

Panamá, 9 de junio de 2004.

Su Excelencia
Fernando Gracia García
Ministro de Salud.
E. S. D.

Señor Ministro:

En uso de las facultades concedidas por los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 numeral 1, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a contestar su Nota N°. 0715-DMS/1144-DAL de 28 de abril 2004, a través de la cual nos consulta sobre la Revocación de la Resolución N°.037 de 6 de febrero de 2004, por el cual se reconocen las reclamaciones sobre escalafón salarial de Técnico en Radiología Médica, al señor ELÍAS MENACHO SANGUINETTI y la actualización de cambio de etapa salarial tomando en consideración el numeral 1 del artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que se refiere a la revocatoria de los actos administrativos”.

Para mejor comprensión de la situación sometida a nuestra opinión consideramos necesario expresar un recuento de las actuaciones que antecedieron la expedición del acto administrativo, sobre el cual recae la solicitud de revocatoria, veamos:

Antecedentes:

1. El señor Elías Menacho Sanguinetti, desde el 7 de marzo de 1967 **fue funcionario del Ministerio de Salud, asignado al Hospital Santo Tomás y actualmente pertenece a la estructura de personal de este hospital.**
2. El Ministerio de Salud, mediante Resolución 037 de 6 de febrero de 2004, reconoció las reclamaciones sobre el escalafón salarial del señor

Elías Menacho Sanguinetti, Técnico en Radiología Médica y ordenó la actualización inmediata de los cambios de etapa salarial.

3. Mediante Ley 4 de 10 de abril de 2000, se crea el Patronato del Hospital Santo Tomás, como una entidad de interés público y social sin fines de lucro, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía en su propio régimen administrativo, económico y funcional.
4. A través de nota 357-DMG-AL-HST-04 de 1 de abril de 2004, suscrita por el doctor Rodrigo Velarde, Director Médico del Hospital Santo Tomás, hizo referencia a la Resolución 037 de 2004 y manifestó lo siguiente:

- El señor Elías Menacho Sanguinetti, es funcionario del Hospital Santo Tomás desde el 7 de marzo de 1967.
- Que el señor Menacho en su calidad de secretario de la Asociación Nacional de Técnicos de Radiología Médica, **mediante nota s/n de 4 de septiembre de 2001**, dirigida al doctor Rodrigo Velarde, Director Médico del Hospital Santo Tomás, solicitó que se incluyeran en el presupuesto de 2002, las partidas presupuestarias, a fin de cancelarle los montos que se le adeudaban a los Técnicos de Radiología Médica del HST, por vigencia expirada.
- El Departamento de Recursos Humanos realizó una investigación en la que se encontró que el señor Elías Menacho estaba sobre evaluado, porque la categoría en la que actualmente se encuentra, no le corresponde.
- En base a lo anterior, se detectó que al señor Elías Menacho Sanguinetti, se le había pagado dinero de más en concepto de cambio de categorías, sobresueldos, bienales y otros, por un monto de sesenta y seis mil ciento treinta y tres con 50/100 (B/.66,133.50)
- Al entrar en vigencia la Ley 4 de 27 de marzo de 1981, que reglamenta el escalafón de los Técnicos en Radiología Médica, el Departamento de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, para clasificar al señor Menacho como técnico radiólogo tomó como válido un tiempo en que, de acuerdo al registro del hospital, el señor Menacho laboraba en el Departamento de Biomédica, por consiguiente no ejercía estas funciones.
- El señor Menacho, justificó ese tiempo alegando que durante esa época realizaba algunos turnos, durante los fines de semana, que le competían a técnicos en radiología médica. Esto/ os

turnos, que supuestamente hacía el señor Menacho, los realizaba en razón de que algunos técnicos le pagaban directamente a él para que les cubriera el turno. Sin embargo en el HST ni en el Ministerio de Salud, reposa documento alguno que sustente dicha situación, así como tampoco el pago de los mencionados turnos al señor Menacho.

- En virtud de la Ley 4 de 10 de abril de 2000, que crea el Patronato del Hospital Santo Tomás, cualquier reclamación que en este sentido haga un funcionario del Hospital Santo Tomás, debe ser conforme a las leyes y reglamentos que regula este Patronato, así como a través de las autoridades establecidas para este fin.
- **En la nota 147/ARH/DDIRH de 7 de abril de 2004**, el licenciado Rolando León; jefe del Departamento de Administración de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, informa que el señor MENACHO, pertenece a la estructura de personal del Hospital Santo Tomás, así como que **la transferencia de la estructura de personal del Ministerio de Salud al Patronato del Hospital Santo Tomás se formalizó en el presupuesto institucional que entró a regir a partir del 1 de enero de 2004.**
- Efectivamente, en virtud de la Ley 4 de 2000 y la transferencia de la estructura de personal, el señor Menacho sale de la estructura de personal del Ministerio de Salud al Hospital Santo Tomás, por lo que se hace necesario revocar la Resolución N°.037 de 2004.

Opinión legal del Ministerio de Salud

El artículo 62 de la Ley 38 de 2000 señala:

‘Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
2. Cuando el beneficiario de ella hay incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerlas;
3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

...”

Por lo antes expuesto, y en virtud del numeral 1 del artículo 62 de la Ley 38 de 2000, ese despacho es de opinión que el acto administrativo dictado por el Ministerio de Salud a favor del señor Elías Menacho debe ser revocado de oficio, toda vez que el mismo, pertenece a la estructura de personal del Patronato del Hospital Santo Tomás y no al Ministerio de Salud.

Opinión de la Procuraduría de la Administración

Como cuestión previa a emitir nuestro criterio jurídico, sobre la **viabilidad o no de la solicitud de revocatoria de la Resolución N° 037 de 6 de febrero de 2004**, es oportuno manifestar algunas consideraciones relacionadas con la temática de su consulta.

El acto administrativo, es definido por la Ley 38 de 31 de julio de 2000 como, la 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.

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

Con relación a la competencia, alegada en su consulta como causa expresa de revocatoria dispuesta en la Ley 38 de 2000, el mismo cuerpo legal lo define como: el conjunto de atribuciones que la Constitución Política, la ley o el reglamento asignan a una dependencia estatal o a un funcionario.

Por su parte, la doctrina administrativista sostiene, que la competencia es un elemento esencial para la validez y existencia del acto administrativo, por

razón de que la emisión de un acto sin la competencia o capacidad correspondiente causa su **nulidad absoluta**.

La validez trata del efecto de la perfecta adecuación y cumplimiento en la creación del acto administrativo, de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, lo cual de no cumplirse el acto nace viciado jurídicamente. De esa forma, la competencia es la materialización del principio de legalidad, toda vez que determina las obligaciones, derechos y facultades de quienes se encuentran ligados a la administración pública, constituyéndose en el actuar administrativo, *es decir que la competencia es responsabilidad de la administración* y no de los administrados.

En cuanto a la revocatoria del acto administrativo, debemos precisar en primera instancia que en nuestro sistema rige el **principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos**, consistente en que la administración pública **no puede revocar de oficio un acto en que reconozca o declare derechos a favor de terceros** es decir, no puede quedar al arbitrio de la administración la facultad de revocar sus propios actos cuando ya se ha reconocido derechos a terceros.

La Ley 38 de 31 de julio de 2000 contempla la excepción a la regla general de la irrevocabilidad de los actos administrativos, permitiendo que en ciertas situaciones excepcionales la administración de oficio, pueda revocar o anular un acto administrativo en firme que reconozca o declare derechos a favor de terceros. Entiéndase por revocatoria, **“la decisión adoptada por la autoridad competente que deja sin efecto un acto anterior”**.

En este sentido, el Diccionario Jurídico Espasa, sobre el término revocación expresa lo siguiente: “es el acto administrativo por el cual se deja sin efecto una delegación de competencias previamente establecidas, de manera que el órgano delegante vuelve a ejercer las que había delegado en el órgano inferior.” La excepción está contenida en el Artículo 62 de la Ley 38 de 2000:

“Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

1. Si fuese emitida sin competencia para ello;

2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y
4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del Personero o Personera Municipal, si aquélla es de carácter municipal; del Fiscal o de la Fiscal de Circuito, si es de carácter provincial; y de la Procuradora o del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes. En contra de la decisión de revocatoria o anulación, puede el interesado interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley”.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.”

Del texto de la norma citada, se extrae en primer lugar que la revocatoria o anulación de un acto administrativo que tiene como propósito fundamental extinguir un acto administrativo, puede darse por faltas incurridas por la propia administración, como es el caso de la indebida competencia, o cuando el titular del derecho aporta o presenta documentos falsos.

Varios son los elementos que se extraen de la supracitada norma, veamos:

- a. La revocatoria o anulación sólo procede contra un acto en firme.
- b. La revocatoria puede solicitarse **de oficio**, es decir, por la propia administración, o a **petición de parte interesada**.

c. Son causas de la revocación de oficio; la incompetencia de la autoridad que emitió el acto, la declaración o aportación de pruebas falsas por parte del titular del derecho, el consentimiento del titular del derecho para que revoque el acto y cuando así lo disponga una ley. En cuanto a la solicitud de parte interesada no se dispone de forma expresa que son las mismas causas, sólo debe ser por causa legal.

d. Para la revocación de un acto, es requisito contar con la opinión de una entidad pública, según corresponda (Personería Municipal, Fiscalía de Circuito o Procuraduría de la Administración).

En lo que respecta a la **indebida competencia**, cabe partir de la premisa de que estamos ante una situación que viola el principio de legalidad, donde la administración ha incurrido en un error de hecho o de derecho, y no ha habido participación del titular, desconociendo el principio de buena fe, la seguridad jurídica, estabilidad y permanencia de las decisiones de la administración pública.

Lo anterior cobra vigencia, con un pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se hace un estudio del principio de la buena fe, que rige en nuestro sistema jurídico. Así en sentencia de 18 de mayo de 2001, se expresa lo siguiente:

“al existir un derecho subjetivo, pues, en este caso fue conferido por actos propios de la administración, el administrado adquiere un derecho que crea una situación de exclusividad que podrá oponer contra la Administración en cuanto se exceda de sus funciones. Debe, pues la administración recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular sus propios actos que le confieren esos derechos.

...

La Sala ha manifestado en otras ocasiones que el principio de buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración... que consiste en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las

relaciones entre Administración y administrado, aquello no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir sus obligaciones”.

Con base en lo expuesto somos del criterio, que si el titular de un derecho subjetivo reconocido por la Administración, sin la debida competencia, **no manifiesta su consentimiento expreso y escrito** la administración no puede revocar unilateralmente, dicho acto sino deberá recurrir a la jurisdicción contenciosa, o iniciar el procedimiento administrativo de anulación contenido en el artículo 52 de la Ley 38 de 2000.

De aplicarse el proceso de anulación, se le debe brindar a las personas todas las garantías del debido proceso administrativo, propiciando con ello que con posterioridad si estas lo estimen conveniente, demanden su anulación utilizando, la correspondiente acción de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior es por razón de que la falta de competencia, es una causal de nulidad absoluta, que surge cuando la actuación administrativa incumple con alguno de los elementos propios naturales de la emisión del acto, como lo es la competencia que vulnera a todas luces el principio de legalidad. Sobre este punto es oportuno citar, una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, calendada 16 de abril de 2003, en el cual se hace un examen pormenorizado de la figura de la incompetencia, en los siguientes términos:

“Destáquese también que la competencia rebasada por la Dirección Nacional de Reforma Agraria se convierte en un vicio que afecta la nulidad del acto acusado, además de primariamente ir contra el principio de estricta legalidad.

La invalidez de un acto administrativo a raíz de la violación del factor competencial ha sido tratado con anterioridad por este Tribunal. **La falta de competencia es uno de los motivos de nulidad absoluta del acto administrativo que contiene la Ley 38 de 2000, en su artículo 52, numeral 2.. (El resaltado es de este Despacho)**

En sentencia de 23 de octubre de 1991, la Sala precisó los tipos de falta de competencia administrativa (incompetencia) de los agentes y entidades de la Administración Pública, siguiendo a Waline citado por Vedel y Devolvé (Derecho Administrativo, 1990, pp. 297-300). El Tribunal expresó al respecto lo siguiente:

"1.-Incompetencia por razón de la materia (ratione materiae). En este caso el agente es incompetente en razón del objeto de su acto y se presenta, sobre todo, cuando el agente o entidad administrativos realizan actividades sobre materias atribuidas a otras autoridades (Por ejemplo, si un funcionario de salud expide un acto regulando el pago de impuestos).

2.-Incompetencia por razón del lugar (ratione loci). Esta hipótesis se da cuando el funcionario o entidad administrativos toma una decisión o actúa fuera del ámbito geográfico que la ley le señala como marco de su actuación (Por ejemplo, si un Alcalde destituye a un funcionario de otro Municipio).

3.- Incompetencia por razón de tiempo (ratione temporis). Esta hipótesis se produce cuando un agente administrativo toma una decisión fuera del tiempo en el cual está habilitado para obrar. Así, por ejemplo, cuando un funcionario no obstante tener facultad para nombrar a un subalterno lo hace en forma anticipada a la fecha en que se ha de producir la vacante; cuando el agente toma una decisión con efectos retroactivos sin estar autorizado para ello; cuando se trata de cobrar un impuesto antes del término previsto para su pago.

Esta clasificación -colige el citado fallo- es importante en nuestra materia ya que el artículo 26 de la Ley 135 de 1943, reformado por el artículo 16 de la Ley 33 de 1946, señala que la falta de competencia del funcionario o de la entidad que haya emitido un acto administrativo puede darse en razón de cualquiera de los tres vicios de incompetencia arriba indicados". (Caso: Díaz, Villarreal & Asociados, en representación

de Rodolfo Guillén Vs. Resolución No. 4, de 10 de febrero de 1998, emitida por la Junta Técnica de Contabilidad. Magdo. Ponente: Adán Arnulfo Arjona). Como en aquellos asuntos, el presente caso consiste en que la dependencia oficial emisora del acto administrativo demandado ha incurrido en quebrantamiento del factor competencial para la emisión de éste. Se trata de incompetencia por el factor "*ratione materiae*", ya que la Dirección Nacional de Reforma Agraria no tiene atribuida mediante Ley la facultad específica de emitir o regular actos de adjudicación de áreas o terreros comprendidos en una faja de terreno de 200 metros de anchura hacia adentro de la costa en tierra firme; aunque sean tierras patrimoniales del MIDA, sin el previo concurso del Ministerio de Economía y Finanzas y los demás organismos oficiales participantes y cumpliendo con los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para la disposición de bienes públicos.

La facultad normativa y reglamentaria ejercida por la Dirección Nacional de Reforma Agraria carece de amparo en la facultad genérica de administrar sus bienes contenida en la Ley Orgánica del MIDA; y no puede ir en detrimento, hasta el punto de desconocer en su ejercicio, del principio de estricta legalidad, que constriñe a la función pública. Principio que fluye del artículo 18 constitucional, -hoy potenciado y reforzado específicamente por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo-.”

En resumen, ninguna entidad estatal puede revocar o anular de forma unilateral, un acto administrativo que se emitió sin la competencia, **salvo que el titular del derecho así lo consienta**. No obstante, puede iniciar un proceso de anulación, de conformidad con el numeral 2, artículo 52 de la Ley 38 de 2000 que dispone, que se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados por autoridades incompetentes, quedando de esta forma evidenciado que la anulación de pleno derecho es diferente a la

revocación, toda vez que la anulación debe surgir cuando la administración incumple con alguno de los elementos propios de ella.

En conclusión, este despacho es de la opinión que en el presente caso no procede la revocatoria unilateral de la Resolución N°.037 de 6 de febrero de 2004, por parte del Ministerio de Salud porque los actos administrativos que reconozcan un derecho como es el caso que nos ocupa, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, no puede ser revocado unilateralmente por la Administración.

Sin embargo, si el Ministerio de Salud estima que el acto se expidió prescindiendo de la debida competencia, y no puede obtener el consentimiento de la parte afectada, puede iniciar el procedimiento administrativo de anulación, contenido en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 38. En este procedimiento se debe brindar a las partes todas las garantías del debido proceso administrativo.

Recomendaciones:

1. Se recomienda al Ministerio de Salud y al Hospital Santo Tomás, coordinar una reunión con la parte afectada, para darle a conocer la presente situación, a efectos de proceder con los procedimientos administrativos del caso.
2. De no existir acuerdo con la parte afectada, indicarle que se le brindará todas las garantías del debido proceso administrativo, pudiendo ejercer las acciones legales que estime oportuna ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de no compartir la decisión de la administración.

Esperamos de esta forma haber colaborado atinadamente con su despacho.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch.

