

Inactividad de la Administración y su control judicial

Por: Javier E. Sheffer Tuñón

Concepto lato, común y pragmático de Administración Pública

Me corresponde hablarles en este Congreso Paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre la Inactividad de la Administración de cara a las garantías y derechos que tienen los particulares frente a este sector del aparato público, siempre presente en la vida de los asociados, no como cuestión de voluntad, sino por imperativo de la organización social, en el Estado, cultura o pueblo de que se trate, sometido, claro está, a la Constitución y a las reglas del Derecho; en pocas palabras, al imperio de la Ley.

La Administración Pública, en su sentido lato, comprende a todas las ramas del poder público¹ y por ende a las dependencias de éstas, entidades descentralizadas (territorialmente y por funciones) e instituciones públicas en general. Comúnmente, el ciudadano inconscientemente habla o se refiere al Gobierno², a esa parcela del poder público que él ha delegado en unos representantes elegidos o designados, perdiendo de vista que el Gobierno es un concepto político jurídico, temporal y muy restringido³, si es que a la Administración Pública o a las Administraciones Públicas, es a lo que verdaderamente se quiere aludir.

Por ello es que el Gobierno conveniente o inconvenientemente se le atribuye al Órgano Ejecutivo; pero esta forma de ver las cosas es realmente sesgada porque deja de

¹ El Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica crea una ficción en su artículo primero para los fines del control de legalidad, y entiende por ello como Administración Pública a la Administración central, los poderes Legislativo y Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas; agrega a la Administración descentralizada institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho Público.

² Según la Ley 38 de 2000 (Art. 201, numeral 8), la Administración Pública, es definida de modo objetivo y de manera subjetiva de la siguiente forma: “Desde el punto de vista *objetivo*, es el conjunto de actividades heterogéneas que tienen por finalidad lograr el bienestar social, como son la prestación de servicios públicos, medidas de estímulo a las actividades sociales y medidas de frenos a dichas actividades. Desde un punto de vista *subjetivo*, es el conjunto de organismos o dependencias estatales que forman parte del Órgano Ejecutivo, cuya actividad está encaminada a lograr el bienestar social. *Dentro de este Órgano del Estado, se excluye la actividad de gobierno, que es una actividad netamente política*”.

³ Para el catedrático Sánchez Morón “Gobierno y Administración no son la misma cosa (STC 204/1992, de 26 de noviembre, entre otras), pues la Administración, bajo la superior dirección de aquél, está llamada a cumplir una función propia, institucional, de servicio de los intereses generales con objetividad (art. 103 CE). Habrá de hacerlo ciertamente, cumpliendo las leyes y también las directrices o instrucciones y objetivos que le fijen los órganos políticos y con fidelidad hacia éstos. Sin embargo, en el ejercicio de su función ha de obrar con criterios no partidistas, sino objetivos e impersonales, de legalidad y eficacia. En conexión con este esquema institucional, lo primero que el artículo 103 CE garantiza es que el personal al servicio de la Administración tiene y debe seguir teniendo un estatuto profesional.

Esta profesionalidad de la función pública, por contraposición a los órganos de elección o designación política (lo que no quiere decir, obviamente, que sus titulares no puedan ser buenos profesionales, pues muchos de ellos se nombran también teniendo en cuenta su capacidad y experiencia en tareas administrativas), se refleja precisamente en algunos de los aspectos esenciales del estatuto a que se refiere el artículo 103.3 CE. En particular, en los criterios de mérito y capacidad como los únicos que deben regir el acceso a la función pública y en la garantía de la imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones”. **SÁNCHEZ MORÓN**, Miguel. Derecho de la función pública, Editorial Tecnos, 5ta. edición, Madrid, 2008, p.46.

contemplar el abanico de prestaciones, derechos o garantías que tiene a su haber el particular, que no son exclusivas e incluso son ajena a las prestaciones o competencias de este ente. Como corolario, esta forma de focalizar en el ejecutivo sirve para imputarle, más o menos justificadamente, todas las demandas o la mayoría de las posibles soluciones a los problemas que aquejan a la población en general, o a determinados sectores sociales producto de las promesas de campañas políticas (extremadamente dadivas en nuestro querido terruño y hasta quiméricas), ya sean éstas anheladas por estratos deprimidos (como barriadas o caseríos marginales, invasores, precaristas), o las expectativas del sector social medio o las de los económicamente más pudientes, que constituyen el grueso de las economías de los países acuñados bajo el signo capitalista o del mercado libre.

Para el sector financiero y para los financieros la Administración del Estado, por ejemplo, viene a ser aquel sujeto que permite la mayor y más fácil operación del tráfico de dinero y las transacciones bancarias. Panamá es un centro bancario de un nivel apreciable en los mercados internacionales. Hoy en día se plantea la revisión del sistema debido a su consideración por la OCDE de paraíso fiscal, junto a un no muy predilecto número de otros países en la mira de dicho organismo.

¿Qué connotación de servicio público es el que se requiere o necesita la sociedad concreta?

La pregunta es oportuna por cuanto los días que corren y desde hace algunos lustros atrás existe la arremetida de lo que se dio en llamar neoliberalización, proceso socio-económico, por demás complejo, que todavía registra las huellas de sus efectos en todo sentido (positivos y negativos); pero que a la postre ha supuesto una prestación de servicios públicos de contenido económico (telecomunicaciones, electricidad, agua potable, hidrocarburos, etc.), en sociedades que han escogido el modelo o las recetas de los organismos multilaterales de crédito, regentados a través de la fórmula concesional, por empresas multinacionales o coligadas con las “nativas”, bajo el prisma de facilitar la desregulación y la concurrencia al mercado.

Visto aisladamente esto significa un gran negocio en nuestros países latinoamericanos, que no corren parejo en cuanto al desarrollo económico; pero que sí tienen hondas similitudes en los indicadores de pobreza y la cobertura de los servicios públicos básicos, que ahora son prestados por los cotizadores de la bolsa internacional.

Por ello es necesario el replanteamiento del tipo de servicio público más ligado a nuestra idiosincrasia, de utilidad para ésta, sin que ello signifique el culto a la misantropía o xenofobia, o descarte de la experiencia anterior⁴ en la evolución de la “categoría”⁵. Un

⁴ Al respecto Rojas Franco tras afirmar que la noción del servicio público es histórica y por tanto su “...concepto cambiante como es, debe buscarse en el marco de los fines generales del Estado, en cada tiempo y lugar, sin que por inaugurar una nueva tesis, se desprecien y olviden las añejas como su eterna y perenne esencia...” **ROJAS FRANCO**, Enrique. Las nociones contemporáneas del servicio público y su regulación por las agencias, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, No. 3, 2003, p. 51.

⁵ Dentro de este contexto y hacia la búsqueda de nuevas concepciones que respeten la identidad latinoamericana, es posible intuir la necesidad de las nuevas perspectivas que supone la atención a las necesidades sociales pero bajo el prisma de lo apropiado, sin recetas prefabricadas que no se ajusten a nuestro

ejemplo que corre en ese sentido es el que nos reseña Jaime Rodríguez-Arana, para el caso de la Unión Europea.

El autor refiere al *servicio público universal* “que es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica... y agrega que, según el derecho comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico”.⁶

Este servicio público universal es reseñado en el Libro Verde de la Comisión Europea, al igual que distingue entre cinco (5) conceptos, tales como: Servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa pública⁷. Aún no se vislumbra un acuerdo teórico doctrinal sobre estas nociones; pero lo importante que deseo reseñar es la búsqueda de la pertinencia de conceptos que sean cónsonos con la salud y el beneficio de la colectividad, sin que importe significativamente que la prestación del servicio sea por el ente público o un concesionario.

Como se plantea, la Administración Pública, a contra partida de los Gobiernos, es permanente o constante, y está de modo ineludible vinculada a los quehaceres del diario vivir. De ella el conglomerado, los grupos intermedios (usuarios y asociaciones de consumidores, la “sociedad civil” organizada) y por qué no el individuo aisladamente considerado (el sujeto de derechos y obligaciones), requieren prestaciones; pero no cualquier tipo de prestación o beneficio de parte del prestador; sino servicios con la accesibilidad, amplitud, extensión, regularidad y calidad debidas. Que tome en cuenta la *dignidad* de la persona humana y refleje los signos del desarrollo económico, el impacto de las inversiones públicas (carreteras, puentes, transporte público seguro y eficiente, telecomunicaciones, programas para adquirir vivienda o una parcela de tierra para constituir familia propia, suministro de agua potable, electricidad, atención médica y adquisición de medicamentos, etc.).

He aquí el punto medular: el por qué o para qué de la intervención de la Administración. Esto es lo que los conocedores doctrinarios de la gerencia pública y del Derecho Administrativo han entendido que ésta tiene un carácter instrumental, servicial; no es un fin u objetivo en sí misma de la organización social sino una herramienta o medio para

malestar, incluso si ello supone, como es lógico pensar, el cambio o por lo menos la modificación sustancial del paradigma hasta ahora vigente. Por ello comulgo con la opinión de Rodríguez-Arana cuando comenta que “algunos autores piensan que la pérdida de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al derecho administrativo. Quienes así piensan... no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio público de interés general, o el del servicio público de interés económico general el derecho administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido... se trata de registrar el nacimiento de un nuevo derecho administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba Von Ihering, la mejor regulación del interés general”, Cf. “Ars Iuris”, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, p. 279.

⁶ **RODRÍGUEZ-ARANA**, Jaime. El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas Perspectivas, en “AIDA, Ópera Prima de Derecho Administrativo”, Opus No. 3, enero-junio de 2008, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, p. 310.

⁷ Ibídem, p. 309.

obtener objetivos de utilidad colectiva o pública, en que resuena el interés público o bien común.

Sobre el concepto de *interés público* vale acotar lo que ha reseñado la Sala Tercera de la Corte Suprema, con ocasión de los contratos administrativos⁸, toda vez que esa connotación especial es la que sigue prevaleciendo en nuestro régimen de contratación estatal, pese a que ha recibido acentuadas modificaciones a través de la Ley 56 de 1995 y la actual Ley 22 de 2006, que sustituyó a la primera. Con el régimen contractual implantado por la Ley 56 se apostaba a la “huida del derecho administrativo”; pero el paso del tiempo y las necesidades de un sistema de *transparencia* en la disposición de fondos y bienes públicos, que esté presente en el procedimiento precontractual y luego en la etapa de cumplimiento del contrato celebrado entre el contratista y el Estado, da lugar a pensar y reconocer conforme a esa realidad, que es imperioso mantener la vigencia de las cláusulas exorbitantes que estos contratos suelen contener⁹; sin que ello suponga un abuso o desequilibrio contractual en perjuicio del cocontratante, que de presentarse puede ser objeto de control mediante el contencioso administrativo.

⁸ En sentencia de 15 de diciembre de 1995, la Sala Tercera expresó al respecto: “Sobre el interés público como nota característica en los contratos administrativos ESCOLA manifiesta, que ‘los contratos administrativos, siendo como son una parte o forma de la actividad administrativa, tienen una finalidad específica y propia, distinta de la que es inherente a la generalidad de los contratos de derecho privado, y que no es otra que la satisfacción y el logro del interés público, de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad, precisamente, la que les da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que le son específicos.’ (ESCOLA, Jorge Héctor. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1989. pág. 160).

Como contrato administrativo que es, al Contrato N° F. P. 85-714 del 25 de julio de 1985 le son aplicables las normas del Código Fiscal y las disposiciones orgánicas de los entes públicos cuyos representantes legales intervinieron en la formación del contrato, de acuerdo con el artículo 64 del aludido Código, que menciona a manera de ejemplo algunos de los contratos administrativos que deben sujetarse a sus disposiciones. El artículo 64 recién mencionado, dispone claramente que las disposiciones de derecho privado, como las que el demandante cita en su libelo, pueden aplicarse siempre que no se opongan al interés público (literal b) y, en el presente caso, es evidente que tales normas son contrarias al mismo, pues, a través de las ellas se pretende la reincorporación de un funcionario a un cargo que sólo puede llenarse mediante concurso, que sí le exige al resto de los galenos y obviando por completo el hecho de que el Doctor GUELFI AGUILAR completó su segundo período de residencia al concluir sus estudios de Maestría en Psiquiatría mientras ocupaba el cargo de Médico Residente”. Caso: Jorge Lombardo, actuando en nombre y representación del señor FRANK ULISES GUELFI AGUILAR, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo en que incurrió el señor Ministro de Salud al no resolver las peticiones hechas mediante Nota del 1º de agosto de 1994 y para que se hagan otras declaraciones. MP. Mirtza de Aguilera.

⁹Dromi señala que los “principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el **interés público** el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las ‘cláusulas exorbitantes al derecho común’ que éste contiene. En suma, señala este autor argentino, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan en la **desigualdad jurídica de los contratantes** y en las **cláusulas exorbitantes del derecho común**”. DROMI, José Roberto. La licitación pública, 4ta. reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 80.

El carácter de permanencia y regularidad de la Administración en nada supone su anquilosamiento a modelos pétreos o costumbres burocratizadas; antes bien implica el motor cambiante y a tono con las exigencias de todos los interlocutores sociales, sobre todo en este mundo contemporáneo sometido a los más volátiles y vertiginosos cambios, que exigen del Derecho Administrativo eficiencia y un adecuado ajuste; pero más que todo pertinencia de las herramientas con que se hacen los ajustes que requiere toda modificación. Ésta es la idea más sensible de la movilidad de la Administración, de su carácter orgánico, de un ente viviente, y directamente estimulada por el fin constitucional que le sirve de sustrato o apoyo para su magna actividad y tareas.

Decir, por ejemplo, que la Administración *sirve con objetividad los intereses generales*, como pregonó la Constitución española, es una descripción más atinada que la que contiene nuestra Constitución en su artículo 17, que por cierto viene a parafrasear un objetivo previsto desde antaño por el Código Administrativo, en cuanto a que las autoridades están instituidas para proteger en su vida honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren, como a los extranjeros que estén en su territorio, además de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República.

Resulta más propia que la nuestra en cuanto comunica más allá de la legalidad a la que se restringe la Carta Magna panameña, la idea que no importa el sector social del que se trate, a éste le corresponde una cuota equitativa de estímulo de las políticas públicas para apoyar su avance o desarrollo, fundado en el concepto, por lo menos teórico, de compartir la riqueza social generada.

El sujeto central: La persona humana

Los derechos humanos ocupan un papel importante toda vez que si el centro o beneficiario principal del servicio de la Administración es el ser humano, habría que considerar la forma cómo la inactividad de aquélla incide sobre tales derechos, que la ciencia jurídica califica como humanos o fundamentales, integrados en el patrimonio de toda persona por el solo hecho de serlo, y que merecen una tutela frente a la *inactividad* de la Administración, cuando ésta, se presenta, se hace patente en las formas que fuere, lesionando esa aspirada tuición y, sobre todo, los intereses y necesidades de los concernidos.

La Administración servicial, estimuladora de la producción de bienes y servicios o simplemente ante una función prestacional como el debido goce de un procedimiento administrativo eficiente y de duración razonable, constituyen elementos esenciales en el Estado de Derecho.

Qué recurso cabe al individuo o grupo de personas ante la carencia en la prestación del servicio público de transporte en el área en la que residen; ante la tragedia que supone transitar en automóvil o a pie diariamente por calles que son como cráteres y ocasionan daños mecánicos a los vehículos, hechos que como contrapartida justifican el clásico “no voy” de los taxistas, entre otros muchos déficit en la ejecución de obras de indudable interés colectivo o general.

Las formas de controlar la inactividad administrativa sigue preocupando no sólo a los académicos que procuran encauzar dentro de la legalidad incluso la inacción o pasividad administrativa, si ésta es generadora de afectación a terceros.

Tradicionalmente se ha hecho una escisión entre inactividad material e inactividad formal, no porque sean incompatibles entre sí; la realidad demuestra lo contrario porque pueden coexistir.

1. Inactividad material

Es un no hacer del ente público, una pasividad que desdice del *liderazgo*, la eficiencia y eficacia que como principios, entre otros, presiden la gestión pública.

Por cierto, este tipo de inactividad está muy difundida en nuestros pueblos; no se limita a la omisión o defectos en la construcción de obras (con lo que se suple un servicio a la población) sino que puede consistir en la abstención de proveer las medidas de fomento o estímulo que el plan de desarrollo o inversión pública contempla, por ejemplo, para el agro, la industria o el comercio en general.

La inactividad material incluye el simple concepto material de la omisión, el no hacer, como señala Nanclares Torres¹⁰. La omisión no sólo puede estar ligada a la rama ejecutiva sino además a todos aquellos organismos públicos y personas privadas, cuando éstas ejercen funciones administrativas.¹¹

Entiendo que cada vez que haya la ocasión de que la Administración salve o suprima un obstáculo para la buena marcha del sector o grupo social que corresponda, o respeto de los derechos o intereses legítimos de la persona individualmente considerada, estamos en presencia de una inactividad de tipo material, sobre todo si existen normas constitucionales, legales o reglamentarias, un acto de contenido individual, contrato o convenio, que así lo impelen, por lo menos, como principio.

Y aquí aludo a las disposiciones programáticas o normas programa de la Constitución, muy comunes en nuestras extensas constituciones latinoamericanas, que incluyen un recetario prolífico de cometidos institucionales de claro contenido prestacional material y aun cultural, como promoción del pleno empleo, eliminación del faltante habitacional, gratuitad de la educación básica, salud integral para la población. Tal es el ejemplo de la reciente Carta de nuestro hermano país Ecuador, que contiene un título sobre el “*Régimen del Buen Vivir*” como haber de los ecuatorianos, que implica todo un sistema en el que se articula un plan de desarrollo nacional y de descentralización participativa, guiado por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no

¹⁰ Cf. **NANCLARES TORRES**, Manuel Ricardo. Acciones de cumplimiento ambiental, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, p. 13.

¹¹ Ibídem, pp. 13-14.

discriminación, destinado a funcionar bajo criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación¹².

Frente a la inactividad material de la Administración los individuos en sus comunidades y los grupos de presión como Sindicatos, ante el aumento de la canasta básica de alimentos y otras pretendidas conquistas, han adoptado los medios de fuerza como recurso. La omisión del ente público auspicia el cierre de calles, con secuela de afectación a terceros (con daños económicos y morales); pero que en último grado ha tenido como respuesta de la Administración si no la completa solución del reclamo, por lo menos paliativos a los mismos.

Conciente o inconscientemente se está propiciando en la población la cultura del choque o fuerza para obtener simples respuestas lógicas; pero sobre todo realistas de parte de las autoridades, por lo que entra en escena el elemento *gobernabilidad* en nuestras jóvenes democracias representativas, que incide directamente en lo jurídico, y en último grado, en el proceso penal o correccional incoados por tales hechos.

La intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, más que preventiva, para conjurar la omisión y obligar a la Administración a que actúe conforme a sus deberes, es de carácter *resarcitorio* por medio de las demandas de indemnización directa, caso típico -que todavía está en la palestra pública- ha sido el incendio, en el año 2006, de un Bus de transporte público de pasajeros, en el que fallecieron una veintena de panameños y otros más resultaron con quemaduras de diverso grado, estando las demandas por responsabilidad administrativa contra la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (ente regulador) pendientes de decisión. Otro asunto ligado a esto es el envenenamiento masivo por medicamentos suministrados por la Caja de Seguro Social (CSS) con dietilenglicol¹³, que ha significado, según cifras conservadoras, la muerte de más de un centenar de personas.

En este último sentido, es mencionable el caso de la sobrerradiación a pacientes del Hospital Oncológico Nacional, a inicios de la presente década, que para algunos expertos significó la muerte prematura o adelantada de los enfermos de cáncer que fueron expuestos a esa terapia excesiva.

¹² Constitución de 2008, sancionada por el pueblo en el 2009, artículo 340. Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente.

¹³ *Propiedades químicas:* Es un líquido viscoso, incoloro e inodoro de sabor dulce. Es higroscópico, miscible en agua, alcohol, etilenglicol, etc. Posee una densidad de 1,118. El punto de ebullición es 244-245 °C. *Farmacocinética:* Se absorbe rápidamente por las vías digestivas y respiratorias y por contacto prolongado por la piel. El mecanismo de metabolización es llevado a cabo en el hígado y riñón. Una parte se metaboliza a agua y dióxido de carbono y etilenglicol. Los pasos posteriores son los mismos que los del etilenglicol, con la formación de ácido glicólico y ácido oxálico. Por otro lado también se sostiene que el metabolismo del **dietilenglicol** podría ocurrir por una vía diferente, con la formación de ácido etoxihidroxi-acético (HEAA) en el hígado, que provoca la acumulación intrahepatocítica del HEAA, llevando a la muerte celular de las células de hígado y de los túbulos renales. Dicho mecanismo justificaría la no aparición de cristales de oxalato en algunos casos de intoxicación y la aparición de daño renal y hepático. Cf. <http://es.wikipedia.org/wiki/Dietilenglicol>.

Estos tres últimos ejemplos pueden estar más relacionados con el *mal funcionamiento del servicio público* de transporte y de salud, respectivamente; pero en ciernes de su desarrollo existe una clara omisión de la Administración en prevenir los efectos, ya sea por no ejercer los controles que las leyes y los reglamentos ordenan (revisión mecánica del autobús y su sistema de enfriamiento; examen minucioso de la calidad de los componentes antes de la preparación en laboratorio de los medicamentos; calibración apropiada de los instrumentos a través de los cuales se aplicó la terapia radiactiva), o por la simple negligencia en la prestación del servicio, lo que indica una omisión en ser diligente.

Sin perder de vista que puede ocurrir la mezcla o combinación de actividad formal y material es útil destacar algunas formas de inactividad material:

a. Inactividad en la expedición de un acto administrativo: Es la fórmula común o general en que la Administración estando obligada a dictar el resultado natural del procedimiento administrativo, omite la expedición del acto mediando petición al respecto (silencio administrativo sustantivo), o de la decisión que resuelve un recurso (silencio administrativo procesal).

b. Omisión en la expedición de normas de carácter general: Ocurre con no poca frecuencia que la Asamblea dicta la Ley que requiere ser completada a través de un reglamento ejecutivo y el órgano competente para ello no lo hace. Esto ha llevado al legislador a colocar una cláusula en el articulado imponiéndole un plazo al ejecutivo para que desarrolle la Ley para su mejor cumplimiento, sin apartarse de su texto o espíritu, como manda el precepto constitucional.

Un ejemplo visible fue el caso de la Ley 9 de 1994 sobre carrera administrativa, cuyo reglamento no fue expedido sino casi 5 años después de haber sido creada aquélla. La Ley estaba vigente pero no gozaba de eficacia.

c. Inactividad en la creación de organismos públicos: Consiste en la no creación de organismos necesarios para el cumplimiento de las tareas públicas, comparto que si bien esto puede estar relacionado con la denominada discrecionalidad administrativa, no es tan cierto cuando por ejemplo, convenios o tratados internacionales imponen obligaciones a las partes que inciden sobre la estructura administrativa, caso del tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio o Acuerdo de Marrakech.

La acotación es elemental: si se ha participado en un proceso negociador del cual surgió el convenio internacional, muestra indudable de la manifestación de voluntad o consentimiento por los suscriptores (tanto de las obligaciones como derechos que de él puedan dimanar), qué lógica tiene no adoptar las medidas administrativas o presupuestarias para crear los órganos que hagan viable en la práctica la ejecución del mismo?

d. Inactividad en la prestación de un servicio público: Como su descripción lo indica, consiste en la omisión en la prestación de un servicio a la población. Como ejemplo está el anhelado alcantarillado sanitario; la dependencia pública que debe construir este tipo de

estructura que incide en la salud de la colectividad, no suple a cabalidad el mismo, y sólo se conforma con mantener un déficit de tuberías conductoras de agua potable.

En igual sentido puede mencionarse el reclamado saneamiento de la Bahía de Panamá, que con la reciente creación de la “Cinta Costera” fueron colocadas colectoras para tal proyecto; sin embargo, lamentablemente, la afectación del ambiente es un mal que todavía resienten lugareños y extranjeros, en tan atractivo lugar de esparcimiento.

La incertidumbre que me asalta es si podemos considerar esto como un tipo de inactividad material cuando es un hecho notorio que se adelantan trabajos para la prestación del servicio. Creo que sí porque una cosa es la interrupción o deficiencia en la prestación de un servicio público y otra distinta es no poder decir que se ha gozado alguna vez de dicho servicio¹⁴.

e. Inactividad en la defensa de derechos e intereses: Hoy en día la Administración tiene bajo su cargo, entre otros rubros, la preservación del medio ambiente y de zonas protegidas cuyo daño, según la ficción jurídica, implica un perjuicio para los asociados en general, a través de lo que se denomina un interés difuso. El no ejercicio de los poderes de policía para preservar los ecosistemas es un caso típico de inactividad material en este sentido.

Recordemos que como nos dice XIOL RÍOS, en general, “el intervencionismo administrativo provoca la existencia de categorías de sujetos con intereses comunes casi en todos los sectores culturales, profesionales y económicos... La sociedad de masas se singulariza finalmente por los fenómenos del urbanismo y de la industrialización. El primero de ellos provoca la existencia de grupos que también se pueden caracterizar como minorías con situaciones, actitudes e intereses comunes ante la concentración demográfica en las grandes ciudades y todo lo que ello comporta: usuarios de servicios de suministro y de transporte, inquilinos, participantes en el tránsito por las vías públicas, grupos urbanos marginales. El propio urbanismo, y la industrialización, por otra parte, amén de generadores de minorías necesitadas de protección social, explican la existencia de grandes grupos de personas cuya característica radica en su interés por la salud, por la regularidad en la fabricación y distribución de bienes de consumo, por la racionalidad en la planificación de las ciudades y por la preservación de la naturaleza y del medio ambiente”.¹⁵

f. Inactividad en la ejecución de sentencias judiciales: Éste es el Talón de Aquiles o uno de los talones de Aquiles del sistema contencioso administrativo patrio. ¿Cómo hacer que la Administración cumpla en un término perentorio, que según al Ley es de cinco (5) días luego de haber recibido comunicación formal de la sentencia de condena o declarativa dictada por la Sala Tercera?¹⁶

¹⁴ Sin perjuicio de que en el pasado ante la ausencia de la gran cantidad de edificaciones y de población, los efectos de esa contaminación fueran casi irrelevantes. El crecimiento de la metrópolis ha producido todo lo contrario, incluso con la imposibilidad de utilizar las aguas como balneario por los altos niveles de toxicidad.

¹⁵ XIOL RÍOS, Juan Antonio. El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2005, pp. 80-81.

¹⁶ Impropriamente, la versión original del artículo 99 de la Ley 135 de 1943, orgánica de lo contencioso administrativo, se refería al término de 5 días; pero contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, cosa que fue

En la práctica, el cumplimiento de este término se ha convertido en un sueño de opio.

La Administración no sólo omite dar cumplimiento a las sentencias contenciosas; sino que antepone lo que a su criterio viene a ser una validación u homologación de lo resuelto por el máximo Tribunal, a través de una suerte de trámites internos, que genera un nuevo proceso como secuela de dicha ilegal homologación.

Ya va siendo hora de que se adopten medidas más eficaces para salvar el aparente escudo que produce la constitucionalizada separación de los órganos del poder público. Esta tesis ya ha sido superada por una armonización de funciones dentro del contexto de un poder delegado por el pueblo; pero resulta que ese pueblo al acudir ante la Administración se encuentra con que ha sido *desapoderado de hecho* por funcionarios burocratizados que desatienden el llamado de servicio público y del debido proceso, porque una sentencia incumplida no es más que una flagrante infracción de la tutela judicial efectiva, que en su seno abriga al debido proceso legal.

Sin duda esto es parte de la necesaria reforma del contencioso administrativo para que incluya supuestos como los de reintegro de funcionarios con el pago de salarios caídos, en que el propio Tribunal pudiera sustituir a la Administración contumaz colocando físicamente en su puesto de trabajo al servidor restituido, o que ordene al Banco Nacional, como depositario de los fondos públicos, a que entregue al demandante la suma a la que asciende la condena pecuniaria.

O en otro giro, que se cree un sistema de ejecución de sentencias contra el Estado acorde con la realidad de la hora que vivimos y de los procesos contencioso administrativos, tal como ha sido incluido en la reciente legislación de la materia en Costa Rica¹⁷, que aunque comparativamente duran menos que los procesos civiles, implican gran cantidad de gastos para las partes, que no se ve compensado siquiera porque no es posible la condena en costas contra el Estado, y por una suerte de equiparación, también se ha eximido de ser condenado en costas al particular que litiga contra la Administración¹⁸, y entiendo que por analogía, a los litigantes privados que acuden a la jurisdicción por razón de sus propios intereses¹⁹.

Esta medida considero que no tiene asidero en el *interés público* que pudiera alegarse como defensa del fisco; es más, puede ser una especie de incentivo implícito a la irresponsabilidad de la Administración y su estatus indemne ante los hechos u omisiones arbitrarios que irrogen perjuicios a los administrados, cuyos costes dentro del proceso que es

reformada por la Ley 33 de 1946, para establecer con mejor tino que ese cumplimiento se debe dar dentro de dicho término no obstante que se empieza a contar “desde la fecha en que el Tribunal se la comunique, las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto”.

¹⁷ Código Procesal Contencioso Administrativo, aprobado mediante Ley 8508, de 24 de abril de 2006, que entró en vigencia el 1 de abril de 2008.

¹⁸ Cf. Artículo 1077, numeral 1, del Código Judicial. Antes de esta norma, La Ley 135 de 1943 preveía la condena en costas al demandante perdidoso en su artículo 68, que luego fue reformado por el 41 de la Ley 33 de 1946, sin sustanciales cambios.

¹⁹ Regulaciones más realistas como la de Colombia prevén la condena en costas a la parte perdidosa, salvo en las acciones públicas (Art. 171 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó al ser modificado por la Ley 446 de 7 de julio de 1998. Cf., asimismo, el artículo 193 del Código Procesal C.A. de Costa Rica (Título X sobre “efectos económicos del proceso”).

el ámbito natural para dilucidar las controversias civilizadamente, prohíbe la condena en costas al Estado.

g. Inactividad de tipo político: Ocurre cuando, por ejemplo, en el derecho colombiano, el Presidente debe designar un Ministro y no lo hace. Como nos comenta NANCLARES TORRES, más que de derecho éste es un asunto de cariz político, y muchas veces ha derivado en mecanismos constitucionales de responsabilidad pública.²⁰

2. Inactividad formal

Con la más frecuente de las ocasiones, se aprecia cómo la Administración deja de hacer lo prescrito por la Ley, retrasando la solución o decisión a una solicitud o petición de los particulares en un asunto o procedimiento que es de su interés o que involucra un derecho subjetivo. Simplemente no se pronuncia, calla, estando obligada por mandato constitucional desarrollado en la Ley, a dar respuesta al peticionario o recurrente. Observo que en relación con la primera variante de inactividad material ésta se distingue de aquélla en que la Administración no plasma en blanco y negro el acto.

Aquí la presencia omnímoda de la Administración, por ser inevitable, es doblemente perjudicial, en cuanto omite hacer lo que legal o reglamentariamente está obligada, y por otro lado infunde sobre costos y dilaciones no debidas a la persona que reclama ante ella.

Ésta es la clásica *inactividad formal* de la Administración, que coincide circunstancialmente con su silencio displicente y gravoso, porque el particular en la búsqueda de un pronunciamiento que obligue a aquélla, ha de acudir a la vía jurisdiccional contencioso administrativa, para que se pronuncie sobre la negativa tácita por silencio; omisión que además de tener que soportar, debe probar convincentemente ante la Sala o Tribunal de lo Contencioso aquel mutismo.

Por otro lado, gravita la expectativa de que este control o revisión reciba una declaratoria de ilegalidad que lo invalide y reconozca la indemnización, reparación o restablecimiento del derecho que corresponda, según lo aspirado y probado a los magistrados; batalla onerosa, al tomar en cuenta las garantías que protegen al Estado o por lo menos dificultan considerablemente el acceso a la tutela judicial.

¿Es el silencio administrativo realmente una garantía procesal a favor del particular?

La pregunta la considero válida y pertinente en la medida que muchas veces tener que acudir a la revisión judicial de la omisión administrativa, denota que algo pasa con los operadores de la Administración, con los servidores públicos quienes no sustancian las peticiones o recursos dentro del término estipulado en la Ley. En Panamá, la regla es que transcurridos dos meses sin que haya respuesta desde que se presentó la petición que compromete un derecho subjetivo o interés legítimo del particular, o desde haber sido

²⁰ Cf. NANCLARES TORRES. Op Cit., p. 16.

interpuesto el recurso de reconsideración o apelación, o ambos²¹, se entiende negada la respectiva petición o recurso, agotándose así la vía por silencio²².

En principio, el silencio conlleva que se le pone un término a la inactividad de la Administración, es decir, ésta no tiene el carácter *sine die*; pero al mismo tiempo supone que a ciencia y paciencia los servidores conocedores que el silencio tiene efecto desestimatorio de la pretensión o recurso, dejan transcurrir el plazo tratando como el más abierto de los desprecios los derechos de los asociados, y en concreto, de aquel que se ve envuelto en tan lamentable circunstancia.

Son excepcionales los casos en que al silencio administrativo se le asigna un efecto estimatorio (positivo) de la pretensión del particular; lo que viene a reforzar el criterio de exigir mayor responsabilidad a los trámitantes de los asuntos y jefes de despacho para la resolución pronta de éstos²³.

Basados en esta innegable razón de índole práctica es que algunos autores han sugerido la no necesidad del agotamiento de la vía administrativa, para poder acudir al Juez natural de la Administración, que revise sus acciones u omisiones ilícitas. Argumento que aparentemente tiene justificación para ser atendido; no obstante, por lineal y pragmático le resta entidad al principio de una Administración supeditada al imperio de la legalidad, y no a la discrecionalidad mal entendida, la arbitrariedad y falta de ética y compromiso de sus funcionarios.²⁴

Actualmente, y tal vez como nunca antes, asistimos a una *juridización* de la ética en el espacio público. Delpiazzo recalca que es una exigencia del obrar de los funcionarios

²¹ Cf. Art. 200, numerales 1 y 2 de la Ley 38 de 2000.

²² De conformidad con el numeral 104 del artículo 201, de la Ley 38 de 2000, el silencio administrativo es definido como: “Medio de agotar la vía administrativa o gubernativa, que consiste en el hecho de que la administración no contesta, en el término de dos meses, contado a partir de su presentación, la petición presentada o el recurso interpuesto por el particular. De esta manera, se entiende que la administración ha negado la petición o recurso respectivo, y queda abierta la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que si el interesado lo decide, interponga el correspondiente recurso de plena jurisdicción con el propósito de que se le restablezca su derecho subjetivo, supuestamente violado”.

²³ De conformidad con el artículo 157 de la Ley 38 de 2000, el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa. Si las disposiciones no establecen un plazo especial, éste será de dos meses, contado desde la fecha en que se presentó la petición o recurso. Esta norma no distingue si la disposición que habilita el efecto positivo del silencio debe ser una Ley o precepto de igual valor, o si esa calidad jurídica puede ser establecida por un acto de contenido normativo (Reglamento). Yo me expido porque sea una Ley o acto de igual valor el instrumento que asigne efecto positivo al silencio, para evitar posibles desgreños en la dictación de normas reglamentarias que enturbien o perjudiquen el interés público (caso, por ejemplo de los municipios, que ante la omisión del otorgamiento de un permiso de construcción -edificación- éste se entienda concedido por el solo transcurso del tiempo, sin atender la posible lesión a las normas sobre uso de suelo, derechos de los vecinos, entre otros factores a considerar).

²⁴ Ha dicho en esta senda que el principio de la Administración ajustado a derecho prohíbe que las leyes y demás disposiciones basadas en ellas permanezcan incumplidas. Max Imboden, citado por NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo, p. 77.

cualquiera sea su jerarquía, especialmente los que participan del ejercicio del poder, y como fin de la actividad administrativa²⁵.

No es ético que por impericia o falta de responsabilidad el funcionario deje invernar un expediente. Tal comportamiento es de signo contrario al principio comentado y revela, además, deshonestidad de quien incurre en ello.

Énfasis en los mecanismos que exigen responsabilidad a los funcionarios por inactividad

Cabe así poner énfasis en los criterios de responsabilidad respecto de aquellos servidores que sin justificación alguna dejan adormecidos los expedientes sin resolución perentoria a los particulares. A este clamor responden los artículos 43 y 44 de la Ley 38 de 2000, a saber:

“Artículo 43. Al servidor público infractor de las disposiciones sobre el derecho fundamental de petición se le impondrán las siguientes sanciones, de oficio o a petición de parte:

1. Amonestación escrita, la primera vez;
2. Suspensión temporal del cargo por diez días hábiles, sin derecho a sueldo, en caso de reincidencia durante el mismo año;
3. Destitución, en caso de volver a cometer la falta disciplinaria; y
4. Destitución, si el funcionario incurre en infracción a lo dispuesto en este artículo en tres ocasiones distintas, sin consideración al año en que realice la falta.

Las sanciones antes descritas serán impuestas por el superior jerárquico, respetando el debido proceso y mediante resolución motivada que deberá ser agregada al expediente personal del funcionario sancionado”.

“Artículo 44. Toda persona que haya presentado una petición, consulta o queja tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra la tramitación, y la entidad pública correspondiente está en la obligación de informarle lo pertinente en el término de cinco días, contado a partir de la fecha de su presentación. *Si la entidad no pudiese resolver la petición, consulta o queja dentro del término señalado en la ley, la autoridad responsable deberá informar al interesado el estado de la tramitación, que incluirá una exposición al interesado justificando las razones de la demora”.*

²⁵ Cf. **DEPLIAZZO**, Carlos. Regulación jurídica de la ética pública, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, No. 3, 2003, pp. 27-28. En Panamá, mediante Decreto Ejecutivo No. 246, de 15 de diciembre de 2004, se dicta el Código de Ética Uniforme para los servidores del “Gobierno Central”; no obstante del articulado de este instrumento se desprende que su ámbito de aplicación es mucho más extenso, abarcando no sólo a la administración central sino a las entidades autónomas, semiautónomas, empresas estatales y mixtas con participación estatal mayoritaria (Art. 1).

Estas normas han significado un avance importante para tratar de conjurar la letanía e incumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios; sin embargo, queda mucho por hacer en el tema de la capacitación constante al personal que tramita los asuntos administrativos, que incluye al Jefe o Director de Despacho, toda vez que en ejercicio de su función fiscalizadora y de gerencia debe saber el efecto sancionador de normas que han sido diseñadas para la buena marcha de la función pública.

Todo indica que no basta con que una norma esté vigente si ésta no ha calado en la conciencia de sus destinatarios, o por lo menos que existan los mecanismos que supervisen su cumplimiento. No sé si se ha producido algún caso en que el superior jerárquico de aquel que sustancia un expediente le haya impuesto una sanción por violación de las normas atinentes al derecho de petición. Ante el panorama de incumplimiento del derecho constitucional, sería una cosa excepcional pero digna de imitar para abonar el camino de la corrección de dicha praxis ilegal.

Con igual propósito ha sido prevista una disposición en el régimen de procedimiento administrativo general, que atribuye *responsabilidad solidaria* tanto al jefe de despacho como el tramitante del asunto, en miras al impulso del proceso, consagrando una posible *causal de recusación* contra la autoridad encargada de decidir por paralización injustificada del trámite administrativo.²⁶

Control judicial de la inactividad de la Administración

1. La decisión previa en nuestro derecho como requisito *sine qua non* para demandar en vía jurisdiccional a la Administración

Tradicionalmente el contencioso administrativo ha sido concebido como un proceso al acto, pero no cualquier acto sino regularmente el de carácter administrativo. El objeto de dicho proceso se resumía en controlar su ajuste o no a la Ley.

Esta idea ha ido perdiendo terreno a raíz de las concepciones más avanzadas que humanizan el proceso y estiman que lo contencioso administrativo es una institución de garantía, de tal suerte que sin perder su función revisora o controladora de la legalidad

²⁶ “**Artículo 49.** Es responsabilidad de la Administración y, de manera especial, del Jefe o la Jefa del Despacho respectivo y del funcionario encargado de la tramitación del proceso, el impulso de éste. Por tanto, ambos funcionarios serán solidariamente responsables de que el proceso se desarrolle conforme a los principios instituidos en esta Ley y demás normas pertinentes.

El retraso injustificado en la realización de un trámite a cargo de la Administración, constituirá impedimento de la autoridad para seguir conociendo del proceso. El incidente de recusación deberá ser presentado ante el superior jerárquico respectivo, quien deberá decidirlo en un término no superior a tres días hábiles, contado a partir de la fecha que quede en estado de decidir. La decisión que resuelve el incidente no admite recurso alguno.

De prosperar el incidente de recusación, la autoridad nominadora designará la autoridad ad hoc para conocer y decidir el proceso.

Si en el transcurso de un año prosperan dos o más incidentes de recusación contra una autoridad por la causa instituida en este artículo, la sanción será la destitución del funcionario.

Lo anterior es sin perjuicio de la queja que el afectado pueda presentar contra el funcionario moroso”.

administrativa, hoy en día se enfatiza un rol garantista de reconocimiento de derechos y libertades, que *proscribe* las vía de hecho y la no conformidad de las acciones u omisiones de la Administración y sus autoridades a la juridicidad.

Se sabe que las normas procesales que establecen garantías están en función de los derechos que protegen por su violación, incumplimiento o simplemente ante el intento de que sean reconocidos, hacerlos valer frente al ente público o persona particular de que se trate.

En Panamá, la noción de institución de garantía predicable del contencioso administrativo es coetánea a la creación (inserción) de dicha institución en nuestro sistema jurídico constitucional por la Constitución de 1941 (Arts. 190, 191 y 192); no obstante, desconozco por qué razón su regulación tanto en la Carta Fundamental que la instituyó como en las dos subsecuentes no ha sido incluida en un aparte dedicado a las instituciones de garantía, a la par que la demanda de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo de derechos constitucionales y recientemente el hábeas data. Una futura nueva Carta o reforma integral de la que ahora rige pudiera rescatar esta sugerencia para bien de las instituciones de garantía y respeto de los derechos de los asociados frente al poder público.

La regla de la decisión previa está vigente en nuestro derecho para el agotamiento de la vía administrativa, especialmente como requisito *sine qua non* antes de acudir mediante demanda de *plena jurisdicción*, a la jurisdicción contencioso administrativa por violación de un derecho subjetivo o interés legítimo.

La decisión previa nos la explica Nieto, siguiendo a la doctrina francesa, en una clásica obra, publicada por la Revista de Administración Pública No. 37, en 1962, al exponer que por aquella se entiende “la decisión que toma la Administración -bien sea espontáneamente, bien a petición de un interesado- antes de la interposición por este último de un recurso jurisdiccional”²⁷. Y sobre su justificación alude a Lefèvre, para quien la decisión previa es necesaria para que haya dos pretensiones opuestas y un litigio. ¿Cómo es posible que alguien reclame ante la Administración mientras no sepa si accede o no a hacerle justicia? Para que surja un contencioso no es suficiente invocar la violación de un derecho. Es necesario, además, una decisión expresa de la autoridad competente sobre el particular. Pues no puede haber contencioso mientras no haya una oposición a una pretensión.

Esta postura fue posteriormente rechazada y según el propio Nieto es la opinión de Walin la que más le convence, en el sentido de que la regla de la decisión previa aparece como una *supervivencia* de la antigua doctrina francesa del Ministro-juez²⁸.

El control de la inactividad administrativa según la Constitución

²⁷ NIETO. Op. Cit., p. 86.

²⁸ A partir de 1889 dejó de ser el Ministro un juez de lo contencioso administrativo; sin embargo, subsistió la regla que imponía que se dirigieran a él las reclamaciones con dos modificaciones: resuelve como administrador y no como juez, y ya no es a él inexcusadamente a quien han de dirigirse los que tengan intención de elevar posteriormente reclamaciones ante el juez administrativo, sino a toda autoridad calificada para responder a la reclamación en nombre de la Administración. Ibídem, p. 87.

Considero que el contencioso administrativo previsto por la Ley Superior tiene una formulación amplia, que nos permite extraer la posibilidad lógico jurídica de que es viable el control de la inactividad administrativa, tanto formal como material.

Al respecto el artículo 206, numeral 2, al regular las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, establece que a ésta compete la jurisdicción contencioso administrativa respecto de los actos, **omisiones**, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes, o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y entidades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. Esta misma disposición es repetida por el Código Judicial (Art. 97, primer párrafo), a propósito de señalar las atribuciones de la Sala Tercera, que es el organismo de la Corte Suprema al que está asignado el control de legalidad de los actos administrativos.

Sólo como producto de una interpretación restrictiva a lo que se sumaría que la Ley orgánica de lo contencioso administrativo, el Código Judicial, la Ley 38 de 2000, ni ninguna Ley especial, ha desarrollado en detalle las omisiones de la Administración sujetas a revisión por el Juez natural de ésta (tarea que a mi juicio sería excesiva), o como contrapartida aquellas que están excluidas de revisión. No hay razón suficiente para que aun siendo el texto constitucional amplio deje de abarcar la inactividad de la Administración. Antes bien la expresión “omisiones”, es tan genérica e incondicionada que no cabe argumento en contrario acerca de dicha posibilidad, que hace de recibo ese control.

Por lo anterior, estimo que hablar de *omisiones* como lo hace la Carta Magna no se refiere única y exclusivamente al *silencio* de la Administración, como forma de agotamiento de la “vía gubernativa”.

De todos modos, recomiendo que en la próxima actualización del régimen legal contencioso administrativo, se regule expresamente este tema, para lo que ayudaría una revisión del Derecho Comparado.

Mención de algunas legislaciones que regulan la figura in examine

Algunos países de tradición jurídica similar a la nuestra prevén acciones o recursos instables ante la vía jurisdiccional, para controlar la inactividad de la Administración; en dicho sentido, podemos aludir al caso español mediante la Ley 29/98 y la recién promulgada Ley que dicta el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, conclusión similar puede derivarse del estudio de la legislación colombiana.

1. España

Pese a que la anterior Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956, contenía algunos preceptos que cobijaban la posibilidad de un recurso ante la justicia por inactividad de la Administración, no ha sido poca la polémica y discusión doctrinal, tal cual comentan algunos entendidos, e incluso se produjeron pronunciamientos de tribunales de máxima jerarquía al respecto, v. gr., el Tribunal Constitucional, que sólo referimos sin ánimo de ser expertos en derecho español sobre este asunto.

La actual Ley 29/1998 establece la posibilidad de promover dicho control respecto de la inactividad administrativa.

El artículo 25.2 dispone que: “También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”. Asimismo, el artículo 29 establece: “1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad de la Administración. 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición podrán los solicitantes formular recurso Contencioso-Administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.”

El debate ha sido bastante acentuado, y a nivel de la doctrina legal, el Tribunal Constitucional (Sala Segunda), se pronunció entre otras proferidas en la década del ochenta del siglo pasado, mediante sentencia de 7 de noviembre de 1994, en los siguientes términos:

“Si el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa es conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo (art. 1.1 L.J.C.A.), no se da la causa de inadmisión prevista en el art. 82 c) de la L.J.C.A., por cuanto existe una pretensión (cobrar las cantidades debidas) que se ejerce en relación con diversos actos administrativos: un primer acto que los recurrentes consideran contrario a la Ley por limitarse a reconocer la existencia de un derecho, sin proceder a su efectivo cumplimiento, y un segundo acto (la denegación presunta del recurso administrativo) que consideran igualmente no ajustado a Derecho por confirmar la validez del primero. Y todavía habría una manifestación más de la actuación administrativa, susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: La inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la Ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, esto es, producido por *facta concludentia* que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa. Esto es, la negativa de la Administración al cumplimiento de su deuda pecuniaria, visto el tiempo transcurrido... sin que en los Presupuestos Generales del Estado se incluyieran partidas suficientes, y los muchos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley que generó dicha obligación... Es, pues, la

conformidad a Derecho de esa serie de actos administrativos - expreso, presunto y tácito - lo que los recurrentes legítimamente (art. 1.1 L.J.C.A.) pretendían someter al control de los Tribunales, para obtener de ellos (art. 42 L.J.C.A.) una Sentencia que declarase, en su caso, la ilicitud de la actuación administrativa y ordenase la adopción de las medidas necesarias para la efectividad o pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada consagrada en la Ley. Frente a la pretensión de los recurrentes de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 C.E.), y de hacer efectivo con ello el cumplimiento del principio de legalidad administrativa, no puede objetarse que no existía acto administrativo impugnable, por no encontrarse formulado de manera expresa; ni tampoco que la inactividad administrativa no sea objeto idóneo del recurso contencioso-administrativo, objeciones ambas en las que, en último término, descansan las resoluciones de inadmisión que han sido impugnadas en este proceso de amparo²⁹.

Este pronunciamiento, al igual que muchos otros, es anterior a la nueva Ley jurisdiccional de 1998, lo cual demuestra el acentuado interés del foro y los tribunales españoles sobre esta especial forma de controlar las diversas facetas de la Administración en relación con los particulares y la tutela de sus derechos.

2. Costa Rica

La recién vigente Ley tica establece en su artículo 36 (Título IV, Capítulo II sobre la conducta administrativa objeto del proceso), que:

“La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente:
 ...
 ...
 e) Las conductas omisivas de la Administración Pública.
 ...”

Mientras que el 122 establece los pronunciamientos que puede hacer el Tribunal contencioso administrativo, uno de los cuales que puede consistir en:

“g. Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico”.

²⁹ Ciada por **Vicenta Ángeles Zaragoza Teuler**. La Inactividad de la Administración a partir de la Ley 4/1999, de 13 de Enero, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=153.

El profesor Rojas Franco al comentar este literal pone como ejemplo la obligación de la Administración de dar alguna pretensión económica que surja como un deber jurídico. El juez no puede crearlo si no existe norma jurídica, escrita o no que lo permita.³⁰

La primera norma reseñada es tajante en cuanto al control de la omisión administrativa. La segunda también lo implica porque sólo tendría cabida ante la inacción o pretermisión del ente público en reconocer un derecho o interés legítimo reconocido por el ordenamiento a una persona o grupo de personas.

3. Colombia:

En derecho colombiano el objeto analizado es tratado bajo la figura jurídico administrativa de la *omisión*. Y es que como se ha dicho “la administración pública actúa por acción y por omisión o abstención. Es en este segundo caso cuando se tiene la categoría de actividad denominada omisión administrativa”, como nos explica Gustavo Humberto Rodríguez.³¹

El instituto supone que la abstención puede generar daños y perjuicios por lo que no es extraño que vaya de la mano con el régimen de responsabilidad estatal³². Cuando los constructores en una vía pública omiten colocar las señales de peligro y como consecuencia se causan daños a particulares; o cuando se pretermiten las medidas de seguridad respecto de un edificio que amenaza ruina, es evidente que el estatuto de responsabilidad entra en escena, y sobre esto ha sido edificada toda una doctrina en el país hermano, de cuya cuenta podemos rememorar precisamente el Congreso paralelo que se celebró con ocasión de unas tradicionales jornadas de derecho constitucional y administrativo en la Universidad Externado en el año 2007, fecha en que sesionó el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Tras el entendido que la actividad administrativa (sin restringirse sólo a éstas) se desdobra en acciones u omisiones observamos que el Libro Segundo del Código Contencioso Administrativo Colombiano dedica el Libro Segundo al “Control de la actividad administrativa”. El artículo 83 (Título XI) al precisar la extensión de dicho control, es expreso al determinar que la jurisdicción “juzga los actos administrativos, los hechos, **las omisiones**, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas de conformidad con este Estatuto”.

Por medio de una *acción de reparación directa*, según el artículo 86 ibídem, es posible reclamar el resarcimiento del daño cuando entre otras causas el motivo haya sido una omisión administrativa.

³⁰ Cf. **ROJAS FRANCO**, Enrique. Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo, Editorama, S.A., San José, Costa Rica, 2008, p. 250.

³¹ **RODRÍGUEZ R.**, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo General, 2da. Edición, Editorial Ciencia y Derecho, Bogotá, 1995, p.371.

³² Para mí es claro que éste principio de responsabilidad estatal producto de la abstención, el no hacer, la pasividad de la Administración generadora de perjuicios al particular, tiene nítido fundamento en el artículo 18 de la Constitución panameña.

Paralelo a esta forma de regulación existe la denominada *acción de cumplimiento* que tiene base constitucional, en el artículo 87, de la Ley Fundamental de 1991,³³ conforme a la que por una especie de acción popular cualquier persona puede acudir ante la justicia para pedir el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. No obstante, la Carta no establece un fuero especial competente sino que en general se referirse a la “autoridad judicial”.

³³ “Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.