

Panamá, 18 de julio de 2001.

Licenciado

René Luciani LComisionado Secretario de la Comisión de
Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

E. S. D.

Comisionado Secretario:

Con la presente le damos respuesta a su consulta administrativa sin número, fechada veintiséis de junio del 2001, llegada a esta Procuraduría el veintisiete de junio del 2001. La consulta se refiere a las consecuencias jurídicas de la "no ratificación" del Licenciado Romel Adames De León, como Comisionado de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), decidido por la Asamblea Legislativa.

Los hechos:

En la actualidad el Comisionado Romel Adames De León, se encuentra cumpliendo funciones públicas en la CLICAC, a pesar de que el organismo que refrenda su nombramiento: la Asamblea Legislativa, decidió no ratificarlo en el cargo de Comisionado Principal de esa institución¹. No obstante ello, el Poder Ejecutivo aún no ha nombrado

¹ Se trata de un acto o actuación sin duda, acreditado/a en las actas de la Asamblea Legislativa, que el Licenciado Adames De León, no ha sido ratificado en su puesto de Comisionado de la CLICAC. De esto da cuenta la nota de 21/6/2001 publicada en el sitio Web de la Asamblea Legislativa en donde se decía lo siguiente:

"CCM Rechazan nombramiento de comisionado de la CLICAC

La Asamblea Legislativa rechazó ayer el nombramiento de Rommel Adames De León como comisionado principal de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC)... Wever manifestó que el rechazo del nombramiento de Adames De León constituye un llamado de atención al Ejecutivo, ya que el Legislativo está controlado por la oposición y el gobierno debe ejercer el poder consultando con las diferentes fuerzas políticas del país".

a la persona que le sucederá en dicho cargo, motivo por lo cual el Licenciado Adames se encuentra en la condición de ser funcionario de hecho, hasta tanto se nombre su remplazo.

La situación de Derecho.

Según se desprende de los hechos, la *questio juris* o cuestión de derecho es saber si la actual y excepcional condición del Licenciado Adames De León, en su calidad de funcionario de hecho, le permite fungir como Representante Legal de una organización pública, tan especial como lo es la CLICAC, y además toda y cada una de las tareas propias del funcionario regular. También debemos indagarnos respecto de las consecuencias jurídicas de la negación del refrendo de su nombramiento.

Las preguntas:

De la redacción de la consulta administrativa se desprenden las siguientes preguntas:

1. "Debe permanecer el licenciado Romel Adames en su cargo hasta que le llegue el reemplazo, de conformidad con el artículo 793 del Código Administrativo?"
 2. ¿Qué funciones le corresponde ejercer dentro de la CLICAC al licenciado Adames, a sabiendas que no fue ratificado por la Asamblea Legislativa, mientras se está a la espera del nombramiento de su reemplazo?"
 3. ¿Puede el licenciado Romel Adames detentar la presidencia y representación legal de la Comisión?"
 4. ¿Qué validez jurídica tendrían los actos administrativos que suscriba el licenciado Romel Adames en el ejercicio de sus funciones con posterioridad a su No ratificación?"
-

5. ¿Puede el licenciado Romel Adames participar con voz y voto en las reuniones del pleno de los comisionados?
6. ¿Podría el licenciado Romel Adames de entrar a dirimir en caso de que los dos comisionados principales no encuentren conformidad en las decisiones que deban adoptar de acuerdo a lo establecido en el artículo 103 de la Ley 29 de 1996?
7. No ratificado el licenciado Romel Adames por la Asamblea Legislativa, tiene el Ejecutivo el deber legal de nombrar su reemplazo de manera inmediata? Y finalmente,
8. ¿Qué funciones le corresponderá ejercer a la persona que sea designada por el Ejecutivo en remplazo del licenciado Romel Adames mientras no sea ratificada por la Asamblea Legislativa?"

Desde nuestra óptica, las dudas se refieren a cuatro temas bien diferenciados, a saber:

1. ¿El Licenciado Romel Adames De León debe permanecer en su puesto? ¿De ser así, qué funciones específicas debe desempeñar?
2. ¿Qué consecuencias jurídicas derivan de los actos realizados por el Licenciado Romel Adames De León?
3. ¿Si el Poder Ejecutivo tiene alguna responsabilidad en nombrar al que será, el nuevo Comisionado de la CLICAC?
4. ¿Qué funciones deberá desempeñar el nuevo Comisionado?

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Para intentar ser coherentes en la fundamentación legal del presente dictamen, estudiaremos los cuatros supuestos genéricos previamente planteados.

- ***¿El Licenciado Romel Adames De León debe permanecer en su puesto? ¿De ser así, qué funciones específicas debe desempeñar?***

En el sistema de gestión del capital humano del sector público, la regla es que si se agota el periodo de gestión de un funcionario, este puede optar entre quedarse hasta que llegue su remplazo o notificar a la entidad nominadora su decisión de retirarse del cargo.

En cuanto a la segunda alternativa, en el artículo 125 de la Ley 9 de 1994, publicada en la Gaceta Oficial 22. 562 de 21 de junio de 1994, establece esa importante regla.

"Artículo 125. El servidor público puede renunciar de su cargo cuando lo estime conveniente.

Sin embargo, no debe abandonar el puesto sin haber comunicado a su jefe inmediato la decisión de renunciar, por lo menos con quince (15) días de anticipación..."

De esta norma resalta que el funcionario que renuncie a su cargo, "no debe abandonar el puesto sin haber comunicado a su jefe inmediato la decisión de renunciar, por lo menos con quince (15) días de anticipación". (Subraya la Procuraduría de la Administración)

En el numeral 11 del artículo 138 de la misma Ley de Carrera Administrativa, se establece la prohibición a los servidores públicos, de "abandonar el puesto de trabajo sin causa justificada y sin previo aviso al superior inmediato" (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Igualmente se establece en el numeral uno (1) del artículo 124 de la Ley 9 de 1994 que, el funcionario puede válidamente retirarse de la Administración, por "renuncia escrita, ...debidamente aceptada". (Subraya la Procuraduría)

Estas disposiciones legales conforman un mecanismo de control a favor de evitar la llamada acéfalia, o falta de quien realice el cargo. Ello se debe a que el servicio público debe ser eficaz² y continuo. Claro está, si el servidor, a su libre elección quisiera quedarse a cumplir con lo establecido en el artículo 793 del Código Administrativo, pudiese hacerlo. En esta disposición se establece lo siguiente:

"Artículo 793. Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya transcurrido, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado al efecto, o el suplente respectivo".

En este sentido, en el mismo Código Administrativo se plantea que los funcionarios no están obligados a permanecer en un puesto público, al cual no desean seguir vinculados ya que, a la luz del artículo 815, ello es una libre decisión de los servidores públicos. Veamos:

"Artículo 815. El que sirva un destino público de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. Si el empleado que oyere la renuncia creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública en no admitir la renuncia podrá negarla, pero si insistiere en ella la aceptará".

² Esto según lo preceptuado en el numeral doce (12) del artículo 153 de la Carta Política.

La razón de la regla general de que el funcionario, si quiere, pueda retirarse de la función, bastando tan solo el aviso previo; o la excepción, de que se mantenga en su puesto, si lo desea, hasta que llegue su reemplazo.

El principio de eficacia del servicio público.

La eficacia significa para el caso concreto del ejercicio de funciones públicas, que las organizaciones públicas debe procurar cumplir los objetivos y fines para las cuales fueron creadas. Se tiene entonces la obligación de cumplir el cometido final de la buena y oportuna prestación de los servicios públicos. Por ello, se exige que la función sea continua, es decir, que no se interrumpa por razones no previstas en la ley.

Uno de los principios rectores de los servicios públicos es el de continuidad. Consiste en que los servicios públicos deben funcionar de manera ininterrumpida, a fin de satisfacer las exigencias del interés general. Una clara manifestación de este principio es lo establecido en los artículos precitados, tanto de la Ley de Carrera Administrativa como del Código Administrativo.

En este análisis es oportuno examinar lo que se ha dado en llamar el "*funcionario de hecho*", vinculado al tema consultado

¿Qué significado tiene el ser un funcionario de hecho?

El concepto sobre el funcionario de hecho fue tratado en nuestra opinión número veinticuatro de treinta de enero de dos mil uno, en el caso del Licenciado Romel Adames De León. En aquel dictamen se expreso lo siguiente:

"La situación en la que se encuentra el Comisionado Adames lo ubica en la categoría de un "funcionario de hecho", ya que a pesar de que accedió al ejercicio de la función pública como un "funcionario de iure", amparado por el

nombramiento y respectiva ratificación, por un período determinado, ha tenido que seguir ejerciendo la función pública de facto, pues su nombramiento no se ha perfeccionado.

La jurisprudencia extranjera y la doctrina han señalado que los actos del funcionario de facto gozan de la presunción de validez, al igual que cualquier acto emitido por un funcionario de iure. "...Los funcionarios de hecho son aquellos que desempeñan un cargo, pero en virtud de una investidura irregular. La irregularidad puede ser defecto en su origen o causa como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley, caso en el cual el nombramiento puede invalidarse; o cuando habiéndose otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, en ejercicio de sus funciones, bien por ministerio de la ley, o bien por circunstancias de hecho no previstas por las leyes. Los actos de estos funcionarios son también válidos..."

Respecto del tema los tratadistas definen al funcionario de facto como: "aquel a quien no se investió normalmente por nombramiento o elección en un cargo público o que habiendo recibido investidura legal, se excedió en el tiempo o lapso que le fuera destinado por ley para realizar actos de su competencia." (FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público Administrativo, Constitucional, Fiscal. Editorial Astrea, Argentina, 1981, p. 348) (El subrayado es nuestro)

La doctrina también, ha enfatizado que el funcionario de facto o de *hecho*, es el individuo que no siendo funcionario de jure (derecho), tiene posesión y ejercicio de una función pública.

Cabe destacar que tanto la jurisprudencia extranjera como la nacional, han señalado que los funcionarios de hecho siguen desempeñando el cargo, pero en virtud de una investidura irregular. Irregularidad que pudo originarse cuando se nombra a un funcionario que no llena los requisitos exigidos por la ley, caso en el cual el nombramiento puede invalidarse; o cuando habiéndose otorgado inicialmente con irregularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, en ejercicio de sus funciones por ministerio de la Ley, o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. Los actos de estos funcionarios son también válidos. (PENAGOS, Gustavo., Derecho Administrativo. Pág. 249).

Por todo lo expresado le contesto afirmando que, el Licenciado Romel Adames De León tiene la alternativa de permanecer en su cargo, hasta que le llegue el reemplazo, de conformidad con el artículo 793 del Código Administrativo, o de renunciar definitivamente, y en este supuesto debe esperar que se cumpla el periodo de aviso a la Administración (en el caso sería al Poder Ejecutivo).

• ***¿Qué consecuencias jurídicas derivan de los actos realizados por el Licenciado Romel Adames De León?***

Sabiendo que el Licenciado Adames De León, funge como un *empleado oficial de hecho*, surge la pregunta de si los actos emitidos por él, tienen la validez y eficacia, propia de los actos de la Administración.

En este sentido se puede fácilmente confundir el juicio jurídico, y defenderse la tesis de que los actos proferidos por este tipo excepcional de empleados, no pueden tener eficacia alguna, y por ello, se debería tener por no realizados. Lo que en la doctrina se denominan actos administrativos inexistentes.

Naturaleza jurídica de los actos y decisiones emitidos por el Licenciado Romel Adames De León, en su calidad de funcionario de hecho.

A. Según expone el Comisionado que consulta, los actos realizados por el Licenciado Romel Adames de León han considerarse carentes de toda eficacia jurídica y por ello, actos inexistentes.

Veamos la teoría de los actos inexistentes:

El acto administrativo se define como la decisión de órganos competentes del Estado, en ejercicio de funciones administrativas derivadas de la potestad estatal y sujeta al control jurídico del mismo órgano o de los jueces especiales. En consecuencia puede considerarse que cuando el Estado dicta decisiones a través de órganos o sujetos que no son competentes ni revisten el carácter de funcionarios administrativos regulares, estos no existen como tales. De manera que una primera hipótesis de inexistencia de la decisión se daría cuando ella es proferida por un agente diferente a un funcionario nombrado regularmente.

Para la doctrina, la inexistencia del acto administrativo consiste esencialmente, en la carencia de un elemento del mismo, de tal modo esencial, que ni siquiera hay necesidad de anularlo: no se puede sino constatar que en realidad no hay acto³ y no producen efectos alguno: quod nullum, nullum effectum producit.

En otros términos, si el funcionario de hecho actúa sin competencia absoluta, esos actos administrativos estarían viciados de una nulidad igualmente absoluta.

En el Derecho Positivo Panameño la figura de la inexistencia no aparece expresamente consagrada en el campo civil, y la jurisprudencia tiende a considerar los casos de inexistencia del negocio jurídico o del acto jurídico, por ejemplo, por inexistencia del objeto, en el marco de la nulidad. Igual consecuencia le deriva del artículo 52 de la Ley 38 de 2000⁴, de procedimiento administrativo general, citado a continuación:

³ Marcel Waline, Droit Administratif, Ed. Sirey, 1963 N° s 728 y ss.

⁴ Publicada en la gaceta Oficial 24.109 de 2 de agosto de 2000.

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

Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;

Los dictados por autoridades incompetentes;

Aquellos cuyo contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;

Los dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;

Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.

Sobre el tema citamos un fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte de Casación francesa, a su vez citado por Jossierand: "El acto inexistente es el que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de manera que no responde siquiera a la definición genérica que se ha dado de él por la ley; por ejemplo: las partes no han entendido vincularse, la voluntad jurídica falta; o bien, sus voluntades no se han acordado, ha habido error sobre la identidad del objeto o sobre la naturaleza del acto; o, más aún, sobre la naturaleza del acto; o, todavía, uno de los interesados no ha manifestado ninguna voluntad, o el contrato carece de objeto⁵. "En semejante eventualidad no basta decir que el acto es nulo; es necesario afirmar que no existe acto jurídico; se está en presencia de un malentendido, de una tentativa de acto más bien que de un acto, y de una tentativa que ha abortado: el acto ha

⁵ Louis Jossierand, Cours de Droit Civil Positif Français. E. Recueil Sire, 1938, t. I, pág. 104.

nacido poco más o menos muerto; está desprovisto de existencia legal" (Casación Sala Civil 16 nov. 1932 D-H 1933.4).

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que la única categoría jurídica en la que podría caber la descripción de una actuación administrativa realizada por un funcionario de hecho, cómo es el caso del Licenciado Romel Adames De León, sería la del acto inexistente, pues, no cumple con los dos elementos indispensables que la actuación administrativa: voluntad y objeto. La carencia de uno de ellos, y en ausencia de ambos, impide que nazca el acto jurídico.

En el dictamen, 24 de 30 de enero del 2001, referente al caso concreto del Licenciado Romel Adames De León, este despacho opinó que, no se podría afirmar en los actos emitidos por este funcionario de hecho se da la carencia de voluntad de la administración o de poder legal para intervenir con decisión, sino que, a pesar de que no se ha cumplido con uno de los elementos o fases del acto complejo del nombramiento, este hecho no torna sus resoluciones en acto inexistente automáticamente; sino, desde el punto de vista de su integración total, en susceptible de ser anulados jurisdiccionalmente.

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..." (Penagos, Gustavo., El Acto Administrativo Tomo II., Pág.280)

En apoyo de esta tesis hoy en día se puede citar a Zanobini, arguyendo que "Tratándose de actos complejos, puede verificarse un vicio particular donde una o más de las autoridades que deben tomar parte en el acto resulta no haber participado (en el caso del Licenciado

Romel Adames De León sería la Asamblea Legislativa). Este vicio no se refiere a la competencia, ni a la regular constitución del órgano. Pero es un vicio relativo al sujeto. Como no sirve para excluir la existencia del acto administrativo, se debe considerar causa de simple anulabilidad y base posible de impugnación del acto bajo el mismo título de violación de la ley". (Zanobini, Alberto., El Acto de la Administración., Editorial Civitas., 1994., Pág.140)

En nuestra opinión, los actos que realice el Licenciado Romel Adames De León son actos válidos por estar revestidos de la presunción de legalidad, pues, engendra efectos de derecho, mientras no sea destruido por una decisión judicial. Además, no son actos inexistentes, porque el funcionario no actuó en abierta usurpación de poderes o competencias, sino, por lo contrario, en razón del cumplimiento de un deber legal: el de permanencia en el puesto oficial, hasta que llegue su nuevo remplazo.

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 son legales, es decir, que se presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción." (Dromi, Roberto., Derecho Administrativo General., Editorial Astrea., 1989., Pág.7)

Por su parte la jurisprudencia nacional, en Sentencia de 11 de marzo de 1994, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Dr. Rolando Villaláz, en representación de Mauro Zuñiga Araúz para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de nombramiento y Diligencia de Acta de toma de posesión del cargo, de Amilcar Villarreal, como delegado de la Contraloría General en la Caja de Seguro Social; se puntualizó lo siguiente:

“En lo que respecta a lo que solicita el demandante, que se declaren nulos todos los actos realizados por el señor VILLARREAL, le indicamos al peticionario que no es viable declarar nulos las actuaciones del funcionario de hecho, ya que como señalara el Dr. QUINTERO, el hacerlo chocaría en ciertos casos con la realidad, con el interés social y con los intereses de las personas que de buena fe se acogieron a la autoridad de dichos funcionarios... (QUINTERO, César, citado por SANJUR, Feliciano O. En Apuntes de Derecho Administrativo, Segundo Volumen. 1974. Pág. 221). Esto por un lado. Por otro, el artículo 773 del Código Administrativo, relacionado con el artículo 18 del Código Judicial, ambas señalan respectivamente lo siguiente:

‘Artículo 773. ...

Las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones’.

‘Artículo 18. El nombramiento y posterior ejercicio hacen presumir de derecho la posesión, tanto para el solo efecto de estimar válidos los actos efectuados por estos funcionarios, como para exigirles las responsabilidades a que haya lugar por la ejecución de estos actos’.

Ha quedado claro que los actos llevados a cabo por el señor Amilcar Villarreal, mientras ocupó el cargo de Asistente Ejecutivo II por parte de

la Contraloría General de República en la Caja de Seguridad Social, se consideran válidos.”

En cuanto a las funciones propias de representación de la CLICAC, parece necesario reforzar la figura de la Presidencia de la CLICAC, y sería preferible que se elija a un nuevo Presidente de la entidad, ya que está claro que el Licenciado Adames De León no seguirá siendo Miembro Principal de la institución, pues está en espera de ser reemplazado, y no puede ostentar la Presidencia de la institución.

El Licenciado Romel Adames De León en su categoría de *funcionario de hecho*, deberá esperar el nombramiento de su reemplazo, reconociendo las limitaciones inevitables de sus facultades por su condición de funcionario de hecho.

Con la pretensión de haber colaborado con usted,

Atentamente,

Original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.