

DEMANDA interpuesta por la firma forense Galindo, Arias y López en representación del señor JOSE MANUEL GOMEZ, para que se condene a la CAJA DE SEGURO SOCIAL al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que, por el mal funcionamiento del servicio público adscrito a dicha Institución, sufriera su hija María Esther Gómez con motivo de la cistoscopia a que fue sometida en el Hospital General el día 12 de agosto de 1975.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA TERCERA.- (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO).- PANAMA, trece de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

V I S T O S:

Por medio de la Vista No. 56, fechada 9 de septiembre de este año, el Procurador de la Administración, interpuso recurso de revocatoria contra la providencia que acoge esta demanda, lo que motiva el auto de 24 de ese mismo mes, en el que se resuelve: mantener la resolución impugnada y concede en el efecto suspensivo, la apelación interpuesta en subsidio por el señor Procurador de la Administración.

Fijado en lista el negocio, dicho funcionario procede a sustentar la alzada por escrito de 25 de noviembre de este año, cuya parte pertinente, expresa:

"He leído atentamente el planteamiento pretranscrito, pero me parece que el asunto no es tan obvio ni tan sencillo como allí se estima, pues para que en nuestro país pueda prosperar una acción en la manera que ha sido presentada la presente es necesario que a las Leyes que regulan la Jurisdicción Contencioso Administrativa se les hagan las reformas pertinentes.

Pues, de otro modo el proceso no puede tener existencia jurídica.

Un estudio de algunas disposiciones de esas leyes nos llevan a esa conclusión.

Por ejemplo:

1o. El artículo 42 de la Ley 135 de 1943, reformado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1946, indica que 'para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o

de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación'.

Por su parte los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41, consisten en lo siguiente:

'Artículo 2o.

El artículo 33 quedará así:

Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1. El de reconsideración ante el funcionario administrativo de la primera instancia, para que se declare, modifique o revoque la resolución;

2. El de apelación, ante el inmediato superior con el mismo objeto.

Estos recursos ordinarios no excluyen el de avocamiento, en la forma establecida por las leyes, decretos o reglamentos especiales'.

'Artículo 38. Procede el recurso de apelación para ante el Ministro del ramo contra las resoluciones definitivas de los funcionarios administrativos del orden nacional, siempre que así lo dispongan la ley o los decretos reglamentarios'.

Artículo 39. También serán apelables, en las mismas condiciones, para ante el Ministro del ramo las resoluciones definitivas de los Gobernadores.

Artículo 41. Ante el Gobernador se surtirán las apelaciones contra las decisiones definitivas de los empleados, funcionarios o personas administrativas del orden provincial o de los Alcaldes Municipales, y ante el Alcalde las correspondientes a los del orden municipal'.

Es decir, pues, que para recurrir ante esta jurisdicción se requiere, previamente, que se agote la vía gubernativa y que exista un acto administrativo. Sobre este particular Morgan manifiesta:

'Punto importante de nuestro derecho positivo en lo concerniente a este recurso y que debe tenerse muy presente al tratar de establecer comparaciones con otras legislaciones, especialmente la francesa, es el relativo a la actuación administrativa que le sirve de base.

En el derecho francés, como hemos visto, no es necesario provocar previamente un 'acto' administrativo; el solo 'hecho' de la administración, lesivo de derechos subjetivos, es suficiente para demandarla por vía del recurso de plena jurisdicción. A ello obedece, sin duda, el que los autores franceses hablan del 'control de los actos' y del 'control de las operaciones o hechos' para referirse, respectivamente, al recurso de anulación (exceso de poder) y al de plena jurisdicción.

En nuestro derecho, por el contrario, siempre será presupuesto esencial para la admisión del recurso por el Tribunal, que la administración haya conocido previamente de la reclamación del particular y emitido una decisión, esto es un 'acto'. Las injusticias que podrían ocasionarse si la administración guardare silencio ante la reclamación se evitan en nuestro Derecho con la institución del 'Silencio Administrativo', que no es otra cosa que la presunción legal de que aquélla ha negado la pretensión del particular si, transcurrido cierto tiempo u ocurridos ciertos hechos, no la resuelve. En otras palabras, el acto administrativo, la decisión de la Administración, puede ser expreso o tácito y siempre y necesariamente debe ser previo al recurso de plena jurisdicción'. ('Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño'. Eduardo Morgan Jr. Universidad de Panamá Pág. 130).

3o. El artículo 44 de la Ley 135 de 1943 establece que "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según los casos". Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda, con indicación de la oficina donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda, previene el artículo 46 ibídem. Y si se trata de un acto, orden o disposición de que no hay constancia escrita por haberlo dictado verbalmente la autoridad respectiva, el interesado o perjudicado deberá presentar en abono de la demanda dos testigos hábiles por lo menos, agrega el artículo 48 de la misma excocta legal.

4o. Por otra parte el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, reformado por el artículo 31 de la Ley 33 de 1946, ordena: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades y su presentación no interrumpe los términos señalados para la prescripción de la acción".

En consecuencia, reitero que la demanda cuestionada no puede ser admitida y, por imperativo de ley, solicito revocatoria del auto apelado".

Expuesto lo anterior, pasa la Sala a resolver en segundo grado, como sigue:

(En síntesis, considera el Procurador de la Administración, que en todo caso, sería menester reformar la ley contencioso-administrativa para que prospere una acción como

la planteada, habida cuenta de que nuestro proceso contencioso-administrativo requiere como presupuesto el agotamiento de la vía gubernativa, que no se ha dado en este caso particular, por no haberse utilizado los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 de la Ley No. 33 de 1946, y de que consecuentemente, por no acompañarse copia de los actos impugnados, no debe darse curso a la demanda por carecer de las formalidades legales necesarias.

Estos conceptos son incontestables cuando la impugnación tiene por origen un acto, resolución, orden o disposición administrativa, pero aquí no nos encontramos frente a esa regla general, sino ante la excepción que se presenta cuando se encuentran de por medio hechos y no actos.

Y nuestro sistema contencioso-administrativo no es ajeno a ello, puesto que desde el momento que su competencia se ocupa de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado o las entidades públicas autónomas o semi-autónomas, causadas por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos, tal como lo enuncia el inciso 11 del artículo 27 de la Ley No. 47 de 1956, ella encuadra la impugnación de los hechos a operaciones administrativas de que trata el artículo 68 de la ley contencioso-administrativa Colombiana.

Al comentar en especial esta disposición, el profesor Miguel González Rodríguez, explica:

"Este precepto que traduce la concepción colombiana sobre hechos materiales, que se oponen por su naturaleza a los actos jurídicos, consagra a favor del administrador una acción de plena jurisdicción con el fin de que éste pueda obtener el restablecimiento de sus derechos lesionados en el evento de que no sea procedente la acción contenciosa subjetiva por no existir un acto producido regularmente por un órgano

o funcionario de aquella sino un simple hecho llevado a cabo por éste. Mediante la acción sabiamente consagrada en dicho artículo 68, viable únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa y en ningún caso en la vía gubernativa, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado, puede el particular lesionado por un hecho u operación administrativa obtener una sentencia en la que se declare la responsabilidad de ésta y se le condena al pago del valor de los perjuicios causados (lucro, cesante, daño emergente, etc.).

El pronunciamiento de una decisión de esta naturaleza, según lo afirmado reiteradamente por el Consejo de Estado, le corresponde privativamente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y en ningún caso a la rama ejecutiva del Poder Público.

Como se puede observar, a diferencia del recurso de plena jurisdicción francés, el cual va dirigido siempre contra un acto administrativo, debiendo el agraviado por un hecho de la administración provocar la decisión gubernativa previa, para luego aducir, el legislador colombiano consideró que la única que podía decidir sobre las indemnizaciones por razón de hechos de la administración era la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, sin duda, será en un juicio en donde podrá controvertirse plenamente la responsabilidad de la administración y allegar todos los medios probatorios indispensables para fijar la naturaleza y cuantía de la indemnización por los perjuicios que se le han causado al administrado". (Pág. 142. DERECHO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, publicación de la Sociedad Colombiana de Abogados. Bogotá, 1973).

Como claramente puede apreciarse, en estos casos especiales, no se da la existencia de actos administrativos previos, ni por tanto, tampoco, el agotamiento de la vía gubernativa, porque se trata simplemente de un hecho material que acarrea en forma directa determinada responsabilidad.

El Código contencioso-administrativo de Santa Fé, de la República de Argentina, que sigue también nuestro sistema en esa materia, al ser comentado por el popular tratadista de Derecho Público, Rafael Bielsa, después de explicar la reclamación previa como regla general, considera que esa regla, está sujeta a casos excepcionales, así:

"Sin embargo, hay casos en que esa reclamación no tiene virtualidad jurídica ni se justifica prácticamente. Por ejemplo, cuando la decisión no puede ser revocada ni reformada por la autoridad que la dictó, sino por la superior. Lo mismo cuando se trata de hechos y no de actos; por ejemplo, daños causados por los agentes de la Administración pública y que responsabilizan a ésta. En este caso contra ningún acto puede reclamarse, ya que se trata de hechos. Lo único que puede hacer el damnificado es reclamar una indemnización, pero esa reclamación no es la que pueda ser impugnada por incompetencia, ni vicio de forma; no hay resolución de oficio, ni acto dictado a instancia de parte. En opinión nuestra procedería directamente el recurso. Sin embargo, cuando la regla legal es general y categórica, la reclamación debe hacerse, pero no contra el acto alguno, sino como una verdadera demanda de indemnización.....

Ahora bien; cuando se trata de hechos y no de actos administrativos generadores de daño jurídico, puede hablarse de reclamación dirigida a obtener el reconocimiento de un derecho, que es el derecho a indemnización" (Pág. 125. SOBRE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 2da. edición. Buenos Aires. 1954).

Esta demanda persigue la declaratoria de que "la Caja de Seguro Social es responsable de todos los perjuicios y daños que, por el mal funcionamiento del servicio público adscrito a la Caja de Seguro Social, sufrió María Esther Gómez de Arriba...". Se impugna, pues, el hecho concreto, relativo al mal funcionamiento del servicio público de la Caja, o sea, la realización de un hecho que se origina en función directa de la prestación del servicio público que presta la Caja a sus asegurados. Servicio que por ser el resultado de la actividad de los funcionarios vinculados a esa Institución, la imputación de su deficiencia no puede atribuirse a determinado funcionario, por lo que motiva, desde luego, que el reclamo del derecho a la indemnización correspondiente, sea directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como en efecto, se hace en el presente caso.

Comoquiera que el auto recurrido goza de suficiente consistencia jurídica, la Corte Suprema, Sala Tercera (de lo Contencioso-administrativo), en grado de apelación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la resolución de fecha 24 de septiembre de este año, que mantiene la providencia que acoge esta demanda.

COPIAR Y NOTIFIQUESSE.

(fdo) Lao Santizo.

(fdo) Ricardo Valdés.

(fdo) Jaina de Lombardo  
Secretaria.