jesús < Técnica Legislativa y Evaluación de las Normas > en Anuario Jurídico de la Rioja 2001 y < Seguridad Jurídica, principio de Cautela y Comités Científicos > en Derecho Administrativo, Ciencia y Tecnología en Documentación Administrativa nº 266 (coordinador Martín Bassols Coma- Madrid 2003)
- MUÑOZ MACHADO, S y ESTEVE PARDO, J < Derecho de la Regulación económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación > Madrid 2009
- PONCE Juli < La calidad en el desarrollo de la Discrecionalidad reglamentaria. Teorías sobre regulación y adición de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones en Revista de Administración Pública nº 162, sep-dic 2003.
- NICINSKI, Shophie < Le mode de Regulation > en < Le Droit Public économique FACE a la crise économique > Revue Française Droit Administratif. 2010 (juillet-aout)
- SAINZ MORENO, Fernando < Evaluación de las Políticas públicas y Evaluación legislativa > en Evaluación de las Leyes. E. Tecnos 2006 y < El legislador Racional y la Predecibilidad de la Conducta Humana > pág. 136-161
- TIMSIT G, ¿ El nuevo retorno del Estado?. Reflexiones sobre la Experiencia francesa en Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Nº 72(4) 2006 pags 605-623



La Calidad en la Administración Pública



Ing. Ariel Obando
Ingeniero Administrador

La "Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública", que fue preparada por el CLAD¹, Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008, y Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008, vincula la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático:

1. Toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso de formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social.

2. La gestión pública tiene que orientarse por resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas.

Bajo este contexto la Calidad y la Excelencia se han convertido en un factor crítico de éxito, ya que sirven para orientar los recursos públicos hacia las necesidades y expectativas de los ciudadanos, y partes interesadas, aumentar la eficacia y rentabilidad de esos recursos, y en definitiva disponer de estructuras eficaces que aumenten cada día la satisfacción de los ciudadanos, y con ello de la sociedad en general.

La Carta Iberoamericana propone nueve ejes u orientaciones estratégicas, y sugiere el uso de diversas acciones e instrumentos para lograr una gestión pública de calidad centrada en el ciudadano y por resultados, convirtiéndose en una excelente guía para que las instituciones públicas formulen sus políticas y estrategias de calidad en la gestión pública.



El liderazgo, el compromiso de la institución, los recursos humanos, la atención a los procesos, el principio de la mejora continua, la formación permanente, la orientación a los resultados y ética del servicio, hacen parte de estas orientaciones y son parte fundamental para la implementación de un sistema de gestión de la calidad, en

¹ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, organismo público internacional, de carácter intergubernamental. Su misión es promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración Pública.



donde el máximo poder político y directivo de la institución, deben impulsar y guiar dicha implementación y hacer que se extienda a toda la institución, haciéndola participativa (trabajo en equipo), con comunicación efectiva y delegando responsabilidades.



Esto nos lleva a definir los nuevos roles de la administración pública: formas de mejorar la eficacia, la eficiencia y la calidad, introduciendo y adaptando modelos de gestión empresarial, tales como tablero de mando integral, FODA, sistemas de gestión de la calidad bajo la norma ISO 9000², modelos de excelencia, etc. Apostando por la incorporación de nuevas herramientas tecnológicas, orientación hacia los paradigmas de la excelencia (eficacia, eficiencia, calidad, ética y gestión sostenible de las instituciones). Mayor productividad y políticas para el desarrollo y retención de talentos, y gestión de las personas como el recurso más valioso de las instituciones.

Una mejor gestión será el resultado del análisis permanente de los procesos y procedimientos de la institución. La Gestión de Procesos coexiste con la administración funcional, asignando "propietarios" a los procesos clave, haciendo posible una gestión interfuncional generadora de valor para el ciudadano y que, por tanto, procura su satisfacción. Determina qué procesos necesitan ser mejorados o rediseñados, establece prioridades y provee de un contexto para iniciar y mantener planes de mejora que permitan alcanzar objetivos establecidos. Hace posible la comprensión del modo en que están configurados los procesos de la institución, de sus fortalezas y debilidades.

La nueva orientación de la Administración Pública hacia la Calidad, deben poner énfasis en situar al cliente externo/ciudadano en

el centro de atención de la institución, incluyendo a los clientes internos (los servidores públicos). Su estructura debe tender a la transformación, al aplanamiento de la jerarquía, a la revalorización de la ética, promoviendo el liderazgo, la satisfacción de su personal considerada como un factor de calidad, al desarrollo de nuevas políticas de personal, de gestión del conocimiento y de aprendizaje organizacional, de modo que el trabajo contribuya al desarrollo de la persona en la esfera personal.

Son muchas las iniciativas y experiencias de las Administraciones Públicas que se han puesto en marcha para conseguir los cambios deseados en torno a proyectos que se han basado en alguna de las siguientes estrategias:

1. Elaboración de Planes Estratégicos. Definir, en un marco realista, el horizonte óptimo donde quiere llegar una institución (visión). Los Planes estratégicos, se concibe como el nuevo referente de la política de modernización de las Administraciones Públicas de forma que se establezca una implicación global de toda la institución, desplegando objetivos, metas, mediciones, iniciativas y recursos para pasar de un estado actual de desempeño a un estado deseado de futuro, satisfaciendo las necesidades y expectativas de los clientes.
2. Introducción de sistemas y métodos gerenciales en los servicios públicos con planes de lucha contra la mediocridad, ineficacia o ineficiencia en los servicios que se gestiona. Aplicación de la Dirección por Objetivos (DPO) o administración por resultados responsabilizando a los directivos de la consecución de resultados, basándose en el principio de correlación entre la claridad de objetivos, su divulgación y la capacidad de alcanzarlos.



3. Evaluación de las Políticas Públicas, del rendimiento de las Unidades Administrativas y centros de servicios, del desempeño del personal.

² ISO 9000 designa un conjunto de normas sobre calidad y gestión continua de calidad, establecidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO).



4. Establecimiento de sistemas de indicadores de calidad de servicios, que permita establecer comparaciones con otros ámbitos de la misma actividad (benchmarking), incorporando la mejores prácticas de



instituciones que realicen actividades similares a las nuestras, seguir su evolución en el tiempo o conocer la valoración de los ciudadanos respecto del servicio que recibe o sobre determinados aspectos clave de la institución.

5. Introducción de sistemas de aseguramiento de la calidad, como la norma ISO 9000 o el Modelo Europeo de autoevaluación de la Calidad EFQM, entre otros.

6. Desburocratización o racionalización normativa o supresión de aquellos procesos que no añaden valor y sólo constituyen trabas que dificultan la prestación eficaz del servicio.

7. Acercamiento de la administración al ciudadano con la introducción de mejoras de los sistemas de información y atención al ciudadano. Autoservicio de información, facilitación de trámites, tratamiento

eficaz de la gestión de quejas y sugerencias, realización periódica de encuestas de percepción a los ciudadanos.

8. Revisión sustancial y radical de los procesos, conocido como reingeniería de procesos y aplicación de la nueva curva de valor.

9. Mejora de la gestión económica y financiera con la gestión eficiente de ingresos, gastos, patrimonio y compras.

10. Rediseño y racionalización de procesos y Procedimientos, identificando el mapa de procesos de la institución, sistematizando y midiendo cada proceso, analizando y mejorando su eficiencia eliminando aquello que no añade valor (enfoque a procesos).

11. Desarrollo de políticas de personal, gestionando los recursos humanos como un modelo de sistemas y en el que se establezcan sistemas para el reconocimiento de la eficiencia y las buenas prácticas.

12. Planes específicos de formación, gestión del conocimiento y comunicación como instrumentos estratégicos para propiciar el cambio.

13. En general en todas las administraciones, se ha creado órganos encargados de fomentar, evaluar y controlar la Gestión de Calidad, la eficacia y eficiencia de los Servicios.

14. Introducción de las Cartas del Ciudadano³, Cartas de Servicio o Cartas de Compromisos, (instrumentos de mejora de la calidad de los servicios públicos) de aplicación generalizada en casi todas las Administraciones Públicas bajo diversas denominaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública. CLAD. Junio 2008.

Juan José Camarasa Casterá. Calidad en la administración pública. Educar en el 2000. Abril 2004.

Sistemas de gestión de la calidad ISO 9001:2008.

³ Las Cartas de Compromisos o Cartas de Servicios son instrumentos de mejora de la calidad de los servicios públicos mediante las cuales, los distintos órganos de las Administraciones y sus entidades dependientes, explicitan y difunden los servicios que se prestan, los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación con los mismos, los compromisos de eficacia, eficiencia y calidad asumidos por la organización en su prestación y se hace partícipes a los ciudadanos de la mejora y transparencia de la gestión que en ésta se desarrolla.

La Rendición de Cuentas en la Gestión Pública



Mgter. Kathia Lee Duque

Abogada y Magistrada Suplente del
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

A través del tiempo la frase “rendición de cuentas” se ha utilizado primordialmente como elemento conexo de la relación entre las organizaciones y los donantes. No obstante existe una discusión contemporánea sobre el término rendición de cuentas, etimológicamente se ha adquirido del idioma inglés de la palabra clave “accountability”. Proviene del latín *accomptare* (dar cuenta), es el prefijo de *computare* (calcular), que se deriva de *putare* (contar), la palabra no aparece en Inglés hasta su uso en el siglo XXIII, en la Inglaterra Normanda. El concepto no tiene un equivalente preciso en castellano, ni una traducción constante. Se puede traducir como control, o fiscalización, también como responsabilidad; sin embargo, la traducción más común y cercana es Rendición de Cuentas. Tampoco tiene en otros idiomas, como el francés o alemán, una traducción determinada, en cambio en el japonés se utiliza el término “*akauntabiritii*” que no es más que un anglicismo adoptado por los japoneses (Dubnicdkm, 1998)¹.

El concepto de rendición de cuentas abarca, tanto, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones como justificarlas en público. Comprende también la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios, y asegurar que los funcionarios públicos respondan por sus acciones.

Para que una rendición de cuentas sea eficiente y efectiva, debe conllevar la existencia previa de un proceso de planificación de la gestión, mediante el cual se determina, configura y revelan sus objetivos y fines generales estableciendo las principales políticas y programas para alcanzar tales objetivos. De allí, que la rendición de cuentas va unida a un sistema de planificación estratégica, que comprende visualizar el futuro y dar una respuesta anticipada.

La Planificación estratégica se lleva a cabo mediante la formulación de un conjunto de estrategias que comprenden:

- Determinar metas y objetivos.
- Instituir políticas y planes para esas metas y objetivos.
- Definir las áreas de desarrollo en las cuales la administración pública va a operar.
- Decidir la canalización del gasto público.



¹ Alejandro Natal, Rendición de Cuentas: apuntes para una revisión conceptual, 2006, página 4, Documentos de Discusión sobre el Nuevo Institucionalismo, Núm. 9, 2006.



Por tanto, para que la rendición de cuentas sea un verdadero instrumento de la gestión pública y no un mero elemento de relatoría, debe abarcar el derecho a recibir información y la obligación correspondiente de divulgar todos los datos necesarios. Igualmente, debe contener el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio de poder, debidamente sustentado sobre lo que los administradores de la cosa pública han planeado hacer.²

La rendición de cuentas comprende, de forma genérica, tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección pública, lo fuerza a explicar y justificar sus actos y lo supedita a la amenaza de sanciones.

Los administrados (ciudadanos) que exigen cuentas a sus administradores (gobierno) no solamente cuestionan, eventualmente también castigan el comportamiento impropio de los servidores públicos. Sin la amenaza de sanciones, la denuncia de ilícitos deja de ser un acto de rendición de cuentas y se convertiría en un mero acto publicitario.

De allí que la normativa que regula la rendición de cuentas en la gestión pública, en nuestro país, inicia desde la máxima norma, la Constitución Política de la República de Panamá, que en sus artículos 198, 200, 280 y 304, contempla la obligación de los diversos sujetos del Gobierno de informar sus actuaciones y la de someterse al control, y escrutinio de los entes competentes de fiscalizar la gestión de los diversos servidores públicos.

Estos principios generales, consagrados en la norma marco, pasan a ser desarrollados en diversos instrumentos legales, principalmente a raíz de la tendencia moderna de llevar al Estado a mayores grados de transparencia para se traduzcan en reducción de la corrupción.

Mediante normas como la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, "Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República", se consagraba el juzgamiento de los agentes y empleados de manejo, competencia que pasó a la Jurisdicción de Cuentas, desarrollada en la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, tema que ha sido abordado ampliamente en publicaciones anteriores.³

También la Ley 6 de 22 de enero de 2006, "En la cual se dictan normas para la Transparencia en la Gestión Pública", regula aspectos como el acceso a la información, la Acción de Habeas Data, con las sanciones para funcionarios que incumplan su deber de informar, y las modalidades de participación ciudadana.

Se dicta además, la Ley 34 de 5 de junio de 2008, cuyo objeto es establecer normas, principios y metodologías para consolidar la disciplina fiscal en la gestión financiera del Sector Público, condición necesaria para la estabilidad y el crecimiento económico sostenible. Preceptúa, que la gestión de las finanzas públicas se ejecutará bajo principios de transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas, contemplando, para efecto de la rendición de cuentas, el informe sobre el resultado del Balance Fiscal del Sector Público No Financiero y del Gobierno Central. Se refuerza el concepto de transparencia de la Información, conforme la Ley 6 de 2002, fortaleciendo con ello las instituciones democráticas a través de la publicidad de los actos y la

² Plan Estratégico de Gobierno 2010-2014. Gaceta Oficial No.26445-A.

³ Ver revista Gestión Pública, pág.25, edición No.2 junio, 2007.



rendición de cuentas. Incluso enfatiza el régimen de responsabilidades en el ejercicio de la función pública y contempla figuras como la suspensión del desembolso de recursos, inmovilización en la utilización de recursos públicos o restricción del acceso al crédito de una entidad pública, por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, cuando comprometa o devengue gastos no contemplados en el Presupuesto o incumpla con la obligación de informar.⁴



La responsabilidad de la función pública radica conforme la Ley en rendir cuentas por las decisiones tomadas, las acciones ejecutadas y los resultados obtenidos.

La rendición de cuentas evalúa los procesos de toma de decisión y los resultados sustantivos de las políticas públicas; valora las calidades y capacidades personales de políticos y funcionarios. Pregunta si los actos burocráticos se apegan a los trámites establecidos, si llevan a los resultados esperados y si lo hacen con eficiencia razonable. Vigila por la aplicación de normas de profesionalismo en ámbitos como el médico, académico y judicial.

La rendición de cuentas también sujeta el uso de los fondos públicos a las disposiciones legales vigentes, así como a estándares de transparencia, austeridad y eficiencia. Monitorea el cumplimiento de la ley; evalúa si los actos legislativos están acordes con disposiciones constitucionales, hasta se preocupa por si los políticos y funcionarios actúan de manera apropiada en términos de normas sociales, independientemente de las normas legales vigentes.

Es decir, la rendición de cuentas debe ser el mecanismo que utilicen los ciudadanos, las asociaciones civiles, los medios de comunicación, los partidos políticos, las agencias públicas especializadas, las comisiones de ética o cortes disciplinarias y los tribunales judiciales, cada uno desde su ámbito, para exigir a los servidores públicos la transparencia de hechos y la transparencia de razones, y reclamar cuentas claras y relatos convincentes.

Tal como concluye el periodista empresario mejicano, Alejandro Junco De La Vega:

“El derecho del ciudadano a la información y por lo tanto, la obligación de los órganos del Estado a rendir cuentas, es lo que hace la diferencia entre una democracia que se practica una sola vez cada seis años, a una democracia que se ejerce todos los días”.

BIBLIOGRAFÍA.

NATAL, ALEJANDRO. Rendición de Cuentas: apuntes para una revisión conceptual. Documentos de Discusión sobre el Nuevo Institucionalismo, Núm. 9, 2006.

OCHOA HENRÍQUEZ, HAYDÉE Y YORBETH MONTE DE OCA. Rendición de Cuentas en la Gestión Pública: Reflexiones Teóricas. Revista Venezolana de Gerencia, número 027, 2004.

ANTÚNEZ, GUSTAVO. Accountability Rendición de Cuentas. Centro de Competencia en Comunicación para América Latina. 2005.

Ley 34 de 5 de junio de 2008, “Responsabilidad Social Fiscal”.

La Ley 6 de 22 de enero de 2006, “En la cual se dictan normas para la Transparencia en la Gestión Pública”.

Constitución Política de la República de Panamá.

⁴ Artículos 20, 25, 26, 27 y 28 de la Ley 34 de 2008, “Responsabilidad Social Fiscal”.

Gestión por Resultados: Un enfoque de gestión aplicado al Ámbito Gubernamental



Mgter. Markova Concepción

Economista

ExDirectora de Planificación de la MP y el MIDES

Egresada del Primer Curso Virtual de GBR de la Procuraduría de la Administración

La gestión gubernamental requiere de la transversalización del enfoque de una Gestión para Resultados (GpR).¹ La GpR brindará una adecuada orientación para la medición objetiva del seguimiento al desempeño² y el logro de las metas establecidas. Por tal razón, la

aplicación del enfoque requiere que todos los actores institucionales estén alineados y sensibilizados en el proceso.

La GpR concentra sus esfuerzos en administrar todos los recursos humanos, financieros, tecnológicos y naturales, internos o externos, hacia la consecución de resultados de desarrollo esperados. El centro de atención no se encuentra en los insumos en sí, sino en los resultados mensurables a partir de los insumos y actividades realizadas. Este enfoque se centra en la entrega de información razonable que permita mejorar la toma de decisiones la cual inicia a partir de una buena planificación hasta la fase de monitoreo y evaluación de las intervenciones.

La necesidad de definir metas claras, concretas, medibles y limitadas en número de acuerdo a las realidades y capacidades institucionales, con objetivos ligados al tiempo, se constituyen en elementos básicos para implementar de forma óptima el enfoque GpR dentro de la gestión institucional.

Tradicionalmente el proceso de planificación, monitoreo y evaluación de los programas y proyectos se han enfocado en la etapa de la cuantificación de los insumos, actividades, productos (Cordero, 2008) como consecuencia de la implementación de las estrategias. En ese sentido el nivel directivo-político de las estructuras organizacionales de cada institución tienen la responsabilidad de incorporar desde las Visión y Misión institucional la aplicación integral y sistemática de la GpR.

El éxito de la implementación y el seguimiento de las metas en el ámbito institucional a través de este enfoque, convoca al nivel técnico-operativo a brindar las orientaciones y ejecutar los procesos de sensibilización indispensables dirigidas al recurso humano en todos los niveles. Además, se requiere de la generación de información oportuna para la toma de decisiones por parte de las instancias responsables a fin de permear en todos los niveles este enfoque.

¹ Buenas prácticas emergentes en la Gestión para Resultados en el Desarrollo. Washington D.C. 2008. Libro de Consulta Tercera Edición.

² Seguimiento al Desempeño: Proceso continuo de recolección y análisis de datos para comparar en qué medida se está ejecutando un proyecto, programa o política en función de los resultados previstos. Ver Glosario de los principales términos sobre evaluación y gestión basada en resultados. OECD. 2010.

En el gráfico # 1, se observa la cadena de resultados y las áreas primordiales de intervención de la Gestión por Resultados dentro de la gestión institucional.

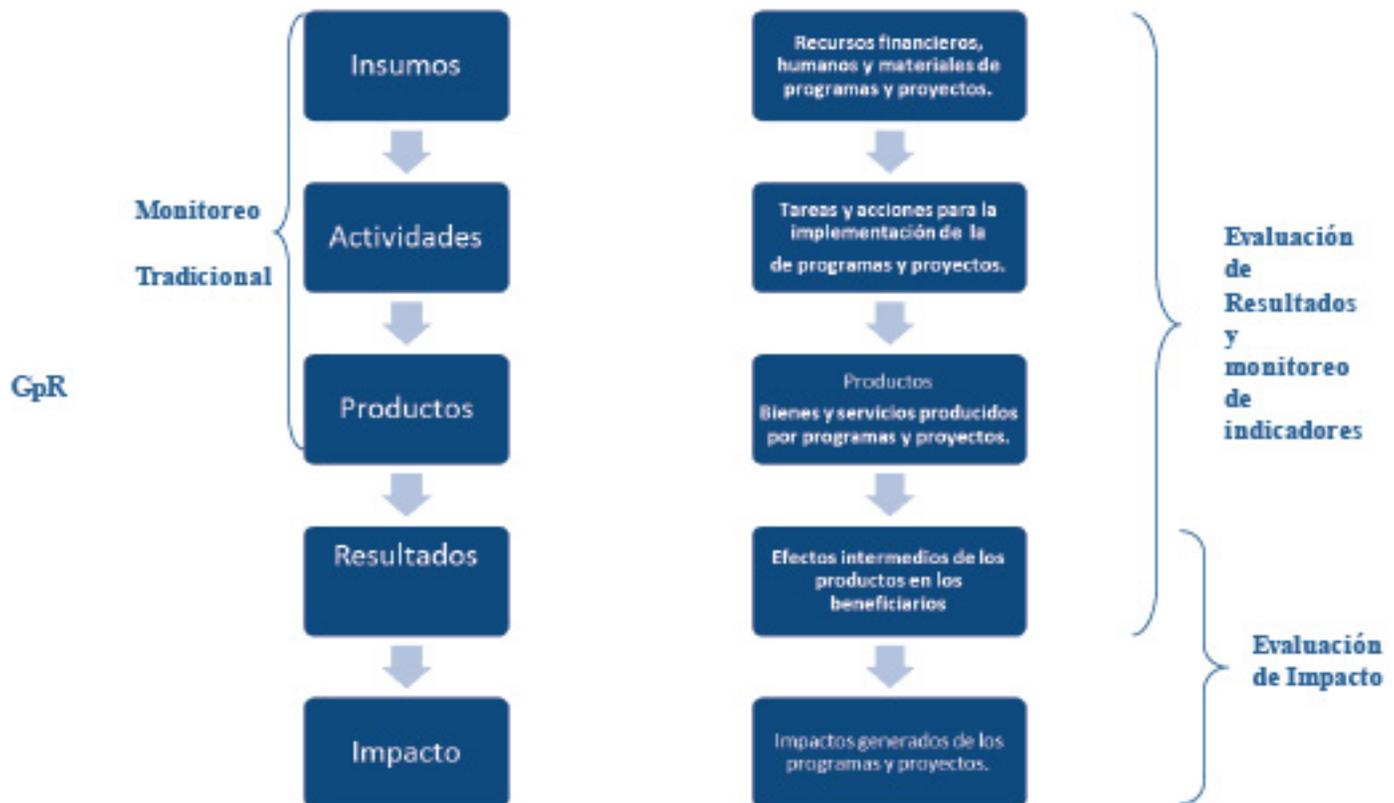


Gráfico # 1: Estructura del Enfoque de Gestión para Resultados Aplicado a Instituciones Gubernamentales. Fuente: Adaptado por la autora en base al documento CLAD, Ernesto Cordero, 9/6/2008, IADB. Construyendo un Sistema de Monitoreo y Evaluación basada en Resultados para el Desarrollo Social.

A fin de incorporar la fase de seguimiento en la utilización eficiente de los insumos y actividades como parte del monitoreo tradicional, de igual forma se requerirá monitorear los principales productos y resultados provenientes de la ejecución de las estrategias de intervención. Una de las áreas de mayor complejidad y no menos importante para este enfoque se circunscribe en la medición de los efectos de los productos y servicios a los beneficiarios de la intervención, destacando y privilegiando la cuantificación de los impactos esperados de los programas y proyectos institucionales.

La introducción del enfoque GpR en los programas públicos contribuye a lograr un mejor diseño de éstos, ya que cuestiona la estructura lógica de los mismos y las relaciones causales asumidas entre las distintas variables que se ven afectadas. Es decir, la definición de

los indicadores más adecuados para medir el impacto del programa obliga a los evaluadores a cuestionar los objetivos planteados y a validarlas relaciones causales asumidas en el marco lógico de la intervención.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Banco Mundial Grupo de Evaluación Independiente. 2007. *Cómo crear sistemas de SyE que contribuyan a un buen gobierno*. Mackay, Keith.
2. Banco Mundial. Departamento de Evaluación de Operaciones. *Desarrollo de la Capacidad de Evaluación. Seguimiento y Evaluación: Instrumentos, Métodos y Enfoques*. 2004. Washington, D.C, 26 págs.



3. CICAP. Agosto 2007. Monitoreo, Seguimiento y Evaluación De Proyectos Sociales Texto de Referencia y de Consulta. Espinoza, Leana y Van de Velde, Herman. 128 págs.

4. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Sistema de Monitoreo y Evaluación basado en resultados: Caso México. Dirección General Adjunta de Coordinación. Hernández, Nereida. Septiembre 2008. 65 págs. En http://www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/2/33922/NHernandez_Sis_Monitoreo_Evaluacion_basado_en_resultados_Mexico.pdf

5. Construyendo un sistema de monitoreo y evaluación basado en resultados para el desarrollo social, Versión preliminar. Junio 8, 2008. 14 págs. En <http://siteresources.worldbank.org/INTMEXICO/Resources/5-1DocumentoErnestoCordero090608.pdf>

6. Convenio FIDA/desco TAG N° 700, PREVAL. Los Sistemas de Seguimiento y Evaluación, Enfoques, Pasos para su Diseño y Factores de Éxito. 2007, Lima, Perú. 11 págs. En <http://preval.org/files/3001.pdf>

La Subrogación del Fiador en el Contrato de Obra Pública en la Legislación Panameña

Desde la promulgación de la ley 56 de 27 de diciembre de 1995, primera ley especialmente concebida para la regulación de la contratación pública en Panamá, hizo su aparición la figura de la subrogación del fiador en el contrato de obra pública.

Aquella ley es subrogada por la ley 22 de 27 de junio de 2006, pero se mantuvo dicha figura jurídica en los artículos 93, párrafo segundo y 100, de manera más detallada, veamos el contenido:

“En caso de incumplimiento del contrato por el contratista, este perderá, en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional. Si la fianza fue otorgada por una institución bancaria o de seguros, la fiadora tendrá, dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.”

“Artículo 100. Resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, dará lugar a resolución administrativa del contrato, la cual se efectuará por medio de acto administrativo debidamente motivado, la entidad contratante notificará a la fiadora el incumplimiento del contratista, decretado mediante resolución motivada, la que dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer la opción de pagar el importe de la fianza, o de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de la fiadora y a cuenta y riesgo de esta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante.

Para los efectos técnicos y legales se harán extensivas y propias las cláusulas del contrato principal dentro del contrato de la fianza, en lo relativo a la ejecución del contrato.

Si el fiador ejerce la opción de sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones, deberá indicarle a la entidad quién continuará la ejecución del contrato a su nombre.



Dr. Jaime Franco Pérez

Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho de Seguridad Social.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora tendrá un término de treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato y finalizar la obra de conformidad con lo pactado.

Salvo que el incumplimiento de que trata este artículo sea por caso fortuito, fuerza mayor, o causa no imputable a este, el contratista se hará merecedor a las sanciones e inhabilitaciones previstas en el artículo 102 de la presente ley.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente derivada del incumplimiento contractual. La entidad contratante ejecutará las fianzas de cumplimiento consignadas, previo cumplimiento de las formalidades de rigor.”

Consideramos de importancia dejar establecida la definición que aparece en la ley 22 de 2006, numeral 14 del artículo 2, acerca del contrato administrativo de obra pública:



“Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente ley, los siguientes términos se entenderán así:

1.....”

14. Contrato de obras. Aquel que celebren las entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, la reparación, la instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles e inmuebles, cualquiera que sea la modalidad y pago.

48.....”

Es necesario entonces definir el término subrogación, para ello utilizamos el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del jurista Manuel Osorio, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires (página 723):

“Subrogación. Acción y efecto de subrogar o subrogarse; o sea, de sustituir o poner una persona (subrogación personal) o cosa (subrogación real) en lugar de otra.”

Otro de los conceptos bajo análisis es la fianza, por lo que nuevamente utilizamos la obra y autor supracitado (página 318):

“Fianza. Obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador (v.) verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, el que directamente estipuló para sí.”

El Código Civil en su artículo 1512, nos brinda una definición concisa y precisa, veamos:

“Artículo 1512. Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste. Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III, Título I de este Libro.”

Dentro del proceso de contratación pública existen distintos tipos de fianzas pero la que está directamente relacionada con el tema que estamos desarrollando es la Fianza de Cumplimiento, definida en el numeral 21 del artículo 2 de la ley 22 de 2006, y cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente ley, los siguientes términos se entenderán así:

1.....”

21. Fianza de cumplimiento. Garantía exigida al adjudicatario de un acto de selección de contratista o beneficiario de una excepción de procedimiento de selección de contratista, para el fiel cumplimiento

del contrato u obligación de ejecutar su objeto y, una vez cumplido este, de corregir los defectos a que hubiera lugar de ser el caso.

28.....”

Toda entidad pública, en general, previo a la celebración de un contrato público debe exigir del contratista particular beneficiado, ya sea con la adjudicación del acto público o de una excepción de procedimiento de selección de contratista, una fianza de cumplimiento que debe tener una vigencia correspondiente al período de ejecución del contrato principal, más un término de un año, si se tratara de bienes muebles para responder por vicios redhibitorios, y por el término de tres años, para responder por defectos de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble (artículo 88, ley 22 de 2006).

Las fianzas deberán constituirse ya sea en efectivo, en títulos de crédito del Estado, en fianzas emitidas por compañías de seguros, o mediante garantías bancarias o en cheque certificado o de gerencia (artículo 85, ley 22 de 2006), y corresponde a la Contraloría General de la República resolver todo asunto que trate sobre la constitución, presentación, ejecución, extinción y reglamentación de dichas garantías, así como establecer modelos de fianza (artículo 86, ley 22 de 2006).





El caso específico que nos ocupa se presenta cuando en la ejecución de un contrato de obra pública, a juicio de la entidad pública contratante existe incumplimiento por parte del contratista particular, por lo que procede la rescisión del contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado, esto se conoce como la resolución administrativa del contrato.

Esta resolución administrativa del contrato debe ser notificada al contratista y si la fianza fue otorgada por una institución de seguros, también debe ser notificada de la misma forma.

Llama nuestra atención que según el artículo 93 de la ley 22 de 2006, en caso de incumplimiento del contrato por el contratista, éste perderá la fianza de cumplimiento, la que ingresará al Tesoro Nacional, siendo esto contrario a la autonomía financiera que caracteriza a las entidades descentralizadas del Estado.

No es justo que si la Constitución Política y la Ley reconocen la existencia de entidades públicas con autonomía financiera, es decir con su propio patrimonio, la ejecución de la fianza ingrese al patrimonio del Tesoro Nacional.



Foto cortesía del Ministerio de Obras Públicas

Otro aspecto que por su complejidad merece atención es cuando notificada la fiadora del incumplimiento de su cliente, el contratista principal, ésta dispondrá de un término de treinta días calendario, siguientes a la notificación de incumplimiento, para ejercer las siguientes opiniones:

- 1.) Pagar el importe de la fianza, o
- 2.) Sustituir al contratista en todos sus derechos y obligaciones.

La selección de estas opciones por parte de la fiadora dependerá del porcentaje de avance que tenga la obra, según sus propios intereses.

Sin embargo, casi siempre la fiadora escoge subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista principal, y continuar la obra por razones obvias.

Si la institución de seguros decide subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista, entonces debe indicar a la entidad pública quién continuará la ejecución del contrato a su nombre, claro está que la entidad contratante decidirá si ésta tiene la capacidad técnica y financiera para culminar la obra objeto del contrato, ya rescindido.

Recalcamos el hecho de que el contrato principal ha sido rescindido por la entidad pública debido al incumplimiento del contratista, entonces cabe la pregunta ¿Cómo puede la fiadora subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista si el contrato ya no existe?

Bien, pensemos que se trata de una ficción que permite poner nuevamente en efecto un contrato rescindido, por lo que sigamos adelante.

Una vez asumida la sustitución del contratista, la fiadora dispondrá de un término de otros treinta días calendario para continuar con la ejecución del contrato, término que no debe confundirse con el de la finalización de la obra, según lo pactado en el contrato ya rescindido.

Si el incumplimiento del contratista principal fue precisamente no entregar la obra en la fecha estipulada en el contrato, razón por la cual se declaró la resolución del contrato, esto significa que la entidad pública contratante y la fiadora, ahora constituida en contratista, deberán negociar nuevos términos, específicamente una nueva fecha de terminación y entrega de la obra.

La ley 22 de 2006 guarda silencio, lo que da pie a que se produzca una situación ambigua que casi siempre termina por perjudicar el interés público, ya que el vacío legal permite a ambas partes entrar en una fase de negociación que afecta el paralelismo de las formas que debe imperar en todo proceso administrativo.

La praxis demuestra que cuando la fiadora decide subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista principal, en no pocos casos, propone a la entidad pública contratante para continuar la obra a su cuenta y riesgo, al mismo contratista que incumplió el contrato principal.

Es de esperar que si la institución de seguros no es especialista en materia de construcción, mantenimiento, reparación o instalación,



debe contactar empresas que se dediquen a este tipo de actividades.

Muchas veces las empresas dedicadas a este tipo de actividades no muestran interés en asumir el riesgo que genera una obra iniciada por otra empresa, por lo que a la empresa aseguradora se le hace difícil continuar la obra.

Entonces aparece la única alternativa viable para la fiadora, proponer al mismo contratista que incumplió para que continúe la obra.

Bajo una concepción moral y ética esta propuesta es absurda, pero es preciso analizar su viabilidad legal.



Si la fiadora decidió subrogarse en los derechos y obligaciones del contratista principal, entonces la continuación de la obra corre a su cuenta y riesgo, por lo que es a ésta que le corresponde garantizar la capacidad técnica y financiera de la empresa que llevará a cabo la terminación del objeto del contrato; a la entidad contratante le queda la última palabra: aprobar o no.

Para la entidad contratante interviene otro factor que es la presión de la opinión pública por la demora en la culminación de la obra, sin olvidar que la fiadora al haber propuesto para la continuación de la obra al mismo contratista que incumplió es porque no ha encontrado otra solución.

No podemos pasar por alto que la fiadora por motivo de la subrogación, pasa a ser contratista principal, pero a pesar de esto deberá endosar la

fianza a fin de extender su vigencia por el nuevo término fijado para la culminación de la obra. Raro fenómeno, o sea la fiadora pasa a ser contratista por subrogación, sin dejar de ser fiadora a la vez.

Mientras tanto la empresa que continúa la obra a cuenta y riesgo de la fiadora, que como vimos puede ser el mismo contratista que incumplió el contrato, no mantendrá ningún vínculo jurídico con la entidad contratante. Se trata simplemente de quien ejecuta los trabajos en nombre de la fiadora subrogada.

Un acto que puede impedir que la fiadora siquiera proponga al mismo contratista que incumplió el contrato para que lo continúe a su cuenta y riesgo, es que la entidad pública contratante lo inhabilite para contratar según lo dispone el artículo 102 de la ley 22 de 2006.



De lo expuesto surgen muchas interrogantes, lo que demuestra que este tipo de subrogación merece estudio y reflexión, a fin de tratar de regular los supuestos que pueden presentarse, ante el actual vacío legislativo.

En el derecho comparado, Italia tiene dentro del proceso de contratación pública, a manera de modelo, normas en las que solo se aceptan fianzas emitidas por compañías de seguros o bancarias de capital estatal, y si a juicio de la entidad contratante, el contratista principal se encuentra en mora, la subrogación se produce sin rescindir el contrato y antes que se cumpla la fecha de terminación y entrega de la obra.

Sin embargo, volviendo al caso de nuestra legislación, somos del criterio que tratándose de un contrato que ha sido rescindido por incumplimiento del contratista principal no cabe la subrogación, siendo la única opción posible que la fiadora pague a la entidad contratante el importe de la fianza.

Cuando la fiadora escoge la opción de terminar la obra por subrogación, el proceso de escogencia de quién ejecutará los trabajos a su cuenta y riesgo, aún cuando no sea seleccionado el mismo contratista que incumplió, implica desconocer principios que rigen la contratación pública como los de transparencia y publicidad que permiten la libre concurrencia de posibles contratistas y la efectiva ponderación de sus méritos.

Entendemos que lo que se busca es que la obra pública esté el menor tiempo posible detenida en desmedro de los usuarios y de los intereses públicos en general, pero en la práctica lo que ocurre es que puede terminar complicándose la continuación de la obra por tener que pactar adendas con nuevas condiciones, específicamente un nuevo término de ejecución, y que en nuestro criterio necesita nuevamente de todas las autorizaciones del contrato principal ya rescindido.

El actual sistema no es práctico y permite que los intereses públicos se diluyan, sería conveniente investigar la solución que se da a problemas como este en otras legislaciones, tema que será objeto de futuras investigaciones por nuestra parte.



La Argumentación Jurídica en Panamá

Intervención del Procurador de la Administración en el acto inaugural del seminario "La Argumentación Jurídica en Panamá", mayo 2011.



Dr. Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Entre los múltiples aportes que hace a la filosofía, Martín Heidegger en su obra más significativa "Ser y tiempo", nos clarifica el carácter histórico del conocer humano; aclaración que, entre otras, tiene dos implicaciones que nos ayudan a comprender el sentido de esta jornada académica: Uno, que el conocimiento, y en nuestro caso el conocimiento jurídico, es un fenómeno que está llamado a evolucionar constantemente; y su eficacia, dependerá de su capacidad para reformularse, adaptarse y enriquecerse respecto de las circunstancias históricas que rodean su comprensión y aplicación. Y, dos, que todo operador jurídico, llámese juez, asesor legal o litigante, debe estar en un constante proceso de actualización, para que su trabajo al servicio de la sociedad sea más eficiente, eficaz y responsable.

Sin embargo, en nuestro medio nacional panameño, son múltiples las circunstancias que nos distancian de estos ideales de evolución,

actualización y eficacia del conocimiento jurídico, dentro de las cuales quisiera señalar dos: en primera instancia la vigencia actual de modelos jurídicos que ya no responden a las características y exigencias del mundo de hoy, y, en segundo lugar, la obsolescencia de los métodos que empleamos para formar a nuestros abogados. Factores que comento brevemente.

En lo relativo a los modelos jurídicos que ya no responden a las necesidades y características del mundo de hoy, somos más conscientes de sus síntomas que de sus causas, ya que percibimos diariamente cuán lejanos estamos todavía de los ideales de eficiencia y eficacia que deseamos y que tenemos unas encoladuras de normas e instituciones que en no pocos casos resultan inconexas y contradictorias. Que tenemos, de otra parte, normas atrasadas y otras completamente inaplicables, y que, la sobreabundancia de normas, no colabora significativamente en la seguridad jurídica ni en el fortalecimiento de un verdadero Estado de derecho.

Una reflexión panorámica sobre estos síntomas, nos conduce indefectiblemente a una extraña, pero real, mezcla entre el iusnaturalismo, heredado de España, y el positivismo jurídico, con que fuimos formados, y con que hemos formado a nuestros abogados desde mediados del siglo pasado.

Más allá del mérito de querer expresar jurídicamente una moralidad universal, el iusnaturalismo en nuestro medio ha significado un anquilosamiento de normas e instituciones de derecho, así como una desconexión del derecho respecto de las dinámicas propias de la realidad de todos los días, conminando así a jueces y a abogados, a ser amigos del silogismo y de la subsunción como mecanismos básicos del razonamiento jurídico.

La consecuencia principal de la pervivencia de este modelo jurídico, típico de la antigüedad, de la medievalidad y de una temprana modernidad, ha sido la limitada eficacia de nuestro derecho en las respuestas que ofrece a una sociedad compleja y en constante evolución, que nos está obligando a reformular nuestra comprensión de la justicia y de su aplicación en la gestión de los asuntos públicos y privados.

Por su parte, el positivismo jurídico, principalmente de corte kelseniano, ha significado en nuestro medio la generación de un derecho aséptico a procedimientos interpretativos y argumentativos, so pretexto de defender la “estricta legalidad”, con graves consecuencias, dentro de las que se destacan, un formalismo que hace prevalecer las formas jurídicas frente a la justicia, tal como lo denunciara Michel Foucault, y la necesidad de reglamentar “ad infinitum” los cuerpos legales, ya que “si no hay norma precisa, tampoco hay derecho a aplicar o a reconocer”.

En lo que respecta a los métodos que empleamos para formar a nuestros abogados, debemos confesar, con respeto pero a la vez con claridad, que nuestras facultades de derecho son más “centros de enseñanza de normas”, que instituciones de formación de juristas, ya que nuestros currículos distan mucho de ser espacios para la promoción del orden, el progreso social y la justicia a través de una interpretación jurídica de la realidad. En este sentido, para ningún abogado nacional es un secreto que seguimos formando en materia civil, con las mismas materias y temas con que se formaban los abogados franceses de finales del siglo XIX, y, en materia administrativa, sólo para mencionar dos ejemplos, seguimos teniendo una legislación propia de la Panamá, de inicios de la República, muy lejana de la gestión pública que hoy tenemos y más lejana aún de aquella que deseamos y necesitamos.

Frente a este panorama, lejos de querer permanecer sólo en una cómoda posición crítica, es necesario tomar acciones, ya que lo que está en juego, en última instancia, es la justicia, la calidad de vida y

el logro de nuestros objetivos particulares y comunes como sociedad y como Estado, y es esta, precisamente, la justificación del evento académico que hoy nos reúne.

El espíritu que anima este esfuerzo de capacitación para los abogados del Estado panameño, es el de tomar conciencia de la importancia que tiene el incorporar elementos contextuales, sociales, económicos, políticos y culturales en la comprensión, elaboración y aplicación del derecho, ya que de esos materiales, por así decirlo, está compuesta la vida de los individuos en sociedad.

En este sentido, hablar de argumentación jurídica es más que aportar elementos lógicos para realizar el silogismo tradicional, sino que es, ante todo, incorporar argumentativamente la realidad, para hacer del derecho, de su ejercicio y de su aplicación, una realidad viva y dinámica, que haga prevalecer el valor de la justicia, articulando la legitimidad, validez y eficacia que deben caracterizar a toda operación y comprensión del derecho.

Esta opción, muy exigente por demás, podrá germinar en un enriquecimiento de nuestra producción y aplicación legal, de nuestro acervo doctrinal, y de nuestra generación de jurisprudencia.

La renovación y el enriquecimiento en el plano legal podrán darse en razón del aporte de nuevas comprensiones de la seguridad jurídica, no dependientes ya del normativismo sino de una sólida argumentación articulada sobre la triada, textos, contextos y aplicación.





En lo relativo a la renovación doctrinal, no es un hecho desconocido que aquello que ordinariamente denominamos “doctrina jurídica” en el contexto regional y nacional, es en buena medida un ejercicio explicativo y de comentarios a las normas jurídicas, y/o a aquellas teorías que las comentan o explican, de tal forma que, en términos generales, nuestra doctrina, en un sentido mayoritario, lejos de renovar el derecho, continua la tradición de “hacer derecho sobre el derecho”, desconociendo que, por su propia naturaleza, y análogamente a lo que predicaba Ludwig Feuerbach de la filosofía, el derecho debe ser “derecho de lo no jurídico”, es decir de la realidad concreta.

En lo que respecta a nuestra producción jurisprudencial, una perspectiva argumentativa permitirá a nuestros jueces, entre otras cosas, justificar y dar razón de sus decisiones, de tal forma que se rompa la estructura fija de un ejercicio puramente deductivo, para dar paso a una valoración jurídica de la realidad contextual, como herramienta para la toma de decisiones en derecho.



Para avanzar en estos nobles y necesarios propósitos, contamos con la grata y honrosa presencia del Maestro Jaime Cárdenas Gracia, distinguido académico y servidor público mexicano, quien

amablemente ha aceptado nuestra invitación para compartir con nosotros sus aprendizajes y experiencias en esta perspectiva renovadora del derecho.

El Dr. Cárdenas Gracia es Abogado y Doctor en Derecho por la Universidades Autónoma Nacional de México y Complutense de Madrid, y ha sido profesor visitante de las Universidades de Yale y de Georgetown.

En el plano investigativo el Maestro Cárdenas Gracia se desempeña como investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

En su gestión pública se ha desempeñado como miembro de la Judicatura del Distrito Federal y actualmente es miembro de la Honorable Cámara Federal de Diputados.

Dentro de su amplia producción académica se destaca el libro “La argumentación como derecho”, material que la Procuraduría de la Administración ha proporcionado a los participantes en este evento; El contractualismo y su proyección jurídico-política, Partidos políticos y democracia representativa, Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos, Una Constitución para la Democracia, Propuestas para un Nuevo Orden Constitucional, La Actualidad Constitucional de América Latina, y otros muchos más, cuya sola enunciación nos llevaría largo tiempo.

Nos sentimos pues, muy halagados, honrados y complacidos por la amable presencia del Maestro Cárdenas Gracia, a quien agradecemos por haber aceptado nuestra invitación, y de quien sabemos, mucho podemos aprender para el mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas, en general y jurídico – administrativas en particular.

Muchas Gracias.

InfoJurídica

Base de datos de normas legales,
desde 1903 hasta la fecha.



Leyes,
Decretos Leyes,
Decretos Ejecutivos,
Decretos de Gabinete,
Resoluciones, Acuerdos y
Tratados.

Consúltela: www.procuraduria-admon.gob.pa

"La Procuraduría de la Administración...sirve a Panamá, te sirve a ti."