

Panamá, 4 de septiembre de 2000.

Doctor

Gustavo Adolfo Paredes

Comisionado Presidente de la
Comisión de Libre Competencia
y Asuntos del Consumidor

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, de servir de Asesor Jurídico a los servidores administrativos, acuso recibo de su Nota N°. CP-366/GAP/mr/nr de 24 de julio de 2000, por medio de la cual nos formula Consulta sobre la interpretación y aplicación de la Ley 29 de 1996, "mediante la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas", concretamente la interpretación del párrafo cuarto del artículo 238 de la up-supra citada Ley .

Comenzaremos el presente examen, definiendo lo que se entiende por Silencio Administrativo, su Naturaleza Jurídica y las diferentes formas en que se produce el Silencio Administrativo, en la doctrina como en la legislación panameña, para luego emitir nuestro criterio legal.

Concepto

Silencio Administrativo. Para Marienhoff, es una "situación que se produce cuando ésta (la Administración) no emite una Resolución que corresponda emitir o no se pronuncia en sentido alguno acerca de una petición que se le haya formulado." (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo. T.II., 3era., edición Abeledo/Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 316 cit. por Lic. Héctor Jiménez B. en su escrito "El Silencio Administrativo en Panamá".

"El silencio o la inercia de la administración, según la terminología usada también por juristas italianos, no puede, por lo general, constituir una forma tácita de voluntad de los entes públicos, aunque esta regla sufre excepciones cuando tiene fundamento en una forma de derecho positivo, que expresamente lo disponga; así, en materia jerárquica, el silencio, después de un determinado tiempo, se interpreta como resolución negativa de lo que se pretende". (DE VALLE, Arnaldo cit. por PENAGOS, Gustavo., El Silencio Administrativo., Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Colombia., 1997, p.5)

Naturaleza Jurídica

Según comenta el Lic. Jiménez, en su escrito sobre el Silencio Administrativo, la doctrina mantiene dos posiciones principales sobre éste, por un lado como un acto presunto y por otro como un hecho, lo cual se ha llamado teoría o doctrina del silencio. (II Jornada de Capacitación sobre Procedimiento Administrativo "El Silencio Administrativo". Ponencia del 5 de abril de 2000)

1. El Silencio como Acto Presunto.

Algunos autores ven en el Silencio Administrativo un acto presunto debido a que la existencia de un acto administrativo es un requisito fundamental de los recursos administrativos y del proceso contencioso - administrativo. Esta posición la sigue GORDILLO, MARIENHOFF, entre otros, que considera que el Silencio es un acto administrativo al cual el ordenamiento jurídico le da un sentido y que expresa la voluntad de la Administración Pública.

2. El Silencio como un Hecho.

En contraposición al Silencio Administrativo como un acto presunto surge la postura que lo considera como un hecho, carente de toda actividad volitiva, o sea, esta corriente considera que el Silencio no expresa ningún tipo de voluntad de la administración, sino que simplemente es un hecho que el ordenamiento jurídico le señala determinada consecuencia. Los seguidores de esta tesis llegan a esta conclusión al analizar los elementos esenciales de todo acto administrativo, los adjetivos que califican en general los actos administrativos expresos, y/o la falta de un plazo de impugnación.

Formas de Silencio Administrativo

1. Silencio Positivo. Existen legislaciones que han señalado que el silencio positivo dará lugar a un acto presunto, esto es a un verdadero acto administrativo; mientras tanto el silencio negativo se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos se contraen a permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso - administrativo que resulte procedente.

2. Silencio Negativo. Debe entenderse como una decisión desestimatoria de la administración respecto a lo pedido por el administrado, o sea, que la ley designa que la actividad omisiva de la administración niega la solicitud hecha por el particular, lo cual es una presunción legal a favor de éste a fin de que pueda recurrir o accionar. Por su parte el jurista Gustavo Penagos, determina que el Silencio Administrativo Negativo "...consiste en no resolver en determinado plazo, y la ley le da efecto desestimatorio a la petición."

Cabe resaltar, que para algunos juristas el silencio administrativo es una técnica o mecanismo de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativo, y por ello triunfa la solución del silencio administrativo negativo. Existía otra alternativa: considerar el silencio administrativo positivo como técnica simplificadora y como acicate para que la Administración cumpliera su obligación de resolver de forma inmediata bajo los términos dispuestos en la Ley.

Silencio Administrativo en la Legislación Panameña

El Silencio Administrativo esta contenido en el artículo 36 de la Ley 135 de 1943 modificado por Ley 33 de 1946 (artículo 22) y cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 22. " El artículo 36 quedará así: Se considerará agotada la vía gubernativa:

1. Cuando interpuestos alguno o algunos de los recursos señalados en el artículo 33 **se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.**
2. Cuando no se admita al interesado el escrito en que interponga cualquiera de los recursos señalados en el artículo 33.

La circunstancia que contempla este inciso deberá ser probada plenamente.

3. Cuando transcurra el plazo de dos meses **sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o a una entidad pública autónoma o semi-autónoma siempre que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.**

Si se comprobare plenamente que no fue admitido el memorial en que se hizo la solicitud de que trata el inciso anterior, se considerará así mismo agotada la vía gubernativa."

Se desprende de la anterior disposición, los supuestos jurídicos en que se considera agotada la vía gubernativa, determinado a su vez el mencionado Silencio Administrativo. En el primer numeral, se contempla el Silencio Administrativo Recursivo, y en el tercero, el Silencio Administrativo General, mientras que en el segundo numeral, si bien se da el agotamiento de la vía gubernativa no es por la configuración del Silencio Administrativo, sino cuando la Administración no le da entrada, no recibe el escrito de interposición del recurso de reconsideración o de apelación del particular. (Op. cit. p.3)

El numeral 1 del artículo 36 de la Ley 135 de 1943, prevé el nombrado Silencio Administrativo Recursivo, que es aquel que una vez transcurrido un plazo de dos (2) meses sin que se dé decisión resolutoria de parte de la Administración se configura la **desestimación tácita; mientras que el Silencio Administrativo General, dispuesto en el numeral 3, del citado artículo 36 regula el Silencio Administrativo ut-supra**, es aquel que ocurre cuando transcurre un plazo de dos (2) meses sin que la Administración dicte o se pronuncie sobre cualquier solicitud presentada por el interesado, siempre que sea de aquellas susceptibles de recurrir administrativamente. (Op.cit.p4)

Por otra parte, señala el Lic. Héctor Jiménez, que la norma no especifica el carácter del Silencio Administrativo, si debe entenderse estimada (positiva) o denegada (negativa), para lo cual se debe recurrir al numeral 1, del mismo artículo que si lo señala concretamente.(Resaltado Nuestro)

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Luego de haber puntualizado los aspectos doctrinales y legales del Silencio Administrativo, nos permitimos transcribir el artículo 238 de la Ley 29 de 1996, objeto de Consulta.

“Artículo 238: **Regulación al comercio y a la industria.** Las regulaciones, trámites, registros y controles, para el ejercicio del comercio y la industria, en general, y para la protección del ambiente y el cumplimiento de los estándares de calidad necesario para el mercado nacional de un mismo género de producto elaborados en el país o en el exterior, son los mismos, independientemente del origen de los productos.

Los procedimientos administrativos, para tales efectos, se rigen por los principios procesales, especialmente el de celeridad, verificando el cumplimiento de los requisitos sanitarios; la administración pública debe resolver las solicitudes respectivas en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendarios. Vencidos el plazo sin que hubiera resolución expresa, se tendrá por autorizada la solicitud respectiva.

Para resolver, la administración pública solamente podrá considerar si la solicitud cumple con los requisitos señalados en la ley. En caso de negarse la solicitud, se deberá consignar expresamente el requisito que no se ha llenado y la norma que no se ha cumplido, para que el solicitante, luego de cumplidos los requisitos legales, obtenga lo solicitado.

En el caso que la administración pública no hubiera resuelto la solicitud respectiva en el plazo señalado, el solicitante podrá presentar copia debidamente sellada de la solicitud y la certificación de que no ha sido negada, con lo cual podrá realizar todos los trámites que usualmente realizaría con la autorización respectiva. La administración pública está obligada a contestar la certificación, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

En materia de productos de consumo humano o que afecten la salud humana, se hará cumplir las normas industriales, técnicas y de salud adoptadas por ley.” (Subrayado de la Procuraduría)

Según nos señala en su Nota, el punto de interés estriba en considerar si el término de cinco (5) días, del cuál se refiere el párrafo cuarto del artículo 238 ut-supra, debe considerarse Silencio Administrativo Negativo, aplicable sin consideración del término general de dos (2) meses plasmado en el artículo 36, numeral 3 de la Ley 135 de 1943, subrogado por el artículo 22 de la Ley 33 de 1946, para el caso de las solicitudes que se

dirijan a un funcionario público que genera actos recurribles ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De acuerdo a la opinión del Departamento de Asesoría Legal de la CLICAC el párrafo cuarto del artículo 238 de la Ley 29 de 1996 se refiere a los principios que debe observar todo funcionario público en los procedimientos administrativos de expedición de licencias de importación, independientemente del origen del producto.

El artículo 31 de la citada Ley 23 de 1997, dispone que para la importación de animales, sus productos y subproductos; de medicamentos de uso veterinario, así como de productos biológicos, biotecnológicos, químicos y alimenticios, para uso y consumo animal, se requiere previamente de una licencia zoosanitaria de importación expedida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Los requisitos establecidos en la licencia deben basarse en parámetros científicamente comprobados y ser publicados en un diario de circulación nacional. En caso de no otorgarse la licencia, tal rechazo deberá ser motivado. Las Licencias zoosanitarias deberán ser concedidas dentro de términos sumarios. (Subrayado nuestro)

Se colige de la norma copiada, que la licencia zoosanitaria de importación debe ser expedida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario dentro de un término sumarísimo, a nuestro juicio esta debe expedirse de conformidad con los principios de celeridad y libre concurrencia de la OMC, garantizado con esto, que no se establecerán barreras no arancelarias a la importación. (Ref. Artículo 239 de Ley 29 de 1996)

De igual forma, el artículo 238, de la Ley 29 de 1996, establece que los procedimientos administrativos, para tales efectos, se rigen por los principios procesales, especialmente el de **celeridad**. Cumplidos los requisitos legales verificando el cumplimiento de los requisitos sanitarios, **la administración pública debe resolver las solicitudes respectivas en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendarios. Vencidos el plazo sin que hubiera Resolución expresa, se tendrá por autorizada la solicitud respectiva.**

En ese sentido, si la Administración Pública, vencido el plazo de sesenta (60) días no resolvió ni rechazo la licencia zoosanitaria de importación, se tendrá autorizada la solicitud respectiva a favor del administrado; en otras palabras se entiende generado un derecho a favor del administrado que es la concesión de la licencia zoosanitaria de importación.

En la norma comentada, opera el silencio administrativo positivo, esta es una técnica simplificadora y es un acicate para que la Administración Pública cumpla con lo reseñado en la Ley. Esta norma plantea un mecanismo sencillo, pues se trata de un silencio automático, sin imposición de cargas a los particulares que les obliguen a recordar a la Administración algo que ésta ya conoce y que esta válidamente plasmado en una disposición legal. No obstante, a pesar de que el citado silencio, no está contenido en la Ley 135 de 1943, modificado por la Ley 33 de 1946; el mismo se encuentra contenido en la Ley 29 de 1996.

En cuanto al párrafo cuarto, la Administración no está concediendo un derecho, pues el derecho ya fue generado y por tanto concedido al tenor de lo establece el párrafo 2 del artículo 238 de la Ley 29 de 1996 en análisis sino que está certificando que la administración no ha negado lo solicitado.

Ahora bien, en el caso que la Administración Pública no hubiera resuelto la solicitud respectiva en el plazo señalado, el solicitante según el artículo 238, párrafo cuarto, podrá presentar copia debidamente sellada de la solicitud y la certificación de que no ha sido negada la misma y continuar con los trámites que usualmente realizaría con la autorización respectiva.

No obstante, la norma in comento dispone que la Administración Pública está obligada a contestar la certificación de que no ha negado dicha autorización, en un plazo de cinco (5) días; la pregunta es que sucede si la Administración no responde en ese término, se entiende como silencio administrativo negativo?

Este Despacho es del criterio que el hecho de que la Administración no conteste la certificación dentro de los cinco (5) días hábiles, no significa que se ha dejado de conceder este derecho, porque el mismo se configuró según con fundamento en el artículo 238, párrafo segundo de la Ley 29 de 1996. En todo caso, lo que se ha originado es un incumplimiento por parte de la Administración, al no expedir la certificación respectiva sin más trámites; lo cual impide la ejecución del derecho concedido por ley. En ese sentido, le corresponderá a la parte afectada recurrir ante las instancias pertinentes para hacer que la Administración cumpla con lo dispuesto en los artículos 238 y 239 de la Ley 29 de 1996 y la Ley 23 de 1997, y poder así ejecutar el derecho que se pide. Así pues, en todo caso, se trata de la ejecución del derecho y no el otorgamiento o concesión del mismo.

Por último, la CLICAC, como ente fiscalizador velará, permanentemente, porque estos trámites no se constituyan en barreras para el ejercicio de este comercio. Para valorar los trámites con dicho criterio, comprobará que los requisitos que se exijan sean esenciales, indispensables e insustituibles, de acuerdo con el interés público para el acto administrativo de que se trate. Para tal efecto, requerirá del organismo o entidad respectiva toda la información necesaria. (Cfr. Artículo 239 de la Ley 29 de 1996.)

En estos términos dejo contestada su interrogante, me suscribo de Usted, atentamente,

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

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/cch.