
Comentarios sobre la Ley 38 de 31 de julio de 2000, a veinte años de su vigencia*

Dr. Carlos Gasnell Acuña^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: cgasnell@cgaabogados.com

Recibido: 16 de diciembre de 2020

Aceptado: 12 de enero de 2020

Resumen:

La promulgación de la Ley 38 del 31 de julio de 2000 constituye un antes y un después para el desarrollo del Derecho Administrativo en Panamá. La tipificación de los principios reguladores de la Administración Pública y de sus actuaciones, y la estructuración del procedimiento administrativo y la justicia administrativa ha sido el fundamento para la función pública y reguladora. En este extracto de una conferencia dictada en conmemoración de los 20 años de existencia de la Ley 38 de 2000, el reconocido administrativista panameño, Dr. Carlos Gasnell Acuña, comenta los antecedentes y aportes de la norma que fundamenta, en gran medida, el Derecho Administrativo panameño; así como sus limitaciones y posibles aspectos que se podrían tomar en cuenta para una futura reforma de la Ley.

Palabras clave: Administración Pública, actos administrativos, principio de legalidad, procedimiento administrativo, silencio administrativo.

Abstract:

The promulgation of Law 38 of July 31, 2000 was a seminal moment in the development of Panama's Administrative Law. The recognition of the regulatory principles that govern public administration and its acts, as well as the systematization of the administrative process and the organization of administrative justice within public offices, laid the foundations of both regulatory and public functions. In this conference, which commemorates the 20th anniversary of the issuance of Law 38 of 2000, the renowned Panamanian specialist in Administrative Law, Carlos Gasnell Acuña, describes the background and the contributions of this legislative piece to Panamanian Administrative Law. In

* El texto de este artículo, en gran medida, fue expuesto en una actividad realizada conjuntamente entre la Universidad Santa María la Antigua y la Procuraduría de la Administración en el mes de julio de 2020 para celebrar los 20 años de vigencia de la Ley 38 de 31 de julio de 2000

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo I, II y III en la Universidad Santa María la Antigua. Profesor de los cursos de Participación Ciudadana y de Contratación Pública en la Escuela de Gobierno de Aden University, y Socio-Director de CGA Abogados y Consultores.

doing so, it also analyzes the limitations of this Law and recommends several reforms and amendments that should be undertaken in the near future.

Keywords: Public Administration, administrative act, legality principle, administrative procedure, administrative silence.

I. Introducción

La Ley 38 de 31 de julio de 2000 (en adelante, Ley 38 de 2000) es la norma panameña que aprobó el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración; y, a su vez, regula el procedimiento administrativo general. La Ley 38 de 2000 fue aprobada debido a la necesidad de las instituciones del Estado de contar con directrices y orientaciones claras para sus procedimientos administrativos, en ausencia de leyes especiales, y como lo señala expresamente su exposición de motivos al desarrollar los objetivos generales del proyecto:

“Se establece un nuevo Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, el cual se inspira en la necesidad de profundizar el rol de la entidad como defensora del Estado de Derecho, organizándola desde una nueva visión y misión con la sociedad, para prevenir las fallas administrativas, establecer una redefinición institucional e incrementar su oferta de servicios a la ciudadanía y al Estado.

El proyecto de Ley instituye nuevas reglas de procedimientos uniformes en las Administración Pública, para fomentar la seguridad jurídica en el país, minimizar las formalidades, procurar coherencia y uniformidad en las gestiones de la Administración Pública, y garantizar la aplicación de procedimientos administrativos conforme al principio constitucional de legalidad”.

Veinte años después de su entrada en vigencia, puede decirse que estos objetivos generales fueron alcanzados con creces. Sin embargo, la Ley 38 de 2000 no ha sufrido modificaciones sustanciales hasta la fecha, y los nuevos tiempos requieren que esta norma sea revisada para adaptarla a los “nuevos procedimientos administrativos”. De manera que, en la misma, sigan existiendo procedimientos imperativos, cuando realmente lo amerite la situación, pero en convivencia con procedimientos administrativos de tercera generación, siguiendo la clasificación de Javier Barnes¹, donde se contemple

¹ “Las categorías, clases o tipos de procedimiento, en contra de lo que ha podido pensarse durante largo tiempo, no vienen determinadas, a nuestro juicio, en razón de la materia —procedimientos para el otorgamiento de licencias en el ámbito del comercio o la vivienda, por ejemplo—, ni por el contenido o naturaleza de la resolución que ponga fin al procedimiento —acto declarativo o constitutivo, por ejemplo—. Las cosas son más complejas, pero también más interesantes. La clasificación que aquí se propone resulta más radical y profunda, puesto que se basa, en última instancia, en el modelo de administración, y en la forma de gobierno y regulación en el que aquella se inserta. Hablamos aquí de generaciones para hacer referencia a la sucesión —y convivencia— de esos distintos modos de operar. Es decir, una cosa es la administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación), otra es cuando ella dicta normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación), y otra muy distinta hace referencia a cuando la administración y otros actores se sirven de elementos o principios de procedimiento en las nuevas formas de gobernanza, los cuales están marcados por la colaboración entre administraciones, tanto dentro de las propias fronteras como más allá del Estado”. BARNES, Javier (2011) *Tres Generaciones del Procedimiento Administrativo* (Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú N°67) p.79.

el uso de tecnología, mayor participación ciudadana, mecanismos de “soft law”, divulgación y prevención, buen gobierno y el derecho a una buena Administración, entre otros que forman parte del debate moderno sobre lo que debería ser el procedimiento administrativo.

II. Antecedentes de la Ley 38 de 2000.

¿Qué normativa regulaba el procedimiento administrativo general antes de la aprobación y promulgación de la Ley 38 de 2000?

Antes de la aprobación de esta ley general, en Panamá no había una norma que desarrollara todos los aspectos del procedimiento administrativo como en efecto lo hace la Ley 38 de 2000. En su lugar, contábamos con normas aisladas e incompletas que servían parcialmente de guía a las instituciones para adoptar sus decisiones y emitir sus actos administrativos.

Entre estas normas podemos mencionar:

1. El artículo 851 y 852 del Código Administrativo. Estos artículos, a pesar de formar parte de un Código que fue aprobado en 1916, contienen normas garantistas de los derechos de los particulares, cuyo contenido vale la pena transcribir:

“Artículo 851. El Poder Ejecutivo reglamentará la manera de proceder en los asuntos administrativos de carácter nacional, sobre las bases siguientes:

1° Que no se eluda el derecho de petición, ni se demore indefinidamente el despacho de los asuntos;

2° Que cuando la naturaleza del caso lo requiera, se haga una averiguación prolija de los hechos, para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados;

3° Que se definan bien los casos de impedimento, a fin de asegurar la imparcialidad de los empleados y se disponga claramente la manera de reemplazar los impedidos; y

4° Que se definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, haciendo que no se vulneren los derechos de los particulares ni se eluda la ley”.

Artículo 852. El Poder Ejecutivo puede, en los casos no previstos que ocurran, disponer lo que juzgue conveniente y equitativo en cuanto al procedimiento de los empleados nacionales y municipales, puede también modificar o reformar los reglamentos sobre el particular, cuando lo crea justo y razonable”.

2. La Ley 33 de 8 de noviembre de 1984 “Por la cual se toman medidas sobre actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones”.

Cabe destacar que la mayoría de los artículos de esta ley fueron expresamente subrogados, por la Ley 38 de 2000; sin embargo, algunos de ellos, de forma total o parcial, fueron incorporados en el texto

de dicha norma², mientras que otros artículos, en nuestra opinión, debieron ser actualizados y tomados en cuenta en la nueva normativa, por representar legislación positiva para la evolución de los procedimientos administrativos. Un ejemplo lo podemos observar en el artículo 7 de la Ley 33 de 1984, el cual transcribimos a continuación:

“Art. 7. ...En caso de existir procedimientos regulados por ley con excesivos requisitos burocráticos, deberá enviarse al Presidente de la República el proyecto de Ley respectivo para su presentación al Consejo Nacional de Legislación o, en su caso, a la Asamblea Legislativa, de conformidad con los procedimientos constitucionales pertinentes, dentro del mismo plazo antes establecido.”

3. La Ley 20 de 30 de diciembre de 1985 “Por la cual se adoptan disposiciones tendientes a agilizar algunos trámites administrativos y se dictan otras disposiciones”.

Esta ley modificó artículos de diferentes leyes que contemplaban trámites administrativos. Adicionalmente, modificó algunos de los artículos de la Ley 33 de 1984 y otros fueron derogados y otros subrogados (artículo 28) por la Ley 38 de 2000. Algunos de sus artículos fueron incorporados en el texto de la Ley 38 de procedimiento administrativo:

“Artículo 28: El artículo 10 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, quedará así:

Artículo 10: Por regla general los procedimientos administrativos en los Ministerios y Entidades Descentralizadas serán uniformes y los recursos deberán ser tramitados conforme lo previsto en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. La sustentación de los recursos en cada instancia no excederá de cinco días hábiles. Los procedimientos administrativos especiales se regirán por las leyes que los establecieron y, en lo no previsto por ellas, se aplicarán las normas contenidas en esta Ley.

Artículo 29: La competencia que por virtud de las disposiciones de la presente Ley y de la Ley 33 de 1984 se otorga a los Ministerios que ellas establecen, se extenderá igualmente para aquellos actos administrativos o de trámite relacionados con la decisión o la ejecución de tales solicitudes, peticiones, reclamaciones o contratos, tales como devoluciones de fianzas, cancelación o resolución de actos o contratos u otros de naturaleza análoga.

Artículo 30: En el cómputo de días para formular peticiones, reclamaciones, solicitudes o recursos, sólo se tomarán en cuenta los días hábiles, salvo que por disposición legal expresa se disponga otra cosa.

III. Algunos aportes significativos de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Son muchos los aportes que ha realizado esta ley a la institucionalidad, lo cual ha redundado tanto en beneficio de la Administración Pública en general, de las instituciones en especial, y de los particulares, que a partir de su promulgación, cuentan con mayor seguridad jurídica al momento de actuar ante las diferentes instituciones donde realizan sus trámites. Sin el ánimo de ser exhaustivos vamos a identificar algunos de estos aportes:

² Un ejemplo es el artículo 6 de la Ley 33 de 1984, que señala lo siguiente: Si el Órgano Administrativo no pudiese resolver la petición, reclamación, consulta o queja, dentro del término señalado, lo deberá poner en conocimiento del interesado, indicándole las razones del retraso, e indicando la fecha en que se resolverá.

1. La ordenación del procedimiento administrativo. Como quedó evidenciado en el apartado anterior, en materia de procedimientos administrativo no existía una ley general, sino normativa dispersa que regulaba aspectos tangenciales del procedimientos administrativo. La Ley 38 de 2000 representa la ordenación de muchas de dichas normas aisladas en un solo cuerpo normativo que contiene desde los principios del procedimientos administrativo, normas sobre actuación, inicio y terminación de los procedimientos, regulación del silencio administrativo, interposición de recursos y agotamiento de la vía administrativa, entre otros.

2. La estructuración de los principios del derecho administrativo, incluido el principio de legalidad. En el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, se contempla expresamente un conjunto de principio del derecho administrativo que deben servir de orientación tanto a los servidores públicos como a los particulares que realizan gestiones administrativas:

Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas 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. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición. Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.

3. La posibilidad de presentar solicitudes y recursos con base al principio de informalidad. En la normativa se deja expresamente plasmado que los procedimientos administrativos son informales y que salvo ley especial no se requiere otorgar poder a un abogado para presentar solicitudes o recursos administrativos.

4. La regulación del derecho constitucional de petición. La Ley 38 de 2000 desarrolla el artículo 41 de la Constitución Política que establece la posibilidad de presentar peticiones, consultas y quejas respetuosas ante la Administración y de obtener una respuesta en un plazo de 30 días.

5. Las formas de iniciar los diferentes procedimientos administrativo. La Ley 38 de 2000 contiene normativa que orienta sobre las distintas formas de iniciar los procedimientos administrativos: a solicitud de parte interesada y de oficio, desarrollando los diferentes aspectos de cada uno de estos.

6. La regulación del silencio administrativo. La regla general en el procedimiento administrativo general es que una vez se configura el silencio administrativo, este siempre será negativo, entendiéndose que será positivo cuando así lo establezca una Ley especial (artículo 157). La Ley 38 de 2000 establece los plazos para que se configure esta ficción, que nunca debe considerarse como un privilegio de la Administración, sino como una prerrogativa de los particulares para no quedarse en estado de indefensión ante la falta de respuesta de una institución pública.

7. Los recursos administrativos disponibles y el agotamiento de la vía gubernativa. La Ley 38 de 2000 reguló los recursos ordinarios y extraordinarios que pueden ser interpuestos cuando se considere que la decisión emitida vulnera algún derecho subjetivo o se ha cometido alguna irregularidad en el procedimiento contraria a la ley. Se estableció la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración y/o apelación, y el recurso extraordinario de revisión administrativa para situaciones específicas. Igualmente se contempló la posibilidad de solicitar la revocatoria del acto administrativo, o que la misma sea aplicada de oficio, como excepción al principio de revocabilidad de los actos administrativos, para casos taxativos.

8. Un glosario extenso. Si bien, somos del criterio de que las definiciones o glosarios dentro de las leyes pueden generar confusión, toda vez que se trata de conceptos o definiciones normativas, en el caso de la Ley 38 de 2000, muchas definiciones han servido a los juzgadores para aclarar el sentido de algunas normas.

IV. Limitaciones de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Si bien la Ley 38 de 2000 representó un avance y hemos hecho mención, de algunos de sus aportes, transcurrido 20 años de su vigencia, ha quedado evidenciada la necesidad de revisar sus bases y postulados; así como, incluir nuevos procedimientos con fundamento en las nuevas tendencias en materia de derecho administrativo, de la mano de la tecnología y el respeto y promoción de los derechos humanos. Algunas de las limitaciones de la Ley 38 de 2000 requieren, a su vez, la revisión de la modificación de otras normas que condicionan su avance, como por ejemplo la reforma de la normativa que regula el contencioso administrativo.

Entre las limitaciones de la normativa podemos señalar las siguientes:

1. La existencia de la Ley 135 de 1946, modificada por la Ley 33 de 1946. Si bien la Ley 38 de 2000 derogó los aspectos de procedimiento administrativo contenidos en la Ley que regula el Contencioso Administrativo en Panamá, fundamentalmente lo relacionado con el agotamiento de la vía administrativa; su estructura todavía “revisora” de actos administrativos, impidió y sigue impidiendo, que la norma general de Procedimiento Administrativo y la normativa especial, explore aspectos innovadores relacionados con el tratamiento de la inactividad de la Administración y otras figuras que hubiesen entrado en colisión con la normativa de acceso al contencioso administrativo. No tiene mucha lógica desde el punto de vista jurídico avanzar en materia de procedimiento administrativo si existen limitaciones en el contencioso que van a impedir que pueda conocer de ciertos asuntos.

2. La falta de regulación independiente de los procedimientos que inician de oficio (principalmente los sancionadores), y los que inician a solicitud de parte interesada. La Ley 38 de 2000 no estableció la separación para los procedimientos que inician de oficio, de los que inician a solicitud de parte interesada. En el texto de la Ley 38 de 2000 se encuentran entremezclados ambos procedimientos, lo que puede causar confusión tanto a los servidores públicos como a los particulares. Tampoco hay una regulación diferenciada del derecho de petición constitucional y los procedimientos que inician a solicitud de parte interesada que no guardan relación con dicho derecho fundamental, relacionados básicamente con las solicitudes formalizadas.

3. La excesiva “procesalización” del procedimiento administrativo. A pesar de aplicarse el principio de informalidad y que el procedimiento para su activación o para la presentación de recursos

no requiere del otorgamiento de un poder a un abogado, el procedimiento en algunos aspectos es confuso y complejo. Por ejemplo, tenemos el procedimiento de notificación de los actos administrativos, el cual a nuestro parecer, no debería operar de la misma manera para los procedimientos que inician de oficio y los que inician a solicitud de parte interesada, y debería utilizarse la tecnología para solucionar los problemas que genera esta importante etapa del procedimiento.

V. Cinco (5) temas que valdría la pena revisar para efecto de una reforma, y una (1) recomendación general.

1. La supletoriedad de la Ley 38 de 2000. Es un hecho que a pesar de tratarse de una ley general de procedimiento administrativo, la Ley 38 de 2000 se aplica supletoriamente en caso de existir leyes de procedimiento especiales; sin embargo, en la práctica resulta difícil la determinación de los límites de la aplicación de la normativa especial frente a la general, cuando los procedimientos contenidos en la primera tienen vacíos. De manera que, las reglas para la aplicación supletoria de la ley general deberían estar definidas en la ley general de antemano, ello sobre la base de criterios claros. La experiencia vivida por la Procuraduría de la Administración al absolver constantes consultas con relación a este persistente debate, en los 20 años de vigencia de la Ley 38 de 2000, de seguro arrojarían información para delimitar estos criterios.

2. La validez y eficacia de los actos y las disposiciones administrativas (normas de carácter administrativo). En materia de derecho administrativo se presume la validez de los actos y disposiciones administrativas cuando se emiten, y los mismos adquieren eficacia, los primeros, cuando se notifican efectivamente, y las segundas cuando se publican en la Gaceta Oficial. Esta premisa está consignada en nuestra legislación en el artículo 46 de la Ley 38 de 2000 de la siguiente manera: “Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes. Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior”.

A pesar de la aparente claridad de la norma, siguen existiendo diferentes interpretaciones sobre la validez y eficacia de los actos y disposiciones administrativas y la posibilidad de que, por ejemplo, una norma de carácter administrativo pueda surtir efectos antes de su publicación en la Gaceta Oficial. De manera que sería positivo desarrollar en la Ley 38 de 2000 un apartado dedicado exclusivamente a desarrollar el tema de la validez y eficacia de los actos y disposiciones administrativas de manera clara, con las consecuencias del incumplimiento de las directrices contenidas en la norma.

3. Los actos y procedimientos administrativos electrónicos, los Recursos Administrativos y el agotamiento de la vía administrativa. Si bien la declaratoria de emergencia sanitaria producto del Covid-19 produjo cambios normativos en diferentes instituciones públicas para hacer frente a los procedimientos administrativos de manera virtual; la tendencia desde hace varios años, a nivel internacional, es la inclusión en las leyes de procedimiento administrativo de normas para garantizar que los procedimientos electrónicos y los actos administrativos emitidos a través de medios telemáticos tengan el mismo valor de los procedimientos realizados de manera presencial por medio de papel. Actualmente existen muy pocos procedimientos administrativos que pueden llevarse a cabo desde su inicio hasta el final de manera electrónica, por lo que sería positivo que la reforma se adelante

y establezca las bases para que estos puedan realizarse sin inconvenientes desde el punto de vista jurídico.

4. El Silencio Administrativo y la Inactividad de la Administración. El silencio administrativo está regulado en la Ley 38 de 2000, pero no la inactividad de la Administración, la cual se configura cuando la Administración tiene la obligación de actuar y no lo hace. En nuestra legislación ante la inactividad de la Administración, los particulares tienen, en la práctica, que acudir a la figura del silencio administrativo para generar un acto administrativo presunto por la falta de contestación. Sin embargo, esto ya ha sido superado por muchas legislaciones que permiten demandar de forma directa las violaciones de derechos subjetivos que puede causar la inactividad de la Administración. Por ejemplo, la falta de reunión de un ente colegiado que tiene que adoptar una decisión. En una futura reforma a la Ley 38 de 2000 debería contemplarse la regulación de esta importante figura del derecho administrativo de manera independiente.

5. La inclusión de métodos alternos de solución de controversias (Arbitraje administrativo y otras opciones). La Ley 38 de 2000 actualmente prevé diferentes mecanismos para la terminación del proceso, contenidos en el artículo 153 (la resolución, el desistimiento, la transacción, el allanamiento a la pretensión, la renuncia al derecho en que se funde la instancia y la declaración de caducidad). Sin embargo, no se señala el arbitraje administrativo como posibilidad, fuera de los procedimientos licitatorios en los cuales se puede pactar el arbitraje contractualmente. La mediación administrativa y el arbitraje, bien regulado, asegurándose las prerrogativas del Estado en todo momento, ayudarían a reducir el riesgo de que el Estado sea condenado en un proceso contencioso administrativo.

VI. Una recomendación general.

En una futura reforma a la Ley 38 de 2000 recomendaríamos la inclusión de aspectos de Buena Administración pública dentro de Ley y estudiar la posibilidad de que se apruebe en un solo cuerpo normativo, tanto la normativa sobre administración pública, procedimiento administrativo y los procesos contenciosos administrativos.

En el año 2017 una comisión designada por el Órgano Ejecutivo entregó el borrador de anteproyecto de Ley de Código Procesal Contencioso Administrativo luego de discusiones de los comisionados por más de un año. El documento no llegó a ser aprobado por el Consejo de Gabinete para su discusión en la Asamblea Nacional, pero parte de los objetivos era discutir de forma paralela la reforma de la Ley 38 de 2000, de manera que pudiese formar parte de un mismo cuerpo normativo donde se regulase tanto el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo. Todavía se está a tiempo de retomar esta iniciativa.