

C-No.277

Panamá, 26 de noviembre de 2001.

Honorable Legislador
JERRY WILSON NAVARRO
Presidente de la Comisión de
Gobierno, Justicia y Asuntos
Constitucionales.
Asamblea Legislativa.
E. S. D.

Honorable Legislador:

Cumpliendo con nuestras funciones constitucionales y legales, damos respuesta a su Nota AL/CGJYAC/010 de fecha 26 de septiembre del 2001 y recibida en este Despacho el 1° de octubre, mediante la cual nos solicita opinión sobre los Anteproyectos de Leyes N°4 "Por el cual se adicionan artículos al Código Administrativo y se dictan otras disposiciones", presentado por los H.H.L.L. Elías Castillo, Olivia de Pomares y Pedro Miguel González y el N°27 "por el cual se adopta el Silencio Administrativo Positivo dentro de la Administración Pública de la República de Panamá en materia de inversión", presentado por el H.L. Arturo Araúz.

En cuanto al Anteproyecto de Ley N°4:

Luego de analizar detenidamente el contenido del Anteproyecto de Ley en mención, consideramos que la

aprobación del mismo tendría una gran importancia para aliviar un tanto el problema del hacinamiento carcelario en nuestro país y representaría una alternativa de cumplimiento de pena para aquellas personas que, en algún momento, se ven envueltos en incidentes considerados como faltas administrativas.

A nuestro juicio, la conmutación de las penas de arresto por el trabajo comunitario es una medida resocializadora, pues permite a las personas sancionadas retribuir con su trabajo a la sociedad a la cual han afectado con su proceder.

En este sentido, vale recordar que la falta administrativa es una conducta que afecta el orden público e integridad de las personas en su seguridad, tranquilidad y propiedades, pero ello, sin ocasionar un daño grave. De allí la diferencia con los delitos, los cuales sí producen daños graves a la propiedad y la salud de las personas.

Es por esa razón que las legislaciones de los diferentes Estados le imponen, por así decirlo, sanciones mucho más benévolas a las faltas administrativas, verbigracia las multas y días de arresto, entre otras.

Coincidimos con la afirmación de los proponentes del Anteproyecto de Ley N°4, consistente en que el mismo en nada se contrapone al Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, toda vez que, en relación a la expresión "trabajo forzoso u obligatorio", dicho Convenio establece las circunstancias que no comprende dicho término.

El literal c) del numeral 2 del artículo 2 del Convenio 29 premencionado establece claramente lo siguiente:

"Artículo 2.

1...

2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende:

...

c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañeros o personas jurídicas de carácter privado."

Si observamos la norma transcrita, la misma hace referencia a condena dictada mediante sentencia judicial por la comisión de hechos delictivos, hecho reprochable más enérgicamente que las faltas administrativas. Por tanto, consideramos que lo pretendido en el Anteproyecto de ley N°4 es perfectamente viable y, como ya lo indicamos en párrafos anteriores, sería una excelente medida que coadyuvaría a mejorar el hacinamiento en el sistema carcelario, además de mantener ocupados a los sancionados en algo productivo y de beneficio para la sociedad y, por ende, al país.

No obstante, en el Anteproyecto debe tomarse en cuenta que el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso, como lo establecen las normas de Derechos Humanos.

Siendo éste un tema ya regulado por la Organización Internacional del Trabajo, sugerimos que los vacíos de ley que puedan surgir, sean suplidos por estas normas de Derecho Internacional, tal como se ha

hecho con otros temas, verbigracia, la Ley 40 de 26 de agosto de 1999, "Del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la adolescencia", la cual remite en su aplicación los principios y normas especiales consagradas en la Convención de los Derechos del Niño, a las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia, a las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y en las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

En cuanto al Anteproyecto de Ley N°27:

El Anteproyecto de Ley N°27, "Por el cual se adopta el Silencio Administrativo Positivo dentro de la Administración Pública de la República de Panamá en materia de inversión", a nuestro juicio, está bien intencionado, pues tiene como propósito el coadyuvar a reactivar la economía del país. No obstante, consideramos que el mismo no es conveniente aprobarlo por las razones que seguidamente exponremos:

El H.L. Arturo Araúz, en la Exposición de Motivos señala que el Anteproyecto de Ley tiene como finalidad agilizar los trámites burocráticos existentes, pues es la situación más criticada por los ciudadanos y, en especial, por los inversionistas, cuando desean poner en marcha un proyecto económico, el cual es truncado por la falta de respuestas por parte de los funcionarios responsables de satisfacerlas.

De igual forma el H.L. Araúz señala que la adopción del Silencio Administrativo Positivo es una medida para obligar a los funcionarios públicos a que cumplan con sus funciones y con los términos de respuestas.

Un análisis de lo que es el Silencio Administrativo nos permite señalar que el mismo es una presunción de la voluntad de la Administración, el cual puede tener efectos positivos o negativos. En el primer supuesto, se le permite al ciudadano mediante el acto presunto, el disfrute y ejercicio de un determinado derecho. En el segundo supuesto, le permite el acceso a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El Silencio Administrativo es la consecuencia del incumplimiento de la **obligación legal de resolver** de la Administración. Es decir, que surge de la inactividad de la administración.

En nuestra legislación ha prevalecido el Silencio Administrativo Negativo, como regla general, y el Silencio Positivo, de manera excepcional.

La regla general del Silencio Administrativo se refiere a que, interpuesto un recurso o presentada una solicitud y pasados dos (2) meses sin que la Administración se pronunciase, se entenderá denegada la solicitud o recurso, pudiendo el afectado recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa si el acto administrativo negado es de competencia de dicha instancia jurisdiccional.

El Silencio Administrativo Positivo no es una figura jurídica que debe surgir por razón de la negativa o falta de respuesta de la administración, o como remedio con el cual se resolverían los problemas de la mora administrativa.

Lo que debemos es propiciar mecanismos que obliguen a los funcionarios, como sujetos activos de la Administración, a cumplir con los términos establecidos en los procedimientos, cumpliendo así con la función legal de dar respuesta a los ciudadanos.

En esta dirección consideramos que el Anteproyecto en estudio, aunque bien intencionado, no resolvería el problema de la mora administrativa. Es más, dada la cultura que impera en la Administración Pública, en la cual no se le exige responsabilidades al funcionario moroso en la tramitación, y por qué no decirlo, también el incumplimiento de los principios éticos que deben regir la conducta de los funcionarios, consideramos que el problema de la mora se agravaría con dicho Anteproyecto, con la consecuencia nefasta del alto costo económico que tendría que afrontar el Estado, lo cual afectaría mucho más la situación económica que hoy padece el país.

Queremos aclarar que este Despacho no se opone, en su momento, a la reglamentación del Silencio Administrativo Positivo dentro de nuestro sistema jurídico, pues, en conclusión, el mismo es una garantía para los ciudadanos frente a la Administración. Sin embargo, esa reglamentación debe darse de manera casuística; es decir, para cada situación en particular.

En cuanto al contenido del Anteproyecto:

En primer lugar, la figura del Silencio Administrativo Positivo no puede establecerse de manera general como se pretende en el Anteproyecto, o sea para todas las peticiones o solicitudes que se presenten ante las instituciones que tienen entre sus funciones regular ciertas actividades económicas.

El Silencio Administrativo Positivo debe particularizarse para cada tipo de situación, pues no todas las peticiones o solicitudes pueden dar lugar al Silencio Administrativo Positivo, circunstancia que conduciría a las entidades públicas afectadas, a una total desregulación y

ocasionaría un caos en la Administración Pública. De más está el advertir que semejante escenario le impediría a la Administración Pública el ejercicio del interés público, el cual está obligada a salvaguardar.

Al concedérsele al Silencio Administrativo efectos positivos, se reconoce el acto administrativo presunto, el cual surte todos los efectos jurídicos, tanto en la instancia donde se hizo la petición o solicitud como ante otras instancias. Este acto administrativo conlleva el reconocimiento de derechos subjetivos; sin embargo, no se establece en el Anteproyecto el derecho a la impugnación del acto por terceros afectados, ni tampoco por la Administración Pública (entidad afectada), lo cual sí se establece en otras legislaciones.

El anteproyecto también guarda silencio cuando el acto presunto es contrario al ordenamiento jurídico, lo cual, a nuestro juicio, afecta la seguridad jurídica. También carece el anteproyecto de la exigencia de la certificación por parte de la entidad morosa en su deber de responder, elemento necesario para poder demostrar el Silencio Administrativo, ya que, de lo contrario, sería peligroso, pues nadie se preocuparía por insistir en el pronunciamiento de la Administración, máxime cuando el mismo pudiera ser adverso a sus intereses.

Creemos oportuno plantear las siguientes interrogantes: ¿Sería factible que las medidas contenidas en al Anteproyecto de Ley, por sí solas, propiciarían la celeridad en los trámites que se adelantan en la Administración Pública? ¿Sería ésta la única salida al problema de la mora administrativa en nuestro país?.

Consideramos que el Anteproyecto de Ley debe estar precedido de un estudio sobre la mora

administrativa, que definiera con exactitud las causas que inciden en ella, que justificasen la adopción de medidas claras y específicas para su solución.

Con el tema de la mora administrativa surge la necesidad de modernizar las Administraciones Públicas, de manera que las mismas cumplan con sus funciones en forma eficaz y eficiente. Es por ello que muchos países se han abocado a la revisión de sus estructuras y procedimientos para hacerlos más flexibles a las exigencias de las nuevas tendencias económicas, sociales y políticas.

El Estado Panameño, en los últimos años, ha desplegado diversos esfuerzos por mejorar los procedimientos administrativos, creando los entes rectores de las actividades económicas, en cuyas leyes se ha dotado al particular de una mayor participación en el ejercicio de las funciones públicas, que, inicialmente, estaban en manos del Estado.

La tradición de nuestro sistema jurídico ha sido introducir el Silencio Administrativo Positivo de manera especial, aplicable para determinadas peticiones o procedimientos, pese a que el mismo no estaba reconocido de manera expresa en ninguna norma.

Sin embargo, con la emisión de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en el artículo 157, se establece que el silencio se entenderá positivo, cuando así se establezca por disposición expresa. La norma también deja entrever que el Silencio Positivo así regulado puede tener plazos diferentes de vencimiento, indicando que cuando no existan plazos especiales, el mismo se configurará a los dos (2) meses, desde la fecha en que se presentó la petición o el recurso.

Veamos algunas normas que contienen el Silencio Administrativo Positivo en nuestra legislación:

El primer antecedente de Silencio Administrativo Positivo lo tenemos en el **Código de Trabajo de 1972**, en los artículos 215 y 356, respectivamente.

El artículo 215 señala que cuando el despido sea de naturaleza económica, se deberá comprobar las causas ante las autoridades administrativas de trabajo para que proceda la autorización. Si dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la solicitud no se ha resuelto la misma, el empleador podrá proceder al despido, pues se considerará plenamente justificado, quedando obligado al pago de la indemnización correspondiente.

El artículo 356 guarda relación con la solicitud de inscripción de un sindicato, federación, confederación o central en los registros del Ministerio de Trabajo. Se establece en este artículo que una vez se venzan los 15 días calendarios, sin que se hubiere rechazado u objetado la solicitud de inscripción se considerará inscrita la organización sindical para todos los efectos legales, quedando obligado el Ministerio de Trabajo a expedir las constancias y certificaciones respectivas, y, efectuar en los registros de las organizaciones sociales la anotación que corresponda.

La Ley N°25 de 26 de agosto de 1994.

Esta Ley regula el ejercicio del comercio y la explotación de la industria y modifica las Leyes 20 de 1986, 4 de 1994 y los artículos 318 y 966 del Código Fiscal. La Ley en mención, en su artículo 13 establece que, transcurridos 90 días calendarios de haberse otorgado la licencia provisional, sin que la Dirección General de Comercio Interior o la Dirección Provincial respectiva del Ministerio de

Comercio e Industrias hubiese conferido o rechazado la licencia definitiva, tendrá la obligación de expedirla, salvo que la demora sea atribuible al solicitante.

Ley N°26 de 1996.

Con esta normativa se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, como entidad fiscalizadora de la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillados, electricidad y telecomunicaciones. La citada Ley en el artículo 21 determina que contra las resoluciones que dicte el Ente Regulador cabe la interposición del recurso de reconsideración, el cual será resuelto dentro de un plazo de dos (2) meses. Si dentro de dicho plazo la entidad no decide el recurso, se considerará que la decisión de la administración es favorable al recurrente.

Ley N°29 de 1996:

Por medio de esta Ley se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas, en su artículo 18 señala que las consultas sobre viabilidad que presenten los agentes económicos deberán ser resueltas por la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), dentro de los 30 días siguientes a su presentación. Vencido dicho plazo sin que hubiere resolución expresa, se entenderá que el acto es lícito. Sin embargo, si el concepto favorable se hubiere emitido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el agente económico interesado, el acto se tendrá como no expedido.

Ley N°24 de 30 de junio de 1999:

Esta Ley, por la cual se regula los servicios públicos de radio y televisión, en su artículo 4 se

indica el término de 60 días para que el Ente Regulador autorice o rechace la solicitud de modificación de los parámetros técnicos presentada por los concesionarios de los servicios de estos servicios. Si cumplido el período aquí establecido el Ente Regulador no resuelve la solicitud, se considerará autorizada la modificación presentada.

Decreto Ley N°1 de 8 de julio de 1999.

Mediante este Decreto Ley se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el mercado de valores, recoge en sus artículos 57 y 60 el Silencio Administrativo Positivo.

El artículo 57, al regular la modificación de reglas internas de las Organizaciones Autorreguladas (Bolsa o Central de Valores), faculta a la Comisión Nacional de Valores a pronunciarse sobre la adición, modificación o derogación de las reglas internas, dentro de los 30 días desde la fecha de su presentación. De no pronunciarse la Comisión dentro del plazo fijado quedarán automáticamente autorizadas, sin necesidad de la emisión de acto alguno por parte de dicha entidad.

El segundo supuesto de Silencio Administrativo Positivo, guarda relación con la adopción de las tarifas, comisiones, contribuciones y cargos de las Organizaciones Autorreguladas. Establece el artículo 60 que la Comisión de Valores tiene 30 días para notificar y sustentar su oposición a las tarifas, comisiones, contribuciones y cargos que adopten estas organizaciones, de lo contrario se entenderán aprobadas.

Los ejemplos de Silencio Administrativo Positivo presentados en los párrafos anteriores, demuestran que esta figura jurídica ha sido utilizada en aquellas actividades donde la Administración ejerce

fiscalización, ya que la actividad en sí la ejercen los particulares. Por tanto, es función de la Administración cuidar que la misma se realice dentro de los parámetros que la Ley sectorial previamente ha establecido.

El Silencio Administrativo Positivo en estos términos es viable, pues la Administración con su inactividad o falta de respuesta no puede paralizar las mismas (Ley sobre servicios públicos de radio y televisión, Ley de Comisión de Valores, Ley sobre la Competencia).

En la legislación examinada, la Administración, previamente, ha ejercido su facultad discrecional de conceder o negar lo solicitado, evaluando en cada caso en particular las características propias de cada petición, decidiendo conforme al interés público que debe privar sobre cualquier interés particular, ya que así lo disponen la Constitución y las Leyes.

A nuestro entender, la creación de leyes con nuevas figuras jurídicas, por sí solo, no es la vía adecuada para resolver el problema de la mora administrativa en las instituciones públicas, por lo que habría que hacer previamente un estudio profundo sobre las causas que podrían estar incidiendo en la tramitación de los procedimientos y el cumplimiento de los términos en ellos establecidos.

Es nuestra convicción que uno de los factores que pueden estar incidiendo en la mora administrativa está relacionada con el factor humano encargado de imprimirle celeridad a los procedimientos que ante ella se surtan, así como dar respuesta dentro de los términos previstos en la Ley.

Es oportuno recordar que la Administración Pública ya ha dado los primeros pasos para intentar

disminuir la mora existente en las diversas instituciones del Estado. Ejemplo de ello es la Ley 38 de 31 de julio de 2000, la cual, en el Libro Segundo sobre el Procedimiento Administrativo General, ha procurado unificar los criterios sobre los cuales deben descansar los procedimientos administrativos en el sector público.

Sobre el particular debemos señalar que, el procedimiento administrativo es un medio, un instrumento para el buen gobierno, para la eficiencia y eficacia de la función pública y, en suma, para el interés general de la sociedad. El trámite administrativo interesa a todos: nacionales y extranjeros, por lo que la calidad y eficiencia en su desenvolvimiento es de igual trascendencia.¹

La Ley 38 de 2000 tiene dos objetivos fundamentales, a saber: a) garantizar a los ciudadanos el ejercicio real y verdadero de los derechos consagrados en la Constitución y las Leyes; y b) crear en el servidor público una nueva actitud en el cumplimiento de las funciones públicas a él asignadas, siendo garantes del cumplimiento de los derechos constitucionales y legales que consagra la Ley.

Esta normativa establece los principios que deben regir en las actuaciones administrativas, los cuales son el de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la **realización oportuna de la función administrativa**, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. (art.34)

En cuanto a las actuaciones de los servidores públicos, éstas deberán estar enmarcadas por los

¹ Procedimiento Administrativo / Ley 38 de 2000. Javier Ernesto Sheffer T. Editorial Portobelo, Librería El Campus. Primera Edición. Junio de 2001. Panamá. Pág.6

principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, dedicando el máximo de sus capacidades a las funciones asignadas. (art.34)

Como vemos, los principios enunciados tienen el propósito de reducir la mora administrativa y, sobre todo, la simplificación de trámites. Coherente con este querer, la Ley 38 ya comentada, en el artículo 47, contiene una prohibición, que este Despacho la ha calificado como uno de los símbolos de la Ley, y es la que se refiere a la prohibición de establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos, constituyéndose en falta disciplinaria la violación de este precepto.

Lo que pretende el artículo 47 es recordar a los funcionarios públicos la prohibición de exigir requisitos innecesarios, que dificultan el trámite administrativo, lo cual favorece el desaliento de los ciudadanos, deseosos de obtener concretas y prontas respuestas a sus peticiones.

Por otra parte, esta Ley regula de una manera integral el Derecho de Petición consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política, estableciendo las sanciones que corresponden a los funcionarios que no cumplan con los términos relacionados con ese derecho.

En cuanto a la tramitación de los procesos, la Ley 38 de 2000 determina que ello es responsabilidad de la Administración y, de manera especial, del Jefe/a del Despacho respectivo y del funcionario encargado de la tramitación del proceso. (art.49)

La norma en comento seguidamente señala que el retraso injustificado en la realización de un trámite a cargo de la Administración, se constituirá en impedimento de la autoridad para seguir

conociendo del proceso, para lo cual se deberá interponer incidente de recusación ante el jefe inmediato, quien estará en la obligación de resolver el mismo dentro de un término de tres(3) días hábiles.

Lo señalado en párrafos anteriores, como lo dijimos antes, constituye uno de los esfuerzos que viene haciendo la Administración Pública en adecuar sus instituciones al mundo actual; otro logro en este sentido lo es la emisión de la Ley que regula la Pequeña y Mediana Empresa; la creación de las ventanillas únicas en aquellas instituciones que adelantan diversos trámites como son la del Ministerio de Comercio e Industrias (relacionada con las exportaciones -VICOMEX), la de la Dirección de Obras y Construcciones Municipales, entre otras, como mecanismos para agilizar los trámites y facilitar la prestación del servicio a los ciudadanos.

Retomando el punto medular de la Consulta, nos permitimos observar que el tema del Silencio Administrativo Positivo es muy delicado por las consecuencias que la misma figura jurídica en sí puede producir. Por ello, es que cualquier reglamentación sobre el tema debe ser cuidadosamente planteada, pues las consecuencias económicas que tendría que asumir el Estado pudieran empeorar la preocupante situación económica que hoy tenemos, así como dar al traste con un principio rector del Estado de derecho, cual es la **seguridad jurídica**, pues la forma en que se está contemplando el Silencio Administrativo Positivo, de manera genérica, sin especificar los casos concretos, traería una gran confusión a las instituciones que según el Anteproyecto estarían obligadas a acatar dicha normativa, produciéndose un efecto contrario a su propósito original.

Consideramos que en un Estado donde no existe un sistema de responsabilidades para los funcionarios que con su actuar causen perjuicios a la Administración, es un tanto peligroso aprobar una normativa sobre Silencio Administrativo Positivo en los términos planteados en el Anteproyecto.

En consecuencia, por motivos de seguridad jurídica, orden público e interés público, es imperioso que cualquier normativa que se dicte para regular el Silencio Administrativo Positivo en Panamá, se debe hacer apoyándose en la casuística. Es decir, que se señale en la Ley, caso por caso, qué asuntos, solicitudes o reclamos ante la Administración omisa durante cierto tiempo daría lugar al asentimiento o "respuesta" positiva. El tema, como ya lo indicamos, no es novedoso, pues la legislación nuestra ya contempla el Silencio Administrativo con efectos positivos para ciertos supuestos, tradición jurídica que, a nuestro juicio debe mantenerse para preservar el orden público y la seguridad jurídica.

Finalmente, queremos señalar que, si en las instituciones del sector económico existe un estancamiento en los procedimientos que por Ley están obligados a evacuar, sería conveniente que cada una de las instituciones reevalúe sus procedimientos, con la finalidad de encontrar los nudos críticos y, conforme a los principios ya establecidos en la Ley 38 de 2000, proceda a revisar los mismos para hacerlos más ágiles y flexibles, para así cumplir oportunamente con la función que la Ley les ha atribuido. Definitivamente que ello también conllevaría una reevaluación de la estructura interna de la organización analizada para hacerla más operativa y, por supuesto, una evaluación del factor humano encargado de los diversos procedimientos, factor este que debe ser competente para cumplir con las funciones y responsabilidades que se le asignen.

Este Despacho ha encaminado un intenso programa de divulgación de la Ley 38, precisamente para contribuir a la atención de problemas como el del Silencio Administrativo.

Esperando que nuestros comentarios sirvan de orientación en este tema tan delicado, nos suscribimos, muy atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/12/cch.