

Panamá, 8 de febrero de 2002.

Su Excelencia

ALEXIS PINZÓN

Ministro de Salud, encargado.

E. S. D.

Señor Ministro:

Cumpliendo con nuestras funciones constitucionales y legales procedemos a dar respuesta a su Nota N°0148-DMS/DAL de fecha 28 de enero del 2002 y recibida en este Despacho el 1° de febrero, mediante la cual consulta nuestra opinión sobre la posibilidad de "...que el Organo Ejecutivo emita un acto administrativo que autorice a los miembros de la Junta Directiva del IDAAN a continuar en sus funciones hasta tanto se integre la nueva Junta Directiva de esta institución..."

En su consulta nos informa que la Ley 77 de 28 de diciembre del 2001, mediante la cual se reorganiza y moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, derogó en todas sus partes la Ley 98 de 1961, que había creado al IDAAN como entidad autónoma del Estado. Sin embargo, la Ley 77 del 2001, no reguló la transición entre la Junta Directiva saliente y la que tendría que conformarse de acuerdo a la nueva Ley.

Usted considera, que la solución al problema planteado es la emisión de un acto administrativo temporal, por parte del Organo Ejecutivo, conforme

al artículo 806 del Código Administrativo, que dispone lo siguiente:

“Artículo 806. Los decretos del Poder Ejecutivo arreglarán los demás detalles para conseguir una administración pública enteramente satisfactoria en las oficinas nacionales...”

De igual forma la opinión legal vertida por la Institución señala que los miembros de la Junta Directiva del IDAAN del período 2000-2005, designados mediante Decreto Ejecutivo N°356 de 13 de diciembre de 2000 y que representan a las organizaciones, no son servidores públicos y por ende no se les puede aplicar el artículo 793 del Código Administrativo.

Nuestra Opinión:

Coincidimos con la opinión legal de su Institución cuando señala que los miembros de la Junta Directiva mencionados no son empleados públicos, ya que no reciben un salario del Estado; sin embargo, son personas que realizan una función pública por designación del Organo Ejecutivo.

Como bien lo señala el jurista Libardo Rodríguez R., “...las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieren su representación en las juntas directivas de las entidades descentralizadas y en general los miembros de juntas, consejos o comisiones **no tienen por ese solo hecho el carácter de empleados y se regirán por las normas especiales que se dicten para ellos...**” ¹ (resaltado nuestro)

En efecto, la Ley N°77 de 28 de diciembre del 2001, dispone que el IDAAN como entidad autónoma

¹ Derecho Administrativo General y Colombiano. Duodécima Edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 2000. Pág.176

del Estado, contempla dentro de su estructura administrativa una Junta Directiva, conformada por siete miembros y sus respectivos suplentes, los cuales son designados por el Organismo Ejecutivo.

Cinco de los miembros que conforman la misma son representantes de la sociedad civil (APEDE, SPIA, Organización de Trabajadores, Asociación de Propietarios de Inmuebles de la República y Promotores de Viviendas y Constructores de Obras) quienes deberán ser ratificados por la Asamblea Legislativa.

También prevé la citada ley, el nombramiento de los mismos en forma escalonada, de tres y cuatro años. Una vez se cumpla el primer período para el cual fueron designados, todos los miembros de la sociedad civil deberán ser nombrados por un período de cuatro años. (art.6)

La inclusión de los organismos antes mencionados en la conformación de la Junta Directiva del IDAAN, responde a la tendencia de las administraciones modernas de darle participación activa a la sociedad civil en la toma de decisiones para el cumplimiento de las funciones públicas y respetar la participación democrática en las instituciones de servicio público.

Tal como lo hemos señalado, los entes colegiados son creados y regidos de acuerdo con la ley que los instituye como tales y las normas reglamentarias que se dicten para su eficiente funcionamiento.

Es cierto que la nueva ley del IDAAN guardó silencio en cuanto a la continuidad de la anterior Junta Directiva hasta que se nombrasen los nuevos directivos; sin embargo, hay un principio en el Derecho Administrativo que impide a los actuales miembros de la Junta Directiva abandonar sus funciones y es el ejercicio de la función pública, la cual se materializa y concreta en lo que

denominamos "servicio público" que debe ser continuo e ininterrumpido.

Los actuales miembros no pueden abandonar sus funciones hasta tanto sean reemplazados por los nuevos miembros, porque hay que entender que lo que se está delegando es "la función pública", la cual no puede quedar en acefalía, es decir, sin cumplirse. Este principio de la continuidad "...consiste en que los servicios públicos deben funcionar de manera ininterrumpida, a fin de satisfacer las exigencias del interés general..."²

Este principio en nuestro ordenamiento jurídico está contenido en el artículo 793 del Código Administrativo, el cual como ya hemos señalado, es perfectamente aplicable a los miembros de los entes colegiados que por destinación legal deben cumplir con una función pública.

Para una mejor comprensión del término "función pública" nos permitimos citar el significado que nos ofrece el profesor español Ramón Parada.

Veamos:

"Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra."³

Como bien lo señala el tratadista Gustavo Penagos, la función pública "...forma parte esencial del Estado, no se concebiría la razón de ser sin una

² Rodríguez R., Libardo op. cit pág.442

³ Derecho Administrativo. Tomo II.5ª Edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991, p.327. Citado por Penagos, Gustavo. Derecho Administrativo. Parte Especial. Ediciones Librería del Profesional, Buenos Aires, Argentina. 1995, pág.184.

prestación efectiva, eficaz y honesta de las funciones del Estado, pues éstas se identifican con los fines de la actividad estatal...” ⁴

En cuanto a las actuaciones de la Junta Directiva del IDAAN, las mismas deberán enmarcarse dentro de las atribuciones que la Ley 77 del 2001 le ha asignado a dicho ente colegiado, pues ningún acto administrativo puede emitirse o celebrarse infringiendo normas jurídicas vigentes, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (art.36, Ley 38/2000).

Téngase presente que una de las preocupaciones que giran en torno a la competencia de la anterior Junta Directiva, va dirigida a los efectos jurídicos de los actos que la misma dicte.

En el caso de los miembros de la anterior Junta Directiva, éstos fueron designados y ratificados en sus cargos cumpliendo todas las formalidades legales, por tanto sus designaciones gozan de legalidad. Sin embargo, por una situación no prevista en la ley, han quedado funcionando de hecho, es decir de facto.

Ahora bien, queda claro que todos los actos que dicten en cumplimiento de sus funciones gozarán de la presunción de legalidad, pues deben ser dictados conforme a las disposiciones legales, es decir, dentro del marco de estricta legalidad.

Para el tratadista Roberto Dromi, "...la presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto. Es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que

⁴ op.cit pág.186

son legales, es decir, que se presumen válidos y que respetan las normas que regulan su producción.”⁵

Sobre este tema de la validez de los actos emitidos por el funcionario de hecho o de facto, el tratadista Gustavo Penagos ha señalado que la doctrina y la jurisprudencia colombiana han sostenido que la validez de estos actos no solo nace “...por motivos de interés general, sino por motivos de interés particular, pues a nadie se le puede causar un agravio injustificado, ni desconocer su derecho adquirido de acuerdo con la constitución y las leyes. **Además, no se podría gobernar un Estado, sin reconocer la validez de los funcionarios irregulares o de facto, ya que ello iría en contra, por ejemplo, de la necesidad y continuidad de los servicios públicos...**”⁶ (las negritas son nuestras)

Ahora bien, la situación planteada por Usted en su consulta, es excepcional, de allí que no se encuentre regulada, pues las legislaciones se encargan de regular situaciones generales y no las excepcionales.

En esta ocasión, este Despacho reitera los criterios vertidos en diversos dictámenes, en los cuales ha indicado que en virtud del principio de la continuidad de la función pública, los miembros de las Juntas Directivas y los directores de Entes Colegiados no pueden abandonar las funciones públicas asignadas hasta tanto llegue su respectivo reemplazo.

En cuanto a la medida transitoria de emitir un Decreto Ejecutivo para regular la permanencia de la anterior Junta Directiva del IDAAN hasta tanto sean ratificados los nuevos miembros de la nueva Junta Directiva, consideramos que la medida no es

⁵ Dromi, Roberto. El Acto Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997. Pág.76.

⁶ Op cit. Pág.250

necesaria por las razones expuestas en párrafos anteriores. No obstante, si la decisión es para reforzar el marco competencial de los miembros de la Junta Directiva, por la misma naturaleza de los actos administrativos que en el ejercicio de sus funciones deben acometer, somos de la opinión que la medida no contraviene ninguna disposición legal, pues guardaría relación con el numeral 2 del artículo 178 de la Constitución Política, el cual establece como atribución del Presidente de la República "...coordinar la labor de la administración y los establecimientos públicos..." y con los artículos 628 y 806 del Código Administrativo.

También consideramos oportuno recordar que para cumplir con los fines que establece la Ley N°77 del 2001, se hace necesario que las ternas sean presentadas oportunamente al Organo Ejecutivo y éste a su vez, haga las designaciones dentro de la menor brevedad posible, de tal forma que cuando se instale la Asamblea Legislativa sean presentadas con la documentación respectiva para su consideración.

Esperando que nuestra opinión le sea de utilidad, me suscribo,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/12/hf.

