

Vista N° 325

9 de mayo de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

El Lcdo. Alberto Palacios Aparicio, en representación del **CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo de 2002, dictado por la Caja de Seguro Social.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Concurrimos respetuosamente ante Vuestro Alto Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir nuestro criterio, conforme a lo establecido en el numeral 3, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, en relación a la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Lcdo. Alberto Palacios Aparicio, representación del Contralor General de la República, en contra del Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo de 2002, dictado por la Caja de Seguro Social, por medio del cual se hace traslado de posición, ascenso y aumento de gastos de representación a un empleado de la Caja de Seguro Social.

I. Acto acusado de Ilegal:

A través de este proceso Contencioso Administrativo de Nulidad se demanda el Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo de 2002, en virtud del cual se nombra al Secretario General, Rolando Villalaz, en el cargo de Subdirector General; nombramiento que es efectuado por el Director General de la Caja de Seguro Social.

II. Las disposiciones legales que se estiman violadas y los conceptos de infracción, expuestos por el demandante, son los que a seguidas se copian:

El apoderado judicial del Contralor General de la República, estima que el Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo de 2002, suscrito por el Director General de la Caja de Seguro Social, infringe las siguientes disposiciones legales:

1. Código Administrativo:

"Artículo 770. Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: si el destino fuere de orden nacional, lo proveerá el Presidente de la República y si del orden municipal el Alcalde del Distrito."

2. Ley No. 9 de 20 de junio de 1994, "Por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa:

"Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

...

Servidores Públicos de Selección: Aquellos que, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos por la Constitución y la ley, son los Directores y Subdirectores Generales de las entidades descentralizadas nombrados discrecionalmente por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa, o algunas de sus Comisiones Permanentes, por el período establecido por la Ley. No podrán ocupar sus cargos ni ejercer sus funciones hasta tanto no sean ratificados. También son servidores públicos de selección, aquellos ratificados por la Junta Técnica de Carrera Administrativa."

3. Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, "Por el cual se modifica la Ley 134 de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social":

"Artículo 22. Son atribuciones y deberes del Director General..."

El apoderado judicial del Contralor General de la República afirma que el Resuelto impugnado viola las normas legales citadas, toda vez que estima que el Subdirector General de la Caja de Seguro Social, es un funcionario de orden nacional y cuyo nombramiento, de manera discrecional, le corresponde al Presidente de la República, quien, luego debe ser ratificado por la Asamblea Legislativa. Además afirma que, el Director General de la Caja de Seguro Social, no esta facultado legalmente para nombrar al Subdirector de la Caja de Seguro Social.

III. Criterio de la Procuraduría de la Administración:

La Caja de Seguro Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, es una institución autónoma en lo administrativo y en lo económico; por tanto, es con criterios propios, en apego a la legalidad, que esta institución debe manejar los asuntos de su competencia. El mismo artículo 1, modificado por la Ley No. 30 de 26 de diciembre de 1999, que versa sobre la naturaleza jurídica y fines de esta institución, indica lo siguiente:

"Artículo 1. La Caja de Seguro Social, es una entidad de Derecho Público, autónoma en lo administrativo, en lo funcional, en lo económico, en lo financiero, con personería jurídica, patrimonio propio con derecho a administrarlo y fondos separados e independientes del Gobierno Central. El nombramiento del personal de la Institución se hará de conformidad con el régimen de autonomía administrativa...

El manejo, dirección y administración de la Caja de Seguro Social estará a cargo de los órganos superiores que se consignan en la presente Ley, los cuales quedarán facultados de acuerdo a las atribuciones

que le otorga la misma para establecer las directrices generales del funcionamiento administrativo, económico y financiero de la Institución.

La acción administrativa de los órganos de la Caja de Seguro Social comprenderá las facultades inherentes a la administración de su personal y bienes, en los términos que se establecen en la presente Ley...”

Por consiguiente, la regulación especial concebida para la Caja de Seguro Social, le concede autonomía para el manejo de las materias que le han sido encomendadas legalmente. De la autonomía administrativa, el reconocido tratadista colombiano, Jaime Vidal Perdomo, en su obra “Derecho Administrativo”, ha señalado:

“La autonomía administrativa consiste en la facultad legal de que disponen los establecimientos públicos para autoorganizarse y para orientar el cumplimiento de las funciones que les han entregado. Generalmente, los actos de creación de entidades descentralizadas mencionan el personal directivo y dejan a la discreción de ellas la integración del resto de los servidores de la institución. La manifestación más importante de la autoorganización es la expedición de los estatutos de los establecimientos públicos, pues ellos contienen, dentro del marco legal, las normas principales que van a regir su actividad, dictadas por ellos mismos...”

Referente a los cargos directivos de esta institución, la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, en el artículo 20, señala que el Director General de la Caja de Seguro Social será nombrado por el Órgano Ejecutivo y deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa. En esta regulación de la Caja de Seguro Social, no se establece disposición especial en relación al nombramiento del Subdirector, salvo los requisitos formales que deben cumplir tanto el Director como el Subdirector para que sean nombrados como tales (Ver

artículo 20-A) y de la representación legal que ejercerá el Subdirector en caso de ausencia temporal del Director General (Ver artículo 19).

En el caso subjúdice, es importante señalar que desde el año de 1982, es una practica administrativa que el Director General de la Caja de Seguro Social, designa y nombra a la persona que ejercerá las funciones de Subdirector; motivo, por el cual, en el presente caso consideramos que la costumbre se constituye en fuente de derecho.

La costumbre, como aquella repetición de actos, que de manera constante y uniforme, se convierte en obligatorio por el uso, es aplicable al caso bajo estudio, toda vez que desde el año de 1982, ha sido práctica reiterada en todas las Administraciones, que el Director General de la Caja de Seguro Social, nombra al Subdirector, atribución legal que se ejerce bajo la firme convicción de que este nombramiento es de su competencia, pues según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica, al Director General le corresponde nombrar y remover a los empleados de esta institución.

Sobre la costumbre, como fuente del derecho administrativo, reconocidos tratadistas, han estudiado el tema. En este sentido, Roberto Dromi, expresa que como parte del orden normativo administrativo se encuentra la costumbre jurídica, ya que existen aspectos de la función administrativa que se encuentran regulados por las normas consuetudinarias, que pueden ser según la ley (secundum legem), supletoria de la ley (praeter legem) y hasta aquellas contrarias a la ley (contra legem). Además, indica que: "El derecho consuetudinario es derecho "estatuido", positivo, producto de una creación jurídica, aunque no de un acto

concreto de determinación gubernativa como una ley o una sentencia". (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima edición. Buenos Aires, Argentina. 1998. página 220).

Por otro lado, Fernando Garrido Falla, en su obra "Tratado de Derecho Administrativo", señala que:

"Para la teoría de las fuentes del Derecho, la costumbre es una norma jurídica que no resulta de una expresa manifestación de voluntad de la colectividad organizada, sino de un simple comportamiento uniforme y constante, practicado con la convicción de que responde a una obligación jurídica. Se trata, por tanto, como observa DE CASTRO, de una norma creada e impuesta por el uso social.

Del concepto que se acaba de ofrecer se deduce la existencia de dos elementos: un elemento *material*, que consiste simplemente en la repetición de actos del mismo contenido; y un elemento *moral*, que alude a la convicción de que tales actos se realizan bajo la presión de una obligación jurídica. Este último elemento es el que la doctrina conoce con el nombre de *opinio iuris seu necessitatis...*" (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. Duodécima edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1994. páginas 255 y 256).

En relación a la costumbre administrativa, Rafael Bielsa, en su obra "Derecho Administrativo", indica que:

"Es derecho consuetudinario el que no ha sido objeto de sanción legislativa más tiene cierto vigor y está constituido por un conjunto de reglas jurídicas tradicionales arraigadas en la conciencia de quienes observan o cumplen esas normas. Esa observancia puede ser espontánea y convencional, es decir, en la amplia esfera de los contratos, y puede ser también autoritaria (en el sentido de la sola emanación de la autoridad sin sujeción a normas) cuando surge de los órganos del Estado, lo que ocurre cuando a falta de normas expresas o análogas, la autoridad -así pueda establecerlas o no- procede según su arbitrio y mantiene largo tiempo la aplicación de ese modo de proceder, pues una o dos decisiones no forman costumbre

jurídica (*ea quae longa consuetudine comprobata sunt*). (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1980. página 107).

En la Caja de Seguro Social, desde hace dos décadas, la práctica es que el Director General nombra a la persona que ha de desempeñarse como Subdirector de esta institución, actuación que tiene validez, en tanto que ha sido reiterada, constante y ha sido aplicada por gestiones administrativas anteriores.

A nivel jurisprudencial, la costumbre se admite como fuente derecho administrativo cuando existen lagunas en la legislación. Al respecto, vuestra Sala Tercera de la Corte Suprema, en sentencia de 22 de agosto de 1995, señaló lo siguiente:

“En cuanto a las demás violaciones, cabe señalar que no se pueden aplicar los principios de hermenéutica legal, analogía y la costumbre, pues existen disposiciones en la Ley Orgánica de la Contraloría General que tratan sobre el tema, como lo es el artículo 85 de la misma, que señala que la renuncia del funcionario se produce cuando es aceptada por el Contralor General. En este caso, la renuncia fue aceptada el 16 de mayo de 1994 y, por lo tanto, es a partir de esta fecha que el actor puede reclamar sus derechos y ser beneficiario de las bondades que otorga nuestra Seguridad social. Por esto es que consideramos que no existe campo para acudir a la costumbre pues no se requiere acudir a fuentes de integración de la legislación cuando no estamos en presencia de una laguna de ordenamiento.” (Ver Registro Judicial de agosto de 1995, página 356).

Igualmente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 22 de enero de 1999, señaló que la práctica del Consejo Administrativo de la Universidad Tecnológica de Panamá, de conceder licencia al personal

administrativo, es una costumbre contra la ley, ya que no existe disposición alguna en la regulación jurídica de esta institución universitaria, que establezca dicha atribución al Consejo Administrativo.

Luego de expuestas estas consideraciones, este Despacho es del criterio que no es ilegal, el Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo de 2002, dictado por el Director General de la Caja de Seguro Social, toda vez que de conformidad con las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil, específicamente, el artículo 13 y en numeral 2, del artículo 14, la normativa aplicable en el caso bajo estudio, lo constituye la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, conjunto normativo que dispone que el destino público de Director General debe ser provisto por el Órgano Ejecutivo, y éste a su vez nombra y destituye el personal de esta institución.

Estimamos que no se produce la alegada violación al artículo 770 del Código Administrativo, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, el único directivo de esta institución que debe ser designado por el Órgano Ejecutivo, y luego, ratificado por la Asamblea Legislativa, es el Director General; por consiguiente, al ser ésta una institución autónoma, le corresponde al Director General, nombrar a su personal, incluyendo al Subdirector, tal como se ha realizado en los últimos años.

En cuanto a la supuesta vulneración al artículo 2 de la Ley No. 9 de 1994, este despacho no comparte los planteamientos del demandante, toda vez que en el caso bajo estudio, debemos tomar dos elementos en consideración: el

primero, es que la Caja de Seguro Social posee una normativa especial que le otorga autonomía en los asuntos administrativos, y la segunda, es que hace 20 años, ha sido una práctica administrativa que, el Subdirector de la Caja de Seguro Social, es nombrado por el Director General. Por consiguiente, la enunciación general que hace la Ley de Carrera Administrativa sobre los servidores públicos de elección, como es el caso de los Directores y Subdirectores, no es una norma aplicable al caso bajo estudio.

Por último, el demandante advierte como violado el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social; sin embargo, tal como hemos expuesto en líneas precedentes, es precisamente este artículo el que le otorga la facultad legal para nombrar, trasladar o remover a sus empleados, y es en ejercicio de esta atribución que el Director General actual, al igual que los anteriores, ha considerado justificadamente que el nombramiento del Subdirector General le corresponde a su persona.

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a la Honorable Sala Tercera que declare legal el Resuelto No. 0971-2002 de 27 de mayo, dictado por el Director General de la Caja de Seguro Social.

IV. Pruebas: Aceptamos los originales y las copias debidamente autenticadas que se han presentado.

V. Derecho: Negamos el Invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Lcda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia:

Director General
Subdirector General
Costumbre
Autonomía administrativa.