

Panamá, 29 de octubre de 2004.

Doctora

BELLATRIZ BERROCAL

Directora Médica de la Región de Salud de
San Miguelito, las Cumbres y Chilibre

E. S. D.

Señora Directora Médica:

Damos respuesta a la nota No.292-2004-DM/RSSM a través de la cual su antecesor en el cargo Doctor Manuel Cambra tuvo a bien elevar consulta a este despacho sobre los temas de delegación, ratificación, reconsideración, nulidad absoluta y revocatoria de actos administrativos, en virtud de que estos temas son de vital importancia en las funciones y actuaciones de los Directores Regionales de Salud.

El punto central de su consulta radica en que según su opinión son pocas las facultades legales otorgadas a los Directores Regionales de Salud para adoptar medidas urgentes, tales como clausurar establecimientos que no cumplen con las disposiciones sanitarias en franca violación de las normas de salud pública. Todo lo cual se agrava en períodos de fiestas populares, en los que se realizan operativos detectando situaciones anómalas que por la falta de competencia no se pueden corregir en plazos perentorios.

En tal sentido, sus consultas concretamente dicen:

1. ¿Puede el Director General de Salud Pública delegar en los Directores Regionales de Salud funciones que le son propias, sobre sanciones y/o medidas preventivas tales como clausura, multas, decomisos, etc.,?
2. ¿Puede el Director General de Salud Pública ratificar una actuación de un regional en ejercicio de las funciones de su superior, sin que pierda validez?

3. Si procede la delegación, ¿a quién compete surtir un recurso de reconsideración en contra de un acto del delegado, el delegado o el delegante, considerando la vigencia o no de la resolución de delegación?
4. Procede la nulidad parcial?
5. Procede la nulidad absoluta sin considerar la opinión de la Procuraduría de la Administración, a la luz del artículo 62 de la Ley 38 de 2000?
6. Ante el dictamen del Señor Ministro, ¿procede insistir en que la competencia es del Director General de Salud Pública o remitir el expediente a la Procuraduría para su opinión?

Veamos los conceptos consultados, por separado por ser de alta trascendencia administrativa, en ese orden comenzaremos por el concepto de delegación administrativa y el enfoque que se maneja en nuestro derecho público.

Sobre la delegación de funciones, es importante tener presente que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la Ley expresamente les autoriza, ya que, de lo contrario, pueden ser procesados por extralimitación de funciones.

En cuanto a la función pública que deben cumplir los servidores públicos al servicio del Estado, **la regla general es que los mismos deben cumplir personalmente los deberes inherentes al cargo que ostentan de conformidad a la parte final del artículo 297 de la Constitución Nacional.** (Resalta y Subraya este despacho)

En virtud de esta máxima constitucional es fundamental que la delegación de funciones esté prevista en una Ley formal de manera general o específica. De ahí la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa.

De allí que, la delegación de funciones sea una facultad reglada, es decir, sólo la Ley permite en qué situaciones o supuestos puede delegarse la función que la Ley le asigna a todo servidor público.

Sobre este tema de la delegación de funciones o de competencia, como también se le llama en la doctrina, nos permitimos citar el concepto que nos ofrece el tratadista Emilio Fernández Vásquez, quien afirma:

“Desde el punto de vista administrativo, hay delegación de competencia cuando un funcionario confiere a sus inferiores jerárquicos alguna de las atribuciones a él asignadas por la ley, a fin de asegurar la celeridad,

economía, sencillez y eficacia de los trámites administrativos. La delegación, para ser válida, debe estar autorizada por ley.

El ejercicio de la competencia constituye, en principio, una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuviere expresamente autorizada.”¹

De igual forma el Doctor César Quintero, conocido jurista panameño, al referirse a este tema administrativo nos dice que: “...ningún funcionario público puede delegar en otro o en otra persona, ninguna de sus funciones, ni partes de alguna de éstas, a menos que la ley lo autorice expresamente para ello. Y un sano principio de buena administración aconseja que las leyes sean parcas en esto de autorizar delegaciones administrativas, pues “sólo debe hacerse de manera especial”.²

Luego de revisar la Ley Número 66 de 10 de noviembre de 1947, por la cual se aprueba el Código Sanitario, que regula los asuntos relacionados con la salubridad e higiene pública, hemos podido verificar que en cuanto a la delegación de funciones, para efectos de esta Ley sólo es viable en materia de municipios, o sea, que las municipalidades deben cumplir y hacer cumplir disposiciones relativas a higiene y policía sanitaria local, dentro de sus territorios, mandato que es expreso. (Cfr. Artículos 96 a 100-Ley 66).

El artículo 19 de la citada Ley, otorga competencia ejecutiva y de fiscalización de todas las actividades de salud pública a los servicios sanitarios provinciales, dentro de su jurisdicción. Lo que se traduce en que ha sido la intención del legislador otorgar facultades de ejecución a las autoridades que estén en conocimiento y manejo de situaciones que afecten la salud pública en general y en su jurisdicción en particular. Esto semánticamente, lleva como fundamento la utilización del adjetivo “**Ejecutiva**”, que quiere decir que no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución. Que ejecuta o hace una cosa. Persona que tiene cargo directivo en una empresa.³ Tal acepción permite sostener que al otorgar la norma “funciones ejecutivas”, lo que quiere decir es que las autoridades investidas como tales, en este caso el de servicios sanitarios provinciales o el director regional, tiene funciones de ejecución, esto es, al enfrentar diversos problemas que pudieran presentarse en razón de la materia que les compete conocer, por su naturaleza, deben tomar decisiones de inmediato que no pueden esperar como define la doctrina a este tipo de funciones. Sin embargo, éstas guardan relación con las facultades expresamente conferidas y hacia aquellas que no han sido autorizadas.

¹ Diccionario de Administración Pública. Constitucional y Fiscal. Edit. Astrea. Buenos Aires. 1981. Pág. 195.

² QUINTERO, César. DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I. 1967. Panamá. Página 586.

³ Diccionario Enciclopédico OCÉANO. Barcelona, España. Página 556.

Dentro del mismo orden de ideas, el artículo 22 de la excerta bajo estudio, señala la jerarquía de cargos y funciones, y es posible que el Subdirector de Salud Pública pueda reemplazar cuando sea necesario al Director General durante sus ausencias o en caso de delegación. Ello, indudablemente, indica que en materia de salud existen momentos y circunstancias en que deben asumirse responsabilidades, siempre que medien razones de peso y justificadas, en las que el subdirector puede reemplazar al Director General.

En cuanto a las sanciones que puedan imponerse en materia de salud pública, el artículo 219 de la excerta in exámine, es categórica al señalar las autoridades facultadas para establecer y conocer de tales infracciones, cuyo contenido es del tenor siguiente:

“ARTÍCULO 219. Son autoridades con derecho a establecer y conocer la existencia de infracciones:

1. Los jefes de unidades sanitarias y los directores de oficina de higiene municipal a que se refiere el artículo 96, para las infracciones de reglamentos y acuerdos de carácter local y cuando las multas que pudieran resultar no pasen de B/.50.00 o el valor del comiso no sea superior a B/.100.00;
2. Los jefes sanitarios provinciales, en los mismos casos y cuando la multa que pudiera resultar no pase de B/.100.00 o el comiso no tenga valor superior de B/.50.00;
3. Los jefes de servicios y campañas de carácter nacional en los asuntos relacionados con sus actividades específicas;
4. El Director de Salud Pública, en todos los casos de contravención de disposiciones de carácter nacional, en que la multa que pudiere resultar sea mayor de B/100.00, o en que exista clausura, o decomiso de valor superior a B/.50.00.”

Se extrae de este texto lo que se plantea en la presente consulta y es que la Ley 66 al referirse a los Jefes Sanitarios Provinciales, lo hace refiriéndose a los que actualmente se denominan Directores Regionales, a quienes **sólo** faculta para imponer multa hasta B/.100.00 y de aplicar el comiso hasta B/.50.00 dentro de la jurisdicción que le corresponde, así por ejemplo el Director Regional de Salud de Veraguas, está autorizado para actuar dentro de la jurisdicción de la provincia. De manera que éstos funcionarios **únicamente** pueden imponer la multa que señala la Ley, esto es, la suma señalada respetando el principio de legalidad, pues las multas superiores corresponderá al Director de Salud Pública imponerlas.

Esta disposición es corroborada en el contenido del artículo 221 de la Ley bajo estudio y la forma como han de aplicarse las mismas está recogida en el artículo 224.

Esta por demás decir, que las autoridades de policía administrativas así como otras autoridades públicas deberán prestar apoyo a las autoridades sanitarias, ya que así lo establecen los artículos 225 y 226, al referirse al apoyo que deben brindar el resto de las autoridades a los jefes de salud pública en el desarrollo de sus funciones.

En cuanto al término de RATIFICACIÓN, *dícese de la aprobación de un acto ajeno relativo a cosas o derechos propios. Confirmación de un dicho o hecho propio o que se acepta como tal. Reiteración del consentimiento.*⁴

Para mejor ilustración, de acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental actualizado por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, por ratificación, entre otras acepciones, debe entenderse la "Aprobación de un acto ajeno relativo a cosas o derechos propios. /Confirmación de un dicho o hecho propio o que se acepta como tal./ Insistencia en una manifestación./ Reiteración del consentimiento./ Declaración aprobatoria del hecho o resolución del inferior".⁵

Se desprende de lo anterior que la expresión ratificar constituye la aprobación o confirmación de un acto, mientras que a contrario sensu, no ratificar es improbar o no dar el consentimiento al acto.

Lo que dice relación con los efectos jurídicos de los actos administrativos que suscriba el jefe de salud, sobre este punto, se hace necesario referirnos al principio de legalidad o legitimidad del acto administrativo, que no es más que la presunción de validez del mismo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

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."

En el caso de los jefes de salud encargados temporalmente, todos los actos administrativos que suscriba dicho funcionario, se presumen válidos hasta tanto sean declarados ilegales por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, previa presentación de demanda en cada caso correspondiente.

⁴ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 1994. Pág. 824.

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edit. Heliasta, S.R.L., 12a. edición, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 337.

Deducimos que la inquietud de la Consulta pudiera estar basada en el hecho de que no se diese la ratificación del funcionario encargado de parte de las autoridades superiores; en ese supuesto, los actos administrativos emitidos gozan igualmente de la presunción de legitimidad que los emitidos por las autoridades de iure, por tanto deberán hacerse valer, ya que el hecho de que no se le ratifique en el cargo no produce de manera automática la nulidad de lo actuado por razones de competencia.

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..."

El tema de los recursos o medios impugnativos y su resolución, se regula en los artículos 168 y 169 de la Ley N°.38 de 31 de julio de 2000.

En este sentido, veamos lo que establece el artículo 168 y 169 de la citada Ley:

"Artículo 168. El recurso de reconsideración podrá ser interpuesto dentro de los cinco días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución de primera o única instancia".

" Artículo 169. Una vez interpuesto el recurso señalado en el artículo anterior, la autoridad de primera instancia dará en traslado el escrito del recurrente a la contraparte, por el término de cinco días hábiles, para que presente objeciones o se pronuncie sobre la pretensión del recurrente.

En el evento de que no exista contraparte en el proceso, la autoridad decidirá el recurso por lo que conste de autos, salvo que existan hechos o puntos oscuros que resulten indispensables aclarar para efectos de la decisión que debe adoptarse, en cuyo caso la autoridad ordenará que se practiquen las pruebas conducentes a ese propósito, dentro de un término que no excederá de quince días hábiles".

Ahora bien, el asunto objeto de la presente consulta es la confusión que se da cuando media la delegación, a quién compete surtir la reconsideración si al delegado o al delegante.

Es oportuno indicar que el numeral 1, del artículo 166 de la Ley N°.38 señala que el mismo se interpone ante el funcionario administrativo de la primera instancia o única instancia, para que aclare, modifique, revoque o anule la resolución, por lo que al ser una función delegada corresponderá al titular de la función resolver el recurso, en atención a los antecedentes que reposen en el expediente y al referente del funcionario encargado, pues así lo ha aceptado la doctrina más autorizada en materia administrativa. (Ver, Derecho Administrativo. Roberto Dromí)

En cuanto a la Nulidad Absoluta y la Revocatoria del acto administrativo es necesario hacer una distinción entre ambos conceptos, puesto que no se trata de lo mismo.

Para hablar de que se produzca la nulidad absoluta, según nuestro derecho positivo es necesario que se den los presupuestos que enumera el artículo 52 de la Ley 38, a saber:

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

Fuera de los casos señalados en el precepto anterior, será anulable conforme a las normas contenidas en esta Ley, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Señala la ley, que la nulidad se decretará para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso.

En tanto que, la Revocatoria de los Actos Administrativos procede de oficio cuando se enmarca en los supuestos que indica la Ley, contenida en el artículo 62 que recoge dicha figura jurídica:

“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 consciente 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 al Personero o Personera Municipal, si aquella 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.

...

Como observa se trata de dos procedimientos distintos que no deben confundirse. Si bien existe un efecto común, o sea anular el acto emitido en sede administrativa.

De manera que, para decretar la nulidad absoluta del acto basta que se configuren los supuestos que señala la ley, mientras que para que proceda la revocatoria del acto es menester la opinión del Personero/a; Fiscal de Circuito y la Procuradora o el Procurador de la Administración según sea, municipal, provincial o nacional, opinión sin la cual no puede adoptarse la medida de revocatoria.

Así, entonces en este caso el recurso de reconsideración debe presentarse ante la autoridad que emitió el acto, si se trata de un funcionario que reemplaza a otro y ha terminado su periodo de reemplazo, el titular puede perfectamente surtir el recurso interpuesto. Si el acto adolece de los vicios que preceptúa el citado artículo 52, es nulo de nulidad absoluta, por señalarlo de manera expresa la Ley y si lo que la administración desea es solicitar de oficio la revocatoria del acto porque en ella se declaran o reconocen derechos a favor de terceros, entonces deberá encontrarse en algún supuesto enumerado por el artículo 62 y solicitar la opinión de las autoridades que señala la disposición de manera expresa, para que proceda dicha revocatoria.

De modo que, si la administración estima que expidió un acto con prescindencia de la debida competencia, y no puede obtener el consentimiento de las personas que se puedan ver afectadas; no le está permitido revocar unilateralmente el acto; sino iniciar el procedimiento administrativo de anulación, contemplado en el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 38. En este procedimiento se le debe brindar a

las personas todas las garantías del debido proceso administrativo. Propiciando con ello que dichos sujetos demanden su anulación, utilizando la correspondiente acción de ilegalidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tal como ya ha expresado este Despacho en C-210 de 31 de agosto de 2001, la cual se adjunto como referencia.

En cuanto a las penas y las sanciones, deben ser aplicadas conforme lo indicado por la Ley, puesto que en nuestro sistema rige el principio de legalidad, el cual estatuye que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución y la Ley, y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Sabemos que la Ley 66 de 10 de noviembre de 1947, data de otra época, distinta a la actual, razón por lo que no se adecua en muchos casos a la realidad cambiante que impera en nuestra sociedad y estado de derecho, sin embargo, es imperioso en nuestro sistema el respeto a la legalidad como principio cardinal del actuar público, puesto que garantiza seguridad, credibilidad y confianza en el sistema gubernamental.

En tal sentido, ha dicho el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 2 de enero de 1997, lo que a continuación copiamos:

“Es preciso señalar, que la actividad administrativa se caracteriza por ejecutar la Ley, a través de actos y operaciones administrativas que facultan las reglamentaciones correspondientes de allí pues, que el funcionario público sólo puede realizar aquello que la ley expresamente le permite, de allí que cualquier incumplimiento a sus deberes puede ser considerada en un momento dado por el juzgador como abuso de poder o desviación de poder.

Al respecto, Silvio Ranieri en Manual de Derecho penal, se refiere al abuso del poder, en los siguientes términos: “se tiene propiamente abuso de facultades inherentes a las funciones cuando el funcionario público, ora excede los límites de su competencia, ora obra fuera de los casos establecidos por la ley en relación con el tiempo, el lugar o las circunstancias, ora no observa las formalidades legales prescritas, ora excede sus facultades discrecionales, es decir, obra por un fin distinto de aquel para el cual se le concedió el poder discrecional (desviación de poder).”⁶

Se desprende de la jurisprudencia nacional copiada que el funcionario público sólo puede hacer aquello que le autoriza la ley, de allí que no es posible que el Director General de Salud delegue funciones que les son propias, salvo que sea la misma ley así lo autorice. Como bien ha manifestado nuestra máxima corporación de justicia cualquier incumplimiento a los deberes del servidor público puede ser

⁶ Ver, SENTENCIA de 2 de enero de 1997. PLENO de la Corte Suprema de Justicia. Acción de Inconstitucionalidad.

considerada en un momento dado por el juzgador como abuso de poder o desviación de poder.

En resumen concluimos y recomendamos lo siguiente:

PRIMERO: Las autoridades antes de delegar funciones deben consultar con los asesores de la institución, si es viable dentro de la regulación institucional de que se trate, acogerse a la figura de la delegación.

SEGUNDO: Comprender que dentro del servicio público es fundamental el cumplimiento del **principio de legalidad**, que rige en nuestro sistema por ordenamiento constitucional y legal, artículo 18 de la Constitución Política y artículo 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

TERCERO: La Nulidad Absoluta y la Revocatoria del acto administrativo, son figuras distintas consagradas por tanto en normas diferentes, **QUE NO DEBEN CONFUNDIRSE**, no obstante se orientan a un efecto común, **anular o dejar sin efecto el acto administrativo emitido en sede administrativa**, pero cada una con un procedimiento distinto que señala la propia Ley.

CUARTO: Considero la revisión del Código Sanitario en su totalidad, a fin de adecuar las normas del sistema de Salud Pública a las necesidades y a los problemas actuales.

En estos términos dejo externada la opinión solicitada, esperando con los conceptos explicados haber satisfecho las inquietudes presentadas, atentamente,

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/16/cch.