

, 26 de enero de 1990.

Doctor
Luis Guillermo Casco Arias
Director General de la
Lotería Nacional de Beneficencia
E. S. D.

Señor Director General:

Por este medio doy respuesta a la consulta que tuvo a bien formular en su comunicación de 12 de enero corriente, en la que solicita que me pronuncie "en cuanto a los efectos legales de los actos y contratos firmados por la ex-Directora de la Lotería Nacional de Beneficencia", quien fue nombrada en el citado cargo mediante Decreto Ejecutivo N°20 de 4 de septiembre de 1989, a pesar de no contar con la edad requerida por el artículo 20 del Decreto de Gabinete 224 de 1969, que organizó esa entidad del Estado, y que exige a tal efecto contar con más de 30 años de edad. Según usted expresa, la Srta. Amado Trevia contaba entonces con 27 años de edad.

Es evidente que hay que distinguir entre la validez del Decreto de Nombramiento de la Srta. Amado y la validez de los actos que ésta celebró en su condición de Directora General de la Lotería Nacional de Beneficencia.

Es evidente que todo acto administrativo está amparado por la presunción de legitimidad, tal como la doctrina y nuestra jurisprudencia han declarado, presunción que se basa en el principio de legalidad que rige la actuación de los servicios públicos, dado que éstos sólo pueden hacer lo que la ley autoriza (art. 18 de la Constitución). La referida presunción de legitimidad se concreta a considerar el acto como ceñido a derecho, a menos que se compruebe ante la autoridad competente que está viciado de nulidad. Así lo declaró la Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, entre otros precedentes, en auto de 12 de septiembre de 1963:

"En el ámbito del Derecho Público existe el principio de la tendencia inmanente a la ejecución de los actos de la administración, que se sustenta

en la legalidad de tales actos, presumible mientras un organismo idóneo para ello no los declare contrarios a la norma legal."

- o - o -

Como se desprende del pronunciamiento reproducido, los actos administrativos deben cumplirse o surtir efectos mientras no se declaren contrarios a derecho por la autoridad competente para ello. En el caso consultado, la autoridad competente, conforme al numeral 2 del artículo 203 de la Constitución y el artículo 98 del Código Judicial, es la Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, fundándome en los datos por usted suministrados, de no contar la Srta. Amado con la edad exigida por el artículo 20 del Decreto de Gabinete en referencia, para desempeñar el cargo de Directora General de esa entidad del Estado, es evidente que mediaría un motivo de ilegalidad, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 33 de 1946, dado que habría infracción a la ley sustantiva, lo que constituye un vicio de nulidad del acto de nombramiento.

En cuanto a los actos y contratos celebrados por la Srta. Amado, en su condición de Directora General de la Lotería, la situación es un tanto diferente, de cumplir dichos actos y contratos con las demás exigencias legales. Y es que al momento de ser emitidos los mismos, la Srta. Amado ostentaba la condición de Directora General y de Representante Legal de esa entidad del Estado, dado que hasta ese momento no se había invalidado su nombramientos. A estos actos los ampara, como ya se indicó, la presunción de legitimidad ya mencionada.

Lo anterior es sin perjuicio de que pueda sostenerse que, por estar viciado el nombramiento, quien emitió los actos carecía de competencia para actuar en representación de la Lotería, que es uno de los motivos de legalidad instituidos por el citado artículo 16 de la Ley 33 de 1946. En tal supuesto habría que llegar a la conclusión de que la Srta. Amado tenía la condición de una funcionaria de hecho, porque con un nombramiento irregular ejercía funciones con apariencia de verdadera funcionaria pública. Esta es la noción que la doctrina y la jurisprudencia tienen respecto de la citada figura. Por ejemplo, FRAGA sostiene:

"De la misma manera, cuando se trata de cargos públicos regulados, no por preceptos constitucionales, sino por leyes secundarias, tampoco podrán considerarse como funcionarios legítimos o

de jure los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas.

Aunque en estricto rigor, dichos funcionarios irregulares no pueden actuar válidamente en nombre del Poder público, ya que no se han llenado las condiciones para que adquieran la competencia inherente al cargo, se ha admitido, sin embargo, que tratándose de algunos de esos funcionarios irregulares hay que reconocer dentro de ciertas limitaciones la validez de sus actos, pues el interés público así lo exige para dar seguridad, obligan a considerar que deben sostenerse ciertos actos de aquellos funcionarios pues es necesario proteger a aquellas personas que se han visto obligadas a tratar con un funcionario que tiene todas las apariencias de funcionario legítimo, y respecto del cual no sería razonable, y si completamente inusitado, exigir que el público que tiene que acudir ante él le reclame previamente a su intervención la demostración de que ha llenado todos los requisitos de ley para adquirir la investidura en el cargo que de hecho está desempeñando." (DERECHO ADMINISTRATIVO, FRAGA, Gabino, Edit. Porrúa, S.A., México, 1971, pág.161).

- o - o -

Y el Dr. César A. Quintero ha expresado sobre el tema:

"EL PROFESOR CÉSAR A. QUINTERO, hablando al tema, dijo: "En rigor, los actos realizados por funcionarios de hecho de cualquiera de las tres categorías que hemos visto, debieran reputarse como inexistentes, ya que tampoco hay aquí funcionario legítimamente investido y hemos visto que sólo de funcionarios legítimos pueden emanar actos administrativos. Pero la rigurosa aplicación de este principio 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, ya porque

no hubiera otros o bien porque su nombramiento aparecía revestido de legalidad. Por todo esto, los actos administrativos realizados por funcionarios de hecho se consideran como válidos'." (V. Sanjur, Feliciano, Derecho Administrativo, 1973, pág. 220).

- o - o -

En cambio, nuestra jurisprudencia emitió un precedente el 6 de junio de 1962, en el que le niega validez a los actos emitidos por un funcionario de hecho, en este caso el Director General de la Caja de Seguro Social. En aquella oportunidad expresó:

"Antes que nada es necesario fijar la atención hacia un hecho que tiene superlativa importancia. Afirma el actor que al dictarse la destitución de Bermúdez y al negársele el preaviso pedido por ésta, el Gerente de la Caja de Seguro Social no había sido nombrado por el Organo Ejecutivo y menos ratificado su nombramiento por la Asamblea Nacional. La Resolución que destituyó a Bermúdez tiene fecha 14 de Octubre de 1960. La que le negó el preaviso fue dictada el 26 del mismo mes (V. fs.1 y 2 vuelta). El señor Jorge D. Porras, quien dictó los dos actos mencionados fue designado por el Organo Ejecutivo Gerente de la Caja de Seguro Social el día 27 del expresado mes de octubre y su nombramiento aprobado por la Asamblea Nacional el día 14 de noviembre de mil novecientos sesenta (V. fs.60). Todo lo cual quiere decir que una persona sin investidura oficial, carente, por tanto, de toda potestad derivada de un nombramiento, destituyó a un empleado de la Caja de Seguro Social y resolvió negarle el derecho de preaviso demandado por aquél. Ni la destitución ni la negativa del preaviso, nacidos con el vicio anotado, pueden llegar a ser actos jurídicos. A lo sumo son vías de hecho, que en nada afectan el status de quien ahora actúa en este juicio como demandante. Y no se diga que al aprobar la Junta Directiva de la Caja los actos de un particular infundía vida jurídica a lo que había nacido sin ella, esto es, a lo no nato."

- o - o -

Para hacer valer los vicios de ilegalidad en nuestro sistema jurídico, el numeral 2 del artículo 203 de la Constitución instituye acción popular para que cualquier persona pueda demandar la nulidad de los actos administrativos que considere contrarios a derecho, norma que ha sido desarrollada por los artículos 98 del Código Judicial y 27 de la Ley 33 de 1946.

En la esperanza de haber satisfecho su solicitud, quedo, atentamente,

OLMEDO SANJUR G.
Procurador de la Administración.

/mder.