UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

FACULTAD DE DERECHO

Análisis de la aplicabilidad y viabilidad del Silencio Administrativo Positivo en la actualidad y elaboración de una propuesta para garantizar su ejecutividad en el Ecuador.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado.

Profesor Guía:

Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez

Autor:

María Belén Jaramillo Suárez.

Año de Presentación:

2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez

1705092797-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

María Belén Jaramillo Suárez.

091432641-8

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia por apoyarme durante toda mi vida.

A los Doctores Pablo Ortiz García, Jorge Paz Durini, Diego Pérez Ordoñez y Edgar Ulloa Balladares por el conocimiento brindado.

Al Doctor Gonzalo Muñoz, quien además de ser mi director fue mi maestro.

DEDICATORIA

A mi familia quienes son mi fortaleza, mi fuente de inspiración y mis ganas de superación.

A mis amigos quienes adornaron de alegría cada minuto de mi carrera.

A mi Tío Jorge, por ser un apoyo y un ejemplo de abogado.

Resumen

La presente de monografía tiene como objetivo el estudio exhaustivo del Silencio Administrativo Positivo como una salvaguarda al Derecho de Petición consagrado en la Constitución Ecuatoriana frente a la omisión de la administración o entidad estatal a resolver de manera expresa y motivada dentro del plazo que fija la ley, una petición o reclamo presentado por el administrado.

Es importante señalar también que el Silencio Administrativo Positivo se encuentra delimitado en el mundo jurídico, por esta razón, será de gran importancia conocer los casos en los que puede operar, su efecto y alcance.

Adicionalmente, se analizará las falencias, en cuanto al procedimiento que trae consigo el Silencio Administrativo Positivo, en cuanto a su ejecución, para finalmente elaborar una propuesta que permita su plena vigencia y aplicación en el Ecuador.

Abstract

This thesis has, as a main objective, the in-depth study of the Positive Administrative Silence as a safeguard to the Petition Right consecrated in the Ecuadorian Constitution versus the omission of the administration o state entity to explicitly resolve and motivated among the term that the law appoints, a petition or claim presented by the administered.

It is also important to point out that the Positive Administrative Silence is already outlined in the legal world; for this reason, it will be of great importance to understand the cases in which it can operate, its effect, and extent.

Additionally, its failures will be analyzed, regarding the procedure that comes with the Positive Administrative Silence considering its execution, in order to finally elaborate a proposal that allows its full validity and application in Ecuador.

Índice

INTRODUCCIÓN……...1

Capítulo I..... 5

NOCIONES GENERALES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. Derecho de Petición

1.1. Antecedentes del Derecho de Petición…….....5

1.2. Definición…….....5

1.3. Diferencia entre el Derecho de Petición y Derecho de Acción.....6

1.4. Alcance……7

1.5. Competencia……...7

1.6. Excepciones a la obligación de resolver……8

1.7. Término para resolver……..10

2. Silencio Administrativo

2.1. Concepto del Silencio Administrativo……. 11

2.2. Fundamento del Silencio Administrativo……..... 15

2.3. Clases del Silencio Administrativo…….. 17

3. Breve historia del Silencio Administrativo

3.1 Historia del Silencio Administrativo en el Ecuador…….. 23

Capítulo II…….. 26

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA ACTUALIDAD

2.1. Requisitos……. 26

2.2. Efectos del Silencio Administrativo Positivo…….. .31

2.3. Cuándo opera el Silencio Administrativo Positivo…… 34

2.4. Sobre qué procede el Silencio Administrativo Positivo…….....35

2.5. El Silencio Administrativo como un Acto Presunto Regular.....37

2.6. Casos en los que se considera inoperante el Silencio Administrativo (Acto presunto Irregular)……...38

2.7. Certificado que garantiza que ha operado el Silencio Administrativo Positivo……...……..40

2.8. Resoluciones Expresas Tardías por parte de la Administración……..43

2.9. Aplicación del Silencio Administrativo a casos concretos……..44

Capítulo III.....49

INEFICACIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN EL ECUADOR

3.1. Falencias en la obtención del certificado que garantiza que le Silencio Administrativo Positivo ha operado…….49

3.2. Inexistencia en la ley de un procedimiento de ejecución que garantiza que el Silencio Administrativo ha operado……..50

3.2.1 Trámite especial o común administrativo…….....52

3.2.2 Proceso de conocimiento o proceso de ejecución……52

3.2.3. Diligencias a para acceder a un procedimiento ejecutivo…54

3.2.4. Competencia…….56

3.3. Falencias en las Diligencias Notariales…….. .57

3.4. Falta de eficacia en las Sanciones…….. .60

3.5. Responsabilidad del Estado…….…… .61

Capítulo IV……64

PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE PETICIÓN DEL CIUDADANO.

4.1. Definición de Proceso Administrativo.63

4.2. Competencia……64

4.3. Requisitos para iniciar el proceso de ejecución propuesto…….....65

4.4. Diligencia notarial Previa……67

4.5. Proceso ejecutivo propuesto……..67

Capítulo V.....72

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones……..72

5.2. Recomendaciones…….....73

BIBLIOGRAFÍA……..75

ANEXOS……80

Introducción

Durante años, los juristas y tratadistas, en especial los pertenecientes a la escuela francesa, investigaron una figura en cuanto a procedimiento, que otorgue un efecto jurídico a la omisión de resolver una petición por parte de la administración pública, es en ese preciso momento, cuando nace el Silencio Administrativo Positivo, el mismo que garantiza importantes derechos, como consecuencia del derecho de petición y el derecho de celeridad de las peticiones presentadas por los administrados, los mismos que hacen posible, por una parte el cumplimiento de una obligación como es la de resolver la petición por parte de la administración pública dentro de un tiempo razonable evitando la acumulación de trabajo, y por otra, el interés que tiene el particular de que su petición sea resuelta.

El Silencio Administrativo Positivo representa una salvaguarda de los derechos antes citados frente a la abstención de los funcionarios a resolver de manera expresa y motivada dentro del plazo que fije la ley, una petición presentada, evitando que la administración pública adquiera una posición de ventaja o de superioridad frente al administrado.

Es importante señalar también que el Silencio Administrativo Positivo se encuentra delimitado en el mundo jurídico, es decir que existen requisitos previos para que este opere, los mismos que analizaremos a fondo a lo largo del presente estudio.

Luego, se tratará de manera exhaustiva el modo en el que puede operar el Silencio Administrativo Positivo en los diferentes campos del derecho, pues al ser una sustitución legal de una voluntad no expresada por parte de la administración pública, sus requisitos deben constar en la misma ley de manera expresa, sería= descabellado pensar que el Silencio Administrativo pudiera operar sobre alguna situación que no fuera posible o peor aún sobre alguna situación ilícita.

El Silencio Administrativo Positivo ha sido un tema importante para el derecho procesal administrativo en nuestro país, pues de nada serviría que su concepto quede plasmado en una ley si no existe un proceso que lo ejecute de una manera efectiva, sin embargo, este proceso ha quedado enunciado en jurisprudencias

emitidas por la antes Corte Suprema Nacional de Justicia, y ha creado diversos problemas tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

Es en este punto donde se encuentra la necesidad de conocer la importancia que ha traído consigo esta institución llamada Silencio Administrativo Positivo, que para entenderla a fondo se necesita tener en primer lugar, una noción general del concepto e historia de esta institución, sus requisitos, sus efectos, su alcance, en pocas palabras, su razón de ser en el mundo jurídico, para después entender de manera clara y precisa su aplicación, su inoperancia, su modo de vida.

El conocer de cerca esta institución, permitirá detectar sus virtudes y sus defectos, sus partes claras y oscuras en la ley, de modo que será fácil encontrar cuáles son las falencias también que trae consigo el Silencio Administrativo Positivo.

Esta monografía pretende garantizar la aplicación del Silencio Administrativo, elaborando una propuesta que permita su ejecutividad en el Ecuador siguiendo un proceso ejecutivo que además de otorgar un efecto jurídico a la abstención de un pronunciamiento en un determinado tiempo, también vaya formando a una administración responsable y garantizadora de los derechos de los administrados.

Pues hoy en día, la falencia de un proceso reglado que haga realidad la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, trae como consecuencia una administración que atiende sin cuidado y sin importancia la resolución de las peticiones de los administrados.

Es de suma importancia establecer un equilibrio entre la administración y el administrado, por una parte la administración tiene la obligación de resolver las peticiones propuestas por el administrado en un tiempo razonable y por otra parte, el administrado tiene la obligación de hacer valer los derechos que la ley le confiere, tomándose en cuenta que la abstención de un pronunciamiento no puede generar un derecho a favor del administrado, sino en los casos expresamente señalados en la ley, y en nuestro caso en la doctrina del derecho administrativo y en la jurisprudencia.

Seria nulo e incompleto también si se dejara al arbitrio de la misma autoridad encargada de resolver la petición, el hacer efectivo o no la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, pues sin lugar a duda esto causaría un grave perjuicio al

administrado dejándolo sin prueba alguna para demostrar que la institución existe, en especial evitando la emisión de un certificado que garantice que el Silencio Administrativo Positivo ha operado, sin que esta prueba sea una condición para que acepten los derechos adquiridos por el plazo del tiempo establecido por la ley, pues el Silencio Administrativo opera de pleno derecho.

Como antes se dijo el Silencio Administrativo Positivo constituye una salvaguarda para precautelar los intereses del administrado, puesto que como se estudiará más tarde, su modo de operar en lo procesal habilita a este a acudir a los tribunales jurisdiccionales, permitiendo que se decida si procede o no, no sea la propia administración sino una autoridad de mayor jerarquía que garantice los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo, y que efectivice las sanciones para la administración pública por la negativa o resistencias de emisión del certificado.

Esta Monografía fue escrita consultando legislación, jurisprudencia y doctrina, tanto nacional, como comparada, con la finalidad de hacerla un instrumento que represente un aporte práctico, que permita exponer una propuesta clara y efectiva de un proceso ejecutivo que garantice la ejecutividad del Silencio Administrativo Positivo en el Ecuador, de modo que se garantice en forma plena el Derecho de Petición, consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Capítulo I

Nociones Generales del Silencio Administrativo

1. Derecho de Petición.

1.1. Antecedentes del Derecho de Petición.

El Derecho de Petición nace con la Revolución Francesa, permitiendo al administrado comparecer ante la administración pública constitucionalmente electa, para solicitarle que legisle o que se pronuncie sobre la petición dirigida.

Algunos Juristas exponen que el Derecho de Petición nace como un derecho político, debido a que la comparecencia se la ejerce ante las autoridades políticas de Estado, y que además constituye:

> "Un instrumento que supera las limitaciones de la democracia representativa en el sentido de que se eligen corporaciones y luego los ciudadanos se presentan ante ellas a instarlas a que legislen en determinadas materias."[1]

El Derecho de Petición reafirma la democracia del Estado, permitiéndole al administrado participar en el ámbito público dirigiendo peticiones o quejas, de modo que este derecho hace posible que las necesidades o interrogativas del administrado sean escuchadas por parte de las instituciones del Estado.

1.2. Definición.

El Derecho de Petición se encuentra consagrado por la Constitución de la República del Ecuador en su capítulo sexto art.66 numeral 23 y lo define como:

> "El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo"[2]

---

[1] Cadena Barreto, Ana Carolina, "El Silencio Administrativo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988, pg. 60.

[2] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Por medio de esta norma se materializa la obligación de la administración, de resolver en forma expresa, las peticiones y quejas que le sean dirigidas por parte del administrado, fundamentándose esta en una causa justa y en un tiempo razonable expresado en la ley.

De esta manera el Derecho de Petición constituye un derecho del administrado, que trae consigo una obligación para la administración pública de resolver, de una manera motivada lo cual tiene concordancia con el literal l) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y en un plazo razonable, pero como ya se dijo anteriormente éste debe estar de manera expresa en la ley.

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta, que el Derecho de Petición, es un concepto restringido al ámbito de la administración o en su defecto a todo el sector público, el mismo que se encuentra señalado en nuestra Constitución.

> "El Derecho de Petición tiene como finalidad el establecimiento de un medio de comunicación entre el administrador y el administrado, así como la garantía de la libertad y de la libre opinión de los individuos."[3]

1.3 Diferencia entre el Derecho de Petición y el Derecho de Acción.

El Derecho de Petición como antes se ha dicho nace por disposición de la más alta norma, la Constitución, permitiéndole al administrado dirigir quejas o peticiones a la administración pública de manera motivada en un tiempo razonable, por otro lado, el Derecho de Acción es el cual permite a un individuo hacer valer un derecho que supuestamente ha sido desconocido o vulnerado de manera total o parcial.

En el Derecho de Petición no existe el presupuesto de un derecho subjetivo el cual se pretende que sea reconocido o reestablecido, por el contrario, en el Derecho de Acción existe, el mismo que se pretende reconocer por medio de una demanda dirigida a los órganos jurisdiccionales, esperando que su derecho sea reconocido en sentencia.

---

[3] Cadena Barreto, Ana Carolina, "El Silencio Administrativo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988, pág. 66.

En conclusión, el Derecho de Petición es un derecho que tiene el administrado para acceder a la administración pública y el Derecho de Acción es un medio por el cual se hace efectivo el ejercicio de un derecho.

1.4 Alcance

La obligación de resolver por parte de la administración recae en los procedimientos no sólo administrativos sino se extiende a todas áreas del derecho, e incluso a todos los funcionarios públicos.

Adicionalmente, el Derecho de Petición no sólo se aplica a los procedimientos iniciados por parte del administrado, sino también se aplica a los procedimientos iniciados de oficio, es decir en el caso de que la misma administración inicie el procedimiento.

La resolución emitida por la administración pública reconocerá un derecho o decidirá que no existe tal, pero en esta se deberán expresar de manera clara cuáles son los fundamentos de la administración que permitieron a esta llegar a la resolución planteada.

1.5 Competencia.

Entendiendo a la competencia como: “conjunto de atribuciones por el ordenamiento a un concreto órgano administrativo”[4]. las autoridades competentes para resolver las quejas y peticiones por parte del administrado, es la misma a quien se encuentra dirigida la petición o queja, o el funcionario público quien tiene la solicitud en su despacho, tomando en cuenta que ninguna autoridad pública se puede negar a resolver por ausencia o oscuridad de ley,

Por lo que es importante resaltar que presentada la solicitud o queja, esta tiene que ser necesariamente resuelta.

1.6. Excepciones a la obligación de resolver.

[4] Cosculluela Montaner,” Los órganos administrativos: particular referencia a los órganos colegiados”, En comentario sistemático a la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993, pág. 103.

Según Guillen Pérez[5]:

> "La obligación legal de la administración de resolver las peticiones y quejas del Estado gozan de importantes excepciones los mismo que corresponden a la caducidad, la prescripción, la renuncia o el desistimiento."

Los casos de excepción de la obligación de resolver, más que ser una excepción, es el fin de un proceso, ya sea por haber transcurrido el tiempo o por la retractación por parte del mismo administrado de obtener una respuesta por parte de la administración pública.

1.6.1 Caducidad.

La caducidad puede definirse, según González Navarro [6]

> "una forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar a virtud de la declaración de la Administración cuando, paralizado el mismo por causa imputable al interesado, esta no remueve el obstáculo en el plazo que la Ley señala, a pesar de haber sido requerida para ello por la administración".

Es decir que la obligación de resolver termina cuando por causa imputable al administrado no se pudo llegar a una resolución, por ejemplo, cuando la administración solicita un documento de manera previa, que constituye un elemento de suma importancia para llegar a una resolución, y el administrado hace caso omiso de el requerimiento, éste no podrá de ninguna manera alegar que se resuelva después del tiempo establecido como caducidad por la ley, porque la resolución no tuvo lugar por su propio descuido.

Sin embargo, existen casos en que la caducidad se produce por omisión del órgano administrativo, como por ejemplo, la caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado para ejercer su actividad de control caduca en cinco años, y en una posterior reforma en siete años, esto quiere decir que transcurrido ese tiempo la Contraloría General del Estado ha perdido la

---

[5] Guillen Pérez, María Eugenia," El Silencio Administrativo: El control judicial de la inactividad Administrativa, 2da edición, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, págs. 104-114.

[6] González Pérez y González Navarro," Régimen Jurídico de las administraciones publicas, pg. 1001.

competencia de ejercer su actividad de control atribuida por la ley por el paso del tiempo antes señalado.

1.6.2. Desistimiento.

La diferencia en este caso es que la obligación de resolver no es exigible por la propia voluntad de administrado, siempre y cuando el proceso no se haya iniciado de oficio, pues en esta no cabe ni la renuncia ni el desistimiento.

El desistimiento se da cuando el administrado expresa su voluntad de no continuar en el proceso, que ha iniciado, pudiendo acudir a otro procedimiento posteriormente, si expresamente la norma jurídica le habilita para ello.

Adicionalmente, es preciso señalar que la obligación de resolver no es exigible en lo que se refiere al fondo, sin embargo no se exime de responsabilidad de dictar una resolución aceptando el desistimiento.

1.6.3 Prescripción

La prescripción según Albaladejo[7],” significa que los derechos se extinguen cuando durante cierto tiempo permanecen inactivos e irreconocidos, es decir, no se ejercitan por el titular ni se reconoce su existencia por el obligado”.

La prescripción según Guillén Pérez [8]“debe ser declarada de manera expresa por la administración, y por petición de parte”.

Tampoco habrá obligación de resolver en los casos que sólo tiene el objeto de comunicar de algún hecho a la administración, sin embargo, algunos juristas discrepan con este criterio, por cuanto exponen que en este caso no existe una petición concreta, sólo existe la voluntad del administrado de poner en conocimiento a la administración sobre algún hecho que considera que se debe hacer conocer.

---

[7] Alabadejo,” Derecho Civil I”, vol. 2do, Madrid, España, 1985, pg. 493.

[8] Guillen Pérez, María Eugenia,” El Silencio Administrativo: El control judicial de la inactividad Administrativa, 2da edición, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, págs. 104-114.

1.7 Término para resolver

Como se ha dicho, la obligación de la administración no sólo consiste en emitir una resolución motivada, sino también de que esta sea emitida en un plazo razonable, el mismo que deberá ser señalado expresamente por la ley.

La Ley de Modernización del Estado [9] en su art 28 establece un término de quince días para resolver.

> " Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal señale expresamente otro distinto.."

Sin embargo se debería tener en cuenta que este término es una norma general, pues en algunos casos leyes especiales disponen de manera expresa otro término debido a la naturaleza de la materia, pero este plazo especial para que pueda ser aplicado debe estar necesariamente de manera expresa, como el caso de los recursos administrativos constantes en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva- ERJAFE y en el Código Tributario, que señalan un término especial para resolver los recursos interpuestos.

2. El Silencio Administrativo

Para garantizar el Derecho de Petición, se consagra el llamado Silencio Administrativo, el mismo que permite exigir a las autoridades no solo que las peticiones y quejas sean resueltas, sino que de no hacerlo existan efectos jurídicos por el incumplimiento de resolver.

> "En nuestro país se considero necesario, fortalecer el derecho de petición establecido en el art. 22 de la Constitución entonces vigente y 23 numeral 15 de la actual, admitiendo la institución del silencio administrativo, en el art.28 de la Ley de Modernización del Estado." [10]

2.1 Concepto

---

[9] Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial No 349, del 31 de diciembre de 1993.

[10] Registro Oficial No 10, Viernes 4 de febrero del 2000, pg. 25.

A lo largo del tiempo se lo ha concebido al Silencio Administrativo como el efecto jurídico que se le da a la abstención de voluntad de la administración cuando no se ha resuelto una petición o queja por parte del administrado en un tiempo contemplado en la Ley de manera expresa, permitiéndole adquirir al administrado los derechos solicitados en la petición o queja de pleno derecho (Silencio Administrativo Positivo) o negándolos (Silencio Administrativo Negativo).

Aquí se encuentran algunas definiciones de destacados juristas que han tratado sobre el tema:

a) Según Garrido Falla: [11]

> "Hay Silencio Administrativo, en general, cuando una autoridad administrativa no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular."

El concepto de Garrido Falla resulta incompleto porque el Silencio Administrativo no sólo constituye el hecho de la no contestación a una petición por parte de la administración, sino también que la no contestación se produzca al haber transcurrido un tiempo contemplado en la ley.

b) Según Piza Escalante:[12]

> "Es una técnica procedimental por la que se obtiene un reconocimiento del Ordenamiento Jurídico en sustitución del silencio mismo, para tenerse por constituidas y eficaces las autorizaciones, solicitudes, licencias y permisos una vez vencido el plazo de la ley, previa solicitud expresa del interesado y con pleno cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos normativos, los causales deben ser válidos y posibles"

Este autor tiene un concepto un poco más amplio, en el que no sólo abarca su definición, sino sobre qué opera, al incluir en su definición, "autorizaciones, solicitudes, licencias y permisos"[13] y cuando opera al decir "previa solicitud expresa

[11] Garrido Falla, Fernando, ¨Tratado de Derecho Administrativo¨, Volumen 1 parte general, Editorial Tecnos, 14o edición, Madrid, España, 2005, pg.632.

[12] Piza Escalante, Rodolfo, "Justicia, Libertad y Derechos Humanos", Tomo 2, Colegio Abogados Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003, págs. 925-926.

[13] ibidem

del interesado y con pleno cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos normativos, los causales deben ser válidos y posibles"[14] Adicionalmente, recalca que el Silencio Administrativo debe ser reconocido por el propio Ordenamiento Jurídico.

c) Según Cassagne[15]

> "una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud se considera estimada (Silencio Positivo), o desestimada (Silencio Negativo) la solicitud de aquel cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos por la ley. "El silencio siempre debe entenderse como un complemento de la obligación de resolver"[16]

El concepto del autor Cassagne es completo, sólo presenta cuestionamientos al decir que el Silencio Administrativo es una "ficción", asunto que se trata más adelante.

d) Según Cadena Barreto[17]

> "Hay Silencio Administrativo en general cuando una autoridad administrativa no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular. La inactividad administrativa produce efectos jurídicos y estos pueden tener valor positivo favorable a la petición o reclamación del particular o negativo desestimatorio".

En conclusión los elementos para que exista el silencio administrativo son:

a) La existencia de un reclamo, petición, recurso presentado por parte de uno o más administrados ante la administración pública.

---

[14] ibídem

[15] Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo I", 6º Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 417.

[16] Sotelo de Adreu, Mirta," El Silencio de la Administración", en AA.VV, Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Argentina, 1998, pg. 49.

[17] Cadena Barreto, Ana Carolina, "El Silencio Administrativo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988,pg 82

b) Haber transcurrido el término señalado por la ley.

c) Cumplimiento de requisitos formales expresados por parte del administrado.

Una vez cumplido todo lo dicho anteriormente, la ley sustituirá la abstención por parte de la administración permitiéndole adquirir los derechos solicitados al administrado (Silencio Administrativo Positivo) o negándoselos (Silencio Administrativo Negativo).

Después de haber analizado algunos conceptos de Silencio Administrativo de algunos autores, cabe recalcar que entre estos existe un problema en distinguir al Silencio Administrativo como una ficción[18], como una presunción[19], como una infracción, o como un acto tácito.

Los autores que sitúan al Silencio Administrativo como un acto tácito, fundamentando en que la autoridad que calla conoce el alcance de su comportamiento, se encuentran errados pues al decir "tácito" se requiere de una conducta pasiva por parte de la Administración que permite llegar a una deducción pero al hablar de Silencio Administrativo existe una ausencia de conducta por parte de la administración

Peor aún podemos decir que el Silencio Administrativo es una infracción, pues la sanción que se le impone al funcionario por no haber resuelto una petición o queja en el plazo establecido en la ley no es más que una consecuencia de que el Silencio Administrativa ha operado.

Según Cadena Barreto[20] El Silencio Administrativo constituye un acto ficto del cual se derivan las consecuencias que la ley le asigna.

---

[18] Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo I", 6º Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 417.

[19] Muratorio, Jorge, "Actos Administrativos Tácitos", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Argentina, 2002, pg. 373.

[20] Cadena Barreto, Ana Carolina, "El Silencio Administrativo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988,pg 85

> ”Porque cuando existe Silencio Administrativo no se presume que la administración ha actuado sino que se sabe fehacientemente que se ha abstenido de hacerlo. La ley establece así una ficción cual es la de suponer que en efecto actuó y que se producirán unos determinados efectos como consecuencia (...)”

Sin embargo no es correcto decir que el Silencio Administrativo constituye una ficción, ya que el Silencio Administrativo nace de una ley que se encuentra expresamente en el ordenamiento jurídico otorgándole efectos de manera real y de pleno derecho.

La Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana ha mantenido la posición de que el Silencio Administrativo constituye en Acto Presunto, debido a que transcurrido el tiempo, el Silencio Administrativo opera por mandato legal y se presume legítimo, naciendo en esta caso un Acto no por una acción sino por una omisión suplida por la propia Ley.[21]

> “siendo el silencio creación de la Ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto, el acto expreso, pero sólo dentro de los límites de la Ley y hasta donde ésta permite (así las sentencias de 3 de octubre de 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, 18 de marzo de 1970, etc.)' (Subrayados de la Sala)..."

También debe distinguirse que el Silencio de la Administración, no es lo mismo que Silencio Administrativo, sino que como señala García Trevijano[22],”es posible que la pasividad de la administración sea precisamente el comportamiento que denote la existencia del Silencio Administrativo, o pudiendo tratarse también de un acto tácito”, pues el Silencio de la administración constituye en un concepto más amplio.

2.2. Fundamento del Silencio Administrativo

El fundamento del Silencio Administrativo es garantizar que las peticiones y reclamos presentados por parte del administrado sean resueltas, y que en el caso

[21] Registro Oficial No 19, 17de Febrero de 2000

[22] García Trevijano, Ernesto,” El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Pg. 76.

de que no lo sean, los derechos del administrado no se vean injustamente vulnerados ni pisoteados por negligencia o irresponsabilidad de parte de la administración.

García Trevijano dice al respecto:[23]

> "El arraigo de las instituciones y la convivencia jurídica habitual con ellas hace que en ocasiones nos planteemos la cuestión de cómo se ha podido vivir – administrativamente hablando, por lo que ahora interesa sin tal institución. Este es el caso del silencio administrativo, en particular tras la consolidación del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa-administrativa.
>
> Actualmente es impensable, en tanto en cuando se mantenga tal carácter revisor, la desaparición del silencio administrativo(al menos del silencio negativo), institución que, sin embargo, no fue objeto de una formulación con vocación de ser aplicada de una manera general hasta tiempos recientes, posteriores, por supuesto, a la consolidación del citado carácter revisor. En el estado actual es, en mi opinión, inconcebible el abandono de la institución. Para ello sería preciso romper con esquemas jurídicos tradicionales, cuya pervivencia impide la desaparición.
>
> Por tanto, el fundamento del silencio hay que buscarlo precisamente en la exigencia de un acto previo para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es más, podría decirse que la trascendencia del Silencio Administrativo es directamente proporcional a la rigidez con que se configure el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa-administrativa.
>
> No tanto facilita como posibilita el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva"

García Trevijano en los párrafos citados anteriormente, resalta como fundamento del Silencio Administrativo el rompimiento de la "exigencia de un acto previo para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa", pero a este fundamento es necesario complementarlo con la necesidad de aplicación y garantía para el derecho de petición consagrado en la Constitución.

También es necesario tomar en cuenta que el Silencio Administrativo tiene el carácter de ser optativo, esta afirmación quiere decir que en el momento que el

[23] Ibídem, pg. 96

administrado presentó una queja o una petición y esta no fue resuelta en el término señalado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el mismo administrado quien presentó la queja o petición tiene la opción de esperar a que la administración resuelva o acogerse al Silencio Administrativo, pues es el administrado la única persona que puede pedir la emisión del certificado en el que se indica que el Silencio Administrativo ha operado al funcionario encargado, de ninguna manera la propia administración de oficio se pondrá la soga al cuello diciendo que ha vencido su tiempo para resolver.

Esta es la posición que se ha mantenido en varias jurisprudencias ecuatorianas.[24]

> "Ahora bien, no habiendo recibido oportuna respuesta en los siguientes 60 días plazo a partir de la fecha de la presentación de la renuncia, es inconcuso que esta surtió de los efectos señalados en el art. 28 de la Ley de modernización (…) bien pudo el recurrente exigir administrativamente o de no lograrlo por este medio, pudo reclamar ante el Tribunal Contencioso Administrativo el cumplimiento aprobado por Ministerio de la ley (…)"

2.3 Clases del Silencio Administrativo.

Algunos autores como Cadena Barreto[25], presentan dos clasificaciones del Silencio Administrativo, según la oportunidad, y según sus efectos, la segunda la más común y usada.

2.3.1 Según su oportunidad.

Clasificación en la cual se divide al Silencio Administrativo según en que etapa del proceso se presente.

a) Silencio Administrativo Sustancial.

Existe cuando el administrado ha presentado una petición o reclamo ante la administración pública y no ha logrado obtener una respuesta en los 15 días

[24] Registro Oficial No 295, Lunes 11 de octubre del 2008, pg. 15.

[25] Cadena Barreto, Ana Carolina, "El Silencio Administrativo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988,pg 87

término que señala la Ley de Modernización del Estado para resolver por la Administración pública, a menos que una ley especial señale otro de manera expresa.

b) Silencio Administrativo Procesal

Existe cuando vencido el término de 15 días señalados por la Ley de Modernización como plazo máximo para resolver, el administrado no ha obtenido respuesta alguna sobre un recurso presentado dentro de un proceso.

2.3.2 Según sus efectos reconocidos.

Clasificación en la cual se divide al Silencio Administrativo según los efectos jurídicos que se le da este como consecuencia del vencimiento del plazo señalado por la Ley para resolver por parte de la Administración.

a) Silencio Administrativo Negativo

Se presenta cuando el administrado al no haber obtenido una contestación de su petición o queja por parte de la administración en el termino señalado por la ley, se considera denegada su petición o queja por el vencimiento de término.

Antiguamente, se consideraba que para impugnar ante la jurisdicción contenciosa administrativo se requería de un acto previo, fundamento por el cual resulto más fácil que se le otorgue efectos negativos a la abstención de voluntad por parte de la administración en sede administrativa.

Pero se debe tomar en cuenta, que este concepto es errado, debido a que en la actualidad no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para acceder a esta jurisdicción. Los nuevos autores en contraposición a la teoría clásica, señalan la no necesidad de que el acto administrativo cause estado, para incoar la vía contenciosa administrativa.

Sobre lo dicho García Trevijano [26]destaca lo siguiente:

> "Interesa destacar en este sentido que los efectos del carácter revisor han visto disminuidos y están siendo objeto de una moderna revisión influyen en esta tendencia las siguientes circunstancias:
>
> 1. En actual ataque de que esta siendo objeto por parte de la doctrina científica, de forma similar a la influencia que tuvo en su surgimiento. El ataque, sin embargo, no se dirige contra la configuración misma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como revisora, sino más buen contra su interpretación rígida. Excepto posiciones extremas, suele confirmarse por la doctrina científica la utilidad del carácter revisor, pero se critican sus excesos.
>
> 2. La jurisprudencia se demuestra favorable a abrir en determinados casos la posibilidad del enjuiciamiento de cuestiones concretas no planteadas en vía administrativa y sobre las que, en sentido estricto, no había pronunciamiento expreso previo a la vía contencioso administrativa…"

El Silencio Administrativo Negativo se convierte entonces en un instrumento procesal para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, siendo un instrumento que permite a la administración eximirse de resolver las peticiones o quejas presentadas por el administrado, y aportando de manera visible la vulneración tanto de los derechos que se exige por parte del administrado, como los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en especial el Derecho de Petición.

Pues no se trata de que el Silencio Administrativo se convierta en una excusa para que la administración se exima de resolver las peticiones y quejas o que se convierta en un mero instrumento para proceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, el fundamento del silencio Administrativo es garantizar justamente que las peticiones y quejas sean resueltas y en un plazo razonable, evitando así que se perjudiquen el los derechos del administrado.

[26] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Pg. 97.

En concordancia con muchos juristas el Silencio administrativo Negativo constituye una figura ilegal y arbitraria.

b) Silencio Administrativo Positivo.

Se presenta cuando el administrado al no haber obtenido una contestación de su petición o queja por parte de la administración en el término señalado por la ley, se considera aceptada su petición o queja por el vencimiento de término, adquiriendo los derechos contenidos en su petición o queja inicial de pleno derecho, es decir que la ley sustituye la omisión por parte de la administración y le otorga efectos positivos a su respuesta.

A diferencia del Silencio Administrativo negativo, el Silencio Administrativo Positivo tiene como fundamento garantizar de manera efectiva el cumplimiento de la obligación de resolver las peticiones o quejas por parte de la administración de manera ágil, y en caso de no existir dicha agilidad suplirla por mandato de ley con el Silencio Administrativo, teniendo como efectos los siguientes:[27]

> "a) Por un lado, incentiva a la Administración para que resuelva de manera expresa si no quiere ver como el administrado, por el mero transcurso de un plazo (reuniendo los demás requisitos precisos), pasa a estar legitimado para actual en el silencio pedido (...)
>
> b) Por otra parte, no obstante la inseguridades expuestas, permite que el interesado actúe, al menos cuando sea claro que la petición no contradice el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo solicitado, por lo que tendrá la garantía de que, al tratarse de un acto (presunto) declarativo de derechos, no podrá ser retirado del mundo jurídico sino a través de los causes legalmente establecidos."

Como se puede apreciar el Silencio Administrativo Positivo es la figura que realmente cumple con el fundamento para el cual fue creado, el de garantizar el derecho de petición del administrado de manera efectiva, pero jamás el

[27] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Pg. 103.

silencio administrativo positivo podrá ser interpretado como un instrumento del administrado para poder hacer valer algo contrario al ordenamiento jurídico, es decir no puede ser usado para alimentar un simple capricho, por lo que el Silencio Administrativo deberá operar de manera excepcional, fomentando el principio de celeridad en la administración pública y garantizando los derechos concebidos en la Constitución.

Por esta razón en Ecuador el Silencio Administrativo adoptado a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, es el positivo conforme al artículo 28 de la citada ley, el mismo que ha sido confirmado por varias jurisprudencias de triple reiteración.[28]

> "En nuestro país se considero necesario, fortalecer el derecho de petición establecido en el art.22 entonces vigente y 23 numeral 15 de la actual, admitiendo la institución del silencio administrativo, en el art.28 de la Ley de Modernización del Estado, norma que textualmente dice:"Art.28 DERECHO DE PETICION. todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad publica deberá ser resuelto en un plazo no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale algo distinto. En ningún otro órgano administrativo se suspenderá la tramitación si se negara la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo termino se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante" (el resaltado es propio)"

3. Breve Historia del Silencio Administrativo.

El precedente inmediato histórico del Silencio administrativo es la legislación francesa y, aparece estrechamente relacionado con la configuración del contencioso administrativo francés.

En virtud de la Constitución del siglo VIII, se crearon los Consejos de Prefectura y El Consejo de Estado, a los cuales se les encomendó resolver los asuntos contenciosos.[29]

---

[28] Registro Oficial No 10, viernes 4 de febrero del 2000.

[29] Alfaro y La Fuente," Tratado Completo de lo Contencioso Administrativo, Madrid, 1875, pg. 28.

Estos se limitaron en primer lugar a ser de consejeros del gobierno, posteriormente se les reconoció el carácter de verdadera jurisdicción no judicial, que resolvían directamente del pueblo francés.

Debido a que el recurso contencioso administrativo en Francia, no era un proceso entre partes sino como un proceso al acto, se requería de un acto previo para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, por tanto para que no resulte imposible el acceder a los órganos jurisdiccionales por parte del administrado surge el Silencio administrativo.[30]

Sin embargo, para que el Silencio Administrativo opere en el derecho francés este debía estar de manera expresa en la Ley.

En Italia, los precedentes del silencio administrativo se encuentran el Consiglio di Stato que utilizo, por primera vez, la noción de silenzio rifiuto en las Decisiones de 2 de marzo de 1894 y 22 de agosto de 1902.

Luego la Ley Comunal y provincial de 1934, el silencio administrativo en su art.5 disponía que transcurridos ciento veinte días desde la fecha de presentación del recurso, sin que la autoridad haya proveído, el recurrente podrá pedir, con instancia dirigida a la misma que el recurso sea resuelto. Transcurridos sesenta días desde la presentación de tal instancia, sin que haya recaído decisión se considerara desestimado el recurso a todos los efectos legales.[31]

En Alemania, se desconoció el silencio administrativo como fue concebida por el legislador francés, simplemente se permitió acceder a la vía Jurisdicción Contencioso Administrativo sin acto previo.[32]

De igual manera, en España, el silencio administrativo nace de la necesidad de un acto previo para acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.[33]

---

[30] Guillen Pérez, María Eugenia," El Silencio Administrativo: El control judicial de la inactividad Administrativa, 2da edición, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, pg. 30.

[31] Ibídem

[32] Ibídem

[33] ibídem

3.1. Historia del Silencio Administrativo en el Ecuador.

En el Ecuador nace el Silencio Administrativo, al igual que en muchos países, por la necesidad de un acto previo para acceder a la vía Contenciosa Administrativa otorgándole a la abstención de resolver peticiones y reclamos por parte de la administración, en primer momento, efectos negativos. Siendo uno de sus orígenes la Ley de Régimen Político y Administrativo de 1945[34]

> "art. 112. (…) El perjudicado, al presentar reclamación, demostrara haber agotado los recursos jerárquicos y que ha sido negada su solicitud. Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autorización administrativa que puedo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo en el caso en que la Ley señale un plazo mayor"[35]

Posteriormente, la Ley de Patrocinio del Estado de 1949[36], permite acceder a la vía contencioso- administrativa, sin necesidad de haber agotado la vía administrativa luego de dos meses, al igual que La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1979.[37]

De igual manera la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece el silencio administrativo negativa o denegación tácita.

Con la expedición de la Ley de Modernización del Estado; publicada en el año 1993[38], y algunas normas de carácter tributario como la Ley 05[39], publicada en el año 1994, se introduce a la legislación ecuatoriana el Silencio Administrativo Positivo.[40]

---

[34] Registro Oficial No 357, 13 de Agosto de 1945.

[35] Registro Oficial No 357, 13 de Agosto de 1945.

[36] Registro Oficial No. 278, 30 de julio de 1971.

[37] Registro Oficial No 871, 10 de Julio de 1979.

[38] Registro Oficial No. 349, 31de diciembre de 1993.

[39] Registro Oficial No 238, 10 de marzo de 1994.

[40] Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, "Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fondo Editorial, Quito, Ecuador.

Actualmente el Silencio Administrativo positivo se encuentra recogido en el Art 28 de la Ley de Modernización del Estado.[41]

> "Art. 28.- Derecho de petición.- (Reformado por el Art. 12 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.
>
> Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.
>
> En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.
>
> La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento."

[41] Ley de Modernización de Estado, 2010.

Capítulo II

El Silencio Administrativo Positivo en la Actualidad.

2.1. Requisitos.

I. Previsión Expresa del Silencio Administrativo Positivo.

Para que opere el Silencio Administrativo Positivo se requiere se encuentre expresado de manera clara y concisa en una norma legal, ya que como se ha indicado el efecto del Silencio Administrativo Positivo, es precisamente la sustitución legal de la ausencia de respuesta por parte de la administración.

Es por esta razón que mucho de los autores señalan que el Silencio Administrativo Positivo, opera de manera excepcional, es decir, sólo en los casos que la ley permita su aplicación, esto trae como consecuencia, que Silencio Administrativo Positivo no pueda ser usado como un instrumento para el administrado adquiera pretensiones ilegales o viciadas.

Al decir también que los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo, se adquieren de pleno derecho estamos reafirmando que la adquisición de tales derechos se debe a la existencia previa de una norma legal.

II. Petición

La petición es un requisito previo indispensable para que pueda operar el Silencio Administrativo positivo.

Pero conviene resaltar que el termino “petición” se extiende también a los reclamos y recursos presentados por el administrado, tomándose en cuenta que se trata precisamente del documento que contendrá la pretensión que tiene el administrado

La petición tendrá que reunir ciertos requisitos, en primer lugar esta deberá relatar de manera clara que es lo que se está pidiendo o reclamando y los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales cree que lo que pide o reclama deben serle concedido.

> "CUARTO.- En primer lugar, y en términos generales, conviene establecer que la existencia de los derechos tácitamente aceptados por el silencio

> administrativo de consecuencia positiva, se produce cuando la petición proviene del administrado, y en razón del tiempo, de los hechos y de la relación administrativa o legal, resulta pertinente. Así por ejemplo, un servidor público puede pedir que se atienda su reclamo de vacaciones no gozadas o de remuneraciones no canceladas y la falta de respuesta oportuna a ellas se entenderá como el reconocimiento de su derecho. Al contrario, la petición sería improcedente e ilegal y los derechos inexistentes si aquellas peticiones o la de que determinada autoridad nominadora le extienda un nombramiento o le reintegre al puesto del que quedó definitivamente separado el servidor público, sea por retiro, separación voluntaria, renuncia, supresión de partida, suspensión, destitución legítima, jubilación o por haber recibido la correspondiente liquidación, pues, de admitirse este supuesto estaríamos frente a la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar lo que se le ocurra a cualquier autoridad porque considera que el silencio de la administración constituye respuesta positiva a su pretensión sin tener en cuenta el origen de ella, la verdadera naturaleza de este silencio administrativo. Entonces, para que el silencio positivo opere se requiere, como condición inexcusable, que la petición sea justa, oportuna que no esté prohibida por la ley, que se encuentre dentro de las previsiones legales que a ella corresponda y que sea dirigida a la autoridad competente. Por esta razón, no todo silencio positivo, entendido como la sola falta de respuesta a determinada petición, puede ser demandado con éxito, como no toda negativa puede ser judicialmente aprobada. Sobre este tema, Emilio Fernández Vásquez (Diccionario de Derecho Público), al sostener que la respuesta positiva constituye una excepción del silencio negativo, dice: 'únicamente cabe extraer consecuencias positivas, o mejor dicho afirmativas del silencio cuando así lo establece una disposición expresa o cuando se trate de peticiones en que el interesado, al ser ya titular del poder para hacerlo, no tendría sentido atribuir valor negativo al silencio; es decir, que al solicitar un permiso o una licencia la lógica exige que se presuma la existencia de un acto positivo; de esta manera se abre paso la idea de atribuir al silencio, excepcionalmente, un valor positivo.'."[42]

Adicionalmente se deberá tomar en cuenta que la petición debe referirse a algo posible, real y legal, pues el Silencio Administrativo Positivo no tiene lugar sobre algo ilegítimo o contrario al ordenamiento jurídico vigente, es decir que no se puede

[42] Registro Oficial No. 19, 17 de febrero del-2000.

exigir algo que no se hubiere podido otorgar de manera expresa por la administración pública, sobre un objeto lícito.

Es aconsejable que la petición sea acompañada de documentos que permitan a la autoridad competente un adecuado conocimiento de lo que se pretende reconocerse por Silencio Administrativo Positivo, de modo que se puede aplicar de manera efectiva.

De igual manera, la autoridad podrá requerir la documentación que esta crea necesaria para esclarecer el asunto en caso de duda como expone García Trevijano.[43]

> "(..)El silencio positivo es concebido como una técnica para agilizar la actuación administrativa, aunque sea a través de un acto presunto, permitiendo una relativamente rápida respuesta al interesado, pero siempre sobre la base de que este haya cumplido previamente con todos los requisitos exigidos en el caso concreto del que se trate.
>
> En otras palabras, el silencio positivo, no constituye un instrumento para liberar al administrado del cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento. Jurídico si quiere llevar a cabo una determinada actividad."

También se debe tomar en cuenta que el funcionario público tiene la obligación de recibir todas las peticiones, sin perjuicio de que éstas cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley, lo que se encuentra recogido en el artículo 114 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.[44]

III. Solicitud.

En este caso, la solicitud es el documento por el cual el administrado, transcurrido el plazo que la ley dispone para que opere el Silencio Administrativo, es decir el término de 15 días que dispone la Ley de Modernización ha decidido optar por solicitar de manera expresa al funcionario que se encuentra en cargado de

---

[43] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Pg. 139.

[44] Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No 536 del 18 marzo del 2002.

despachar, ya se su petición o reclamo, la emisión de un certificado en el que se diga que el Silencio Administrativo Positivo ha operado a su favor.

Es aconsejable que en la solicitud además de lo establecido por la ley, se indique de manera clara la siguiente información.

1. Identificación del Funcionario Público encargado de la petición o reclamo.

2. Nombre del solicitante.

3. Identificación de la petición previa.

4. Fundamentos de Hecho y de derecho por los cuales el administrado considera que el Silencio Administrativo Positivo ha operado,

También se debe adjuntar una copia de la fe de presentación de la petición en la que conste la fecha en la que esta fue presentada, de modo que este sea una prueba fehaciente de que ha transcurrido el término señalado por la ley.

IV. Transcurso del término.

Al ser el Silencio Administrativo Positivo un acto presunto el cual la ley le otorga efectos jurídicos de carácter positivo por el simple paso del tiempo.(el subrayado es propio), es lógico pensar que uno de los más importantes requisitos para que opere el silencio administrativo es el simple paso del tiempo que señala la propia ley de manera expresa, y que como regla general es el término señalado por la Ley de Modernización, tomando en cuenta que este término podrá variar en casos especiales siempre y cuando este contenido en una norma de manera expresa, una de estas sería el Código Tributario, en el mismo que se señala que el plazo para que opere el Silencio Administrativo será de 120 días hábiles.

- Ley de Modernización.[45]

> "(…)Art. 28.- Derecho de petición.- (Reformado por el Art. 12 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince

[45] Ley de Modernización, Registro Oficial No 349 del 31 de diciembre de 1993.

> días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.(…)"

- Código Tributario.[46]

> "(…) Art 132. Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente a la presentación del reclamo o al de aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa."
>
> "(…) Art. 105. La falta de resolución por la autoridad tributaria en el plazo fijado en el artículo 132 se considerara como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que le corresponda."

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone en su artículo 115,que en los casos iniciados de oficio estos deberán ser resueltos en un plazo que no podrá exceder de 60 días", salvo lo previsto en leyes especiales. Es decir que en los procedimientos iniciados por petición del administrado se aplicará el término de 115 días señalado por la Ley de Modernización, y en los procedimientos iniciados de oficio se aplicará el plazo antes dicho señalado por el ERJAFE.

Para los procedimientos de oficio el plazo correrá desde el acto o resolución de iniciación y para los procedimientos iniciados por parte del administrado desde la fecha que se ha presentado la petición.

Se debe tomar en cuenta que la ley en el caso de que se trate de una petición por parte del administrado el Silencio Administrativo Positivo operará en un término de 15 días, es decir se está excluyendo los sábados, domingos y feriados, por el contrario en los procedimientos iniciados de oficio, este operará en un plazo de 60 días es decir que en este caso, si se toman en cuenta los sábados, domingos y feriados.

2.2 Efectos del Silencio Administrativo Positivo.

Observa el Autor García Trevijano, lo siguiente:

> "La necesaria conformidad con el ordenamiento jurídico no significa que para que produzca efectos el silencio positivo, deban cumplirse todos y

[46] Código Tributario, Registro Oficial –Suplemento No 38, del 14 de junio del 2005.

cada uno de los requisitos, por mínimos que sean esto es algo que se resalto al tratar de la documentación que necesariamente debe acompañarse a la solicitud. Se dijo entonces que, de igual forma que es razonable rechazar la producción de efectos prohibidos por la ley merced al silencio positivo, del mismo modo es rechazable la postura extrema que se traduciría en que cualquier defecto, por mínimo que fuera, evitaría la producción de efectos del silencio positivo.

En realidad, se trata de una cuestión de resolución casuística, sirviendo no obstante como regla general el principio de que únicamente se evitaran los efectos del silencio positivo cuando lo solicitado sea esencialmente contrario al ordenamiento jurídico, o cuando falte alguna documentación o tramite esencial. No, por tanto, en los demás casos, aunque se insiste el interesado estará en una situación de inseguridad en tanto no exista una resolución judicial que corrobore su actuación, amparada en el silencio positivo, fue correcta."[47]

I. Acción Judicial.

Una vez transcurrido el término que la ley señala para que el Silencio Administrativo Positivo pueda operar, el administrado es quien tiene la oportunidad de analizar si cabe o no su derecho para pedir la ejecución del Silencio Administrativo Positivo, en primer momento.

Es decir que si el administrado no ha cumplido con los requisitos solicitados en el proceso por parte de la administración, mal podría exigir su resolución o peor aun pensar que el Silencio Administrativo ha operado.

Una vez que el administrado considere que el Silencio Administrativo ha operado podrá exigir la emisión de un certificado que garantice que ha operado el Silencio Administrativo Positivo o acceder de manera directa a la vía contenciosa administrativo, es decir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

[47] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Pg. 175 y 176.

Se debe tomar en cuenta que siendo el Silencio Administrativo Positivo opcional para el administrado, hoy en día, no existe ya la exigencia de un acto previo para acceder a la vía contencioso administrativo, claro está que es decisión propia del administrado escoger si espera la resolución por parte de la administración, o si transcurrido el tiempo accede de manera directa al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

II. Principio de Automatismo.

En el Ecuador el silencio administrativo positivo opera de forma automática, una vez que en el artículo 28 de la Ley de Modernización, dispone que "vencido el término previsto se entenderá por silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelto a favor"[48], la propia ley de manera expresa le otorga efectos legales, por los cuales el administrado adquiere los derechos contenidos en la petición u reclamo no resuelto de pleno derecho.

Por esta razón, el administrado puede demandar la ejecución del Silencio Administrativo por vía ejecutiva, ya que no se pretende que se reconozca un derecho, si no que el derecho se lo ha adquirido por el nacimiento de un acto presunto legalmente establecido en la ley.

> "En el caso del Silencio Positivo se traducía en el hecho de que el automatismo era tal que la adecuación o no a la legalidad estricta de lo pedido no obstaba a su obtención a través del acto presunto, siempre que además concurrieren los demás requisitos necesarios para que el silencio operase.
>
> "Esta posición ha ido cediendo hacia posiciones más matizadas, con una paralela disminución de la rigidez con que originariamente era concebido dicho principio de automatismo. En efecto, en el caso de silencio negativo, porque se permite al interesado por disponerlo así la ley optar entre esperar a la resolución expresa, aspecto este que será abordado más extensamente a continuación. (...)"
>
> El Silencio Positivo, por el contrario, produce efectos jurídicos sustantivos y no meramente sustanciales. Por supuesto, producirá los efectos jurídicos procesales añejos a todo acto administrativo, pues, no se olvide, el silencio

[48] Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre del 1993.

> positivo da lugar a un verdadero acto presunto que es concebido con idénticas garantías de permanencia y, en general, de régimen jurídico (con sus particularidades) que si se tratara de un acto expreso." [49]

Todo lo antes dicho, trae como corolario que al operar el Silencio Administrativo Positivo, se crea un acto presunto independiente de sus antecedentes por mandato de la ley, adquiriendo de pleno derecho lo peticionado o reclamado, permitiéndole al peticionado acceder a la vía administrativa la ejecución de un derecho que ya se encuentra reconocido.

III. Límites para que el Silencio Administrativo Positivo produzca efectos jurídicos.

El Silencio Administrativo Positivo tiene como finalidad el agilizar los trámites presentados ante la administración pública, y dar una solución al administrado en los casos en que la administración no ha dado respuesta a las peticione so reclamos presentados.

Como se ha dicho con anterioridad, la ley suple la abstención de resolver por parte de la administración pública, y es esta misma, la que da los límites para que opere el Silencio Administrativo Positivo.

Es decir que el Silencio Administrativo Positivo no concede al administrado algo que vaya mas allá de lo que peticionó o reclamó, en este caso el Silencio Administrativo opera exclusivamente sobre lo que se peticionó y reclamó, y en el modo que se encuentra de manera expresa en la ley.

2.3 Cuando opera el Silencio Administrativo Positivo.

El Silencio administrativo Positivo opera cuando una ley así lo establece, en el Ecuador, como ya se ha visto, la Ley de Modernización del Estado en su artículo 28, establece de manera expresa la existencia del Silencio Administrativo Positivo, desechándose en todo caso el Silencio Administrativo negativo.

---

[49] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, Págs. 175 y 176.

Se puede encontrar también que en algunas leyes especiales dispone de manera expresa la existencia del Silencio Administrativo Positivo, como por ejemplo en el Código Tributario y en la Ley de Aduanas.

En los casos en que una ley especial no contenga de manera expresa la existencia del Silencio Administrativo Positivo, se deberá entender que aunque no se encuentre contenida esta se encuentra de manera implícita y en concordancia del Silencio Administrativo Positivo, por lo que mal podría alegarse que el Silencio Administrativo Positivo no ha operado porque no se encuentra expresada en una ley especial de su área, peor aún podría otorgársele efectos negativos a la abstención de resolver por parte de la administración pública, pues como se ha explicado el Silencio Administrativo negativo no se encuentra contemplado en la ley.

Seria inconcebible pensar que una ley tanto especial como general prohíba la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, pues en este caso tal disposición seria ilegal, pues estaría vulnerando los derechos peticionados o reclamados por parte del administrado y dando paso a una administración publica totalmente irresponsable, además se estaría violentando de manera clara al derecho de petición, contenido en la Constitución de la República.

2.4 Sobre qué procede el Silencio Administrativo Positivo.

La Ley de Modernización en su artículo 28 dice que “Todo reclamo, solicitud o pedido, deberá ser resuelto en un término de 15 días (…)”[50], es decir que el Silencio Administrativo Positivo según la ley, operarla sobre cualquier reclamo, solicitud, o pedido presentado por parte del administrado a la administración pública.

> "El derecho de petición es fundamentalmente de naturaleza político-administrativa, sirve de [51]vía para formular reclamaciones a la administración pública seccional o nacional por la falta de atención de aquellas necesidades que deben ser atendidas por las mismas, así como a denunciar abusos e incorrecciones y a formular propuestas y sugerencias para la mejor marcha de la cosa pública, tiene dos vertientes: las quejas, que consisten en reclamos por ilegalidades, desatenciones y atropellos, y

[50] Ley de Modernización, Registro Oficial No.349, del 31 de diciembre de 1993.

[51] Registro Oficial No 43, 19 de marzo de 2003.

> las peticiones, que comprenden las sugerencias de los particulares para el mejor funcionamiento de un servicio público y la solicitud de decisiones discrecionales y graciables de la Administración Pública; la limitación constitucional al derecho de petición se refiere a la hipótesis de que se presenten quejas o peticiones atribuyéndose la falsa calidad de representantes directos del pueblo, suplantando a quienes, de conformidad con nuestro sistema de democracia representativa, han recibido en las urnas el mandato de la ciudadanía(...)".

Sin embargo, algunos autores han discutido si el Silencio Administrativo Positivo considera como petición a un recurso, en este caso la Corte Suprema de Justicia ha opinado lo siguiente:

> "(…) y ante la falta de despacho oportuno del recurso de reposición, se produjo el silencio administrativo positivo, de acuerdo a lo que prevé la ley 05, publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994.Concluye que se deseche el recurso de casación y que se confirme la nulidad de la Resolución expedida por la Administración que niega el recurso de reposición. TERCERA. La Sala Única del Tribunal Distrital de Portoviejo, en el fallo de la referencia, declara nula la resolución No 01317 de 19 de marzo de 1996, expedida por el Director General de Rentas, pues, en su criterio, desde que se presento el recurso de reposición, 30 de marzo de 1995 fs. 57 de los autos, hasta la expedición y notificación de la mencionada Resolución fs.46 a 48, transcurrió mas de un año, lapso que excede el termino de ciento veinte días previsto en la Ley 05(…)"
>
> "(…) siempre que un reclamo o recurso no fuere atendido en el plazo de ciento veinte días hábiles, se entenderá que el silencio en que incurre la Administración constituye una aceptación de la reclamación o del recurso de reposición interpuesto ,vencido ese termino de ciento veinte días, habiéndose producido el silencio administrativo positivo a favor de la Empresa(…)"[52]

De la sentencia antes citada se desprende que el Silencio Administrativo Positivo si opera en los recursos, es decir que al establecer la aplicación del Silencio Administrativo Positivo sobre toda petición o reclamo, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que se hace extensivo los recursos.

[52] Registro Oficial No55, del 27 de octubre de 1998.

Hay algunos autores como el Doctor Piza Escalante, que la extensión de la aplicación del Silencio Administrativo es aún mas amplia.

> "1) El silencio positivo procede para las autorizaciones, permisos, solicitudes y licencias, todos encontrados en un plano común ante la ostentación de un derecho pre constituido a favor del interesado y solicitante, con lo cual seria coparticipe de la protección contenida en la Constitución.
>
> 2) También procede frente a las aprobaciones administrativas en el ejercicio de la fiscalización y tutela por algún órgano o administración distinto a la administración activa que dicto el acto inicial objeto de fiscalización y tutela."[53]

2.5. El Silencio Administrativo como Acto Presunto Regular.

Como se ha venido hablando al operar el Silencio administrativo Positivo, nace un acto presunto autónomo por mandato de ley.

Sin embargo es importante conocer la clasificación que se ha hecho del acto presunto, clasificándolo al acto presunto como regular o irregular.

> Acto presunto regular:"es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables.'
>
> Acto presunto irregular:"son los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquellos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibida por la ley"[54]

De la clasificación antes dicha se desprende que el silencio administrativo positivo únicamente opera en actos administrativos presuntos regulares, los cuales son legítimos y nacen por mandato de la propia ley.

> "El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la administración pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto

[53] Piza Escalante, Rodolfo, "Justicia, Libertad y Derechos Humanos", Tomo 2, Colegio Abogados Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003, págs. 931-932.

[54] Gaceta Judicial, septiembre del 2007/Octubre del 2008, pg. 2034.

> administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables"[55]

2.6. Casos en los que se considera inoperante el Silencio Administrativo (Acto presunto Irregular).

i. Contrariedad al ordenamiento jurídico.

Al ser considerado el Silencio Administrativo Positivo, un acto presunto, se entiende que es "presunto" porque, valga la redundancia, se presume su legalidad, la ley es quien suple la falta de resolución por parte de la administración pública, otorgándole los derechos peticionados o reclamados de pleno derecho.

Por la razón antes dicha, como se ha venido diciendo a lo largo de este texto, es inaudito pensar que el Silencio Administrativo Positivo puede aplicarse para adquirir algo ilegal o contrario al ordenamiento jurídico.

Lo antes dicho se reafirma en la siguiente sentencia.

> "(…) En palabras de García de Enterría y Fernández, el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla' (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, I, 5ª edición, Madrid, Civitas, 1989, Págs. 585-586. (...)".[56]

Inclusive tampoco se podría adquirir derechos invocando que el Silencio Administrativo Positivo ha operado, cuando los medios para obtenerlo han sido ilícitos.

---

[55] Gaceta Judicial, septiembre del 2007/Octubre del 2008, pg. 2034.

[56] Registro Oficial No 353-S, 11 de septiembre del 2006.

ii. Imposibilidad de lo peticionado o reclamado.

El Silencio Administrativo Positivo no opera cuando lo peticionado o reclamado no es posible que se pueda dar o no esté contemplado en el mundo jurídico.

Al decir posible, se refiere a que pueda tener una existencia ya sea en la actualidad como en el futuro, pues el Silencio Administrativo Positivo tampoco constituye un elemento de creación, sino de reconocimiento de derechos por haber transcurrido el tiempo señalado por la ley.

iii. Daños ocasionados a terceros.

El Silencio Administrativo Positivo tampoco puede aplicarse en el caso de que el administrado pretenda adquirir derechos subjetivos que puedan perjudicar la integridad del medio ambiente natural, del cual se incluye la riqueza forestal y de la fauna, por la que mal podría adquirirse el derecho de explotación por ejemplo sin la existencia de un informe en el que se asegura que las actividades no implican un daño ambiental

Tampoco seria válido que el Silencio Administrativo Positivo opere cuando se pretenda adquirir un derecho que traiga perjuicios a los derechos protegidos en la propia Constitución, como son los de la vida y salud.

Por lo antes dicho se debe tomar en cuenta que el Silencio Administrativo Positivo fue creado como salvaguarda en protección a los derechos del administrado, en especial el derecho de petición, mas no, como un arma de poder que se la puede aplicar en contra de terceros o de la administración pública. El Silencio Administrativo Positivo tiene como finalidad crear un equilibrio entre los administrados y la administración pública, de modo que no se vean perjudicados los derechos del administrado y se forme una administración publica ágil, pero en ningún momento se podrá vulnerar los derechos de terceros.

Por medio Silencio Administrativo Positivo, se adquiere los derechos sólo a favor del administrado, es decir que surte efectos positivos para el que presentó la petición o el reclamo, pero jamás podrá causar algún efecto negativo en un tercero.

Certificado que garantiza que ha operado el Silencio Administrativo Positivo.

El legislador ha creado la figura de un certificado que garantiza que ha operado el Silencio Administrativo Positivo, para que una vez que haya operado el Silencio Administrativo Positivo, el administrado obtenga tal certificado como medio de prueba ante cualquier persona natural o jurídica, privada o pública para hacer valer sus derechos.

En la Ley de Modernización del Estado, en su art. 28 dispone la obligatoriedad de la administración de emitir tal certificado:

> "(…) Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. (Lo resaltado es propio)[57]

De la norma antes enunciada se reafirma que la emisión del certificado por parte de la administración es una obligación, pero el certificado constituye únicamente un "instrumento público", que permite demostrar que el administrado ha adquirido los derechos peticionado o reclamados por la aplicación de Silencio Administrativo Positivo.

El autor Juan Carlos Benalcázar, reafirma lo antes dicho:

> "(…) la única función que cumple el certificado es permitir al administrado ejercer los derechos obtenidos por silencio, pero de ninguna manera lógica de la norma de LME se extiende hacia la incorporación de requisitos de cuyo cumplimiento dependa una variación procesal en los juicios en los que se pretende hacer valer lo ganado por Silencio"[58]

[57] Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial No.349, del 31 de diciembre de 1993.

[58] Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Procesal Administrativo Ecuatoriano", Fundación Andrade & Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador. pg. 250.

Es decir que la única finalidad que trae la emisión del certificado, es la acreditación de un acto presunto a un administrado como si se hubiera dictado una resolución de manera expresa.

El certificado sirve para acreditar también la fecha del nacimiento del acto presunto, y el momento a partir del cual este surte sus efectos, sin embargo, como se lo explicará en el siguiente capítulo, la emisión de tal certificado presenta algunas dificultades en la vida práctica.

La obligatoriedad de la emisión del certificado es obvia, la misma que adicionalmente facilitará al administrado a la hora de recurrir a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Para que se haga posible la emisión de tal certificado, el administrado deberá acudir a la institución que se ha abstenido de resolver, por medio de una petición escrita, para que esta le responda en el término correspondiente que el Silencio Administrativo Positiva ha operado.

En algunas ocasiones, como se ha venido diciendo el administrado podrá optar por esperar a una resolución expresa por parte de la Administración, pero esta decisión es solamente del administrado.

Algunos autores se han planteado la posibilidad de la emisión de tal certificado de oficio, sin embargo, se comparte la posición de Guillen Pérez, al opinar lo siguiente:

> "Semejante duda debe ser resuelta en sentido negativo. En primer lugar, porque la emisión de la certificación de oficio soslayaría la obligación legal de resolver expresamente los expedientes administrativos, consagrada con carácter general,(…), y en segundo lugar, porque como reiteradamente se ha puesto en manifiesto, dado que la técnica del silencio administrativo es una institución establecida en exclusivo beneficio del particular, es rechazable emprender cualquier labor hermenéutica dirigida a permitir a la Administración certificar de oficio su propia inactividad."[59]

[59] Guillen Pérez, María Eugenia," El Silencio Administrativo: El control judicial de la inactividad Administrativa, 2da edición, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, pág. 175.

La emisión del certificado podrá solicitarse una vez transcurrido el término para que el Silencio Administrativo pueda operar, y esta deberá ser emitida de manera obligatoria en el plazo de veinte días, por parte de la administración.

En caso de no emitirse, el acto presunto será valido de igual manera, y podrá acreditarse por medio de la fe de presentación de la solicitud en la que se solicita la emisión del certificado, con esta prueba el administrado podrá solicitar la emisión por vía judicial.

Adicionalmente el legislador prevé una sanción para el funcionario que se abstuvo de emitir el certificado, sanción que se encuentra de forma prevista en el art.28 de la Ley de Modernización.

> "Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.
>
> En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.
>
> La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento."

Referente a lo dispuesto anteriormente debemos recalcar que la sanción impuesta implica algunas criticas que serán tratadas en el próximo capítulo

.

2.7. Resoluciones Expresas Tardías por parte de la Administración.

Al decir resoluciones expresas tardías, se está refiriendo a una resolución expresa por parte de la Administración Pública, luego de haber transcurrido el tiempo para que opere el Silencio Administrativo.

Como se ha dicho anteriormente al operar el Silencio Administrativo Positivo, el administrado adquiere los derechos peticionados y reclamos a su favor de manera automática, siempre y cuando estos derechos adquiridos no sean una violación al ordenamiento jurídico vigente, es por esta razón precisamente que existe una imposibilidad para dictar una resolución expresa tardía contrario a lo obtenido por el Silencio Administrativo Positivo.

El Silencio Administrativo Positivo trae como consecuencia el nacimiento de un acto presunto, el cual goza de las mismas garantías que un acto expreso, por lo que sería impensable que una resolución expresa tardía pueda sacar del mundo jurídico a un acto presunto, en este caso se produce un acto administrativo nulo, por incompetencia en razón del tiempo.

García Trevijano[60], hace la siguiente observación;

> "La imposibilidad de que la administración dicte una resolución expresa tardía en estos casos no constituye una perdida de potestad de la administración sino sencillamente una limitación a su actuación mediante el sometimiento de la retirada del acto presunto a unos cauces determinados, lo que constituye garantía para el interesado de la permanencia del citado acto presunto. La administración, de igual forma a como acontece en los actos expresos, no podrá en el caso de los presuntos desconocerlos o retirarlos sin mas del mundo jurídico."

En conclusión, la imposibilidad de dictar resoluciones expresas tardías, exige a la administración publica a reconocer que los derechos subjetivos adquiridos por un acto presunto deben ser respetados al igual que un acto expreso.

2.8. Aplicación del Silencio Administrativo a casos concretos.

[60] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, pg 75.

i. Contratación Pública.

El Silencio Administrativo Positivo en materia de contratación publica no puede operar para modificar las clausulas y términos estipulados en el mismo contrato, ya que al haber sido estipuladas y discutidas entre las partes estas no pueden ser cambiadas ni alteradas por efectos de la existencia del Silencio Administrativo Positivo.

Adicionalmente, el Silencio Administrativo Positivo tampoco puede operar para perjudicar el interés público.

Sin embargo, el Silencio Administrativo si cabe sobre los casos que la ley dispone de manera expresa.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone en su art.81.[61]

> "Art. 81.- Clases de recepción.- En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.
>
> En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.
>
> Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptar las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.
>
> En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo."(Lo resaltado es propio)

[61] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica, Registro Oficial Suplemento No 395 de 4 de Agosto del 2008.

En la norma antes citada se habla de que en los contratos administrativos de obra pública, en los casos de que la administración pública no se pronuncie sobre el acta definitiva de entrega recepción, esta se efectuará de pleno derecho, es decir de manera automática, por lo tanto al haber operado el tiempo establecido para que se produzca el acto, en este caso el acta definitiva de entrega, y la administración pública se ha abstenido de emitir un pronunciamiento, el Silencio Administrativo Positivo habrá de operar a favor del contratista, en este caso el administrado.

ii. Materia Tributaria.

En materia tributaria el Silencio Administrativo Positivo se encuentra contemplado en el art.104 del Código Tributario en el cual se dispone que "la falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el art. 132 (estos es 120 días hábiles), se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva (…)"[62]

Adicionalmente en el art.134, la ley dispone que así haya operado el Silencio Administrativo Positivo la administración tiene la obligación de resolver de manera expresa, esta norma garantiza de modo efectivo el derecho de petición, pero de igual manera en la misma se expresa la imposibilidad de emitir una resolución tardía contraria a lo que por Silencio Administrativo Positivo se ha adquirido.

Por las normas antes citadas se puede llegar a la conclusión que en materia tributaria el Silencio Administrativo Positivo se encuentra contenido de manera expresa, y a la vez tiene ciertas condiciones distintas al contemplado en la Ley de Modernización, como es el plazo por lo tanto por ser el Código Tributario una ley especial, se estará más a la Ley de Modernización del Estado.

Es importante recalcar que el Silencio Administrativo es inaplicable en consultas tributarias ya que como dice Juan Carlos Benalcázar[63] "no es un instrumento de defensa del contribuyente como si son las reclamaciones y recursos administrativos", pues la consulta tiene como finalidad proporcionar al administrado

[62] Código Tributario, 2008.

[63] Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Procesal Administrativo Ecuatoriano", Fundación Andrade & Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, pg. 256

la respuesta a una preguntas, mas no, adquirir un derecho subjetivo, en este caso la administración no pierde la facultad de resolver.

iii. Otras materias.

Al aplicarse el Silencio Administrativo Positivo sólo por mandato de la ley, de manera excepcional, algunas leyes especiales contemplan al Silencio Administrativo Positivo expresamente, cabe recalcar que en estas leyes especiales no existen rasgos del Silencio Administrativo Negativo.

A continuación algunos cuerpos normativos que lo incluyen:

a) El Código Penal, en su artículo 212 contempla la sanción correspondiente por impedimento del libre ejercicio de petición, la misma que se encuentra en concordancia con el artículo 28 de la Ley de Modernización.

La sanción es necesaria como medio de coacción para evitar el incumplimiento del derecho de petición siempre y cuando exista una autoridad competente que pueda imponerla, sobre este asunto se tratará en el siguiente capítulo

> "Será reprimido con multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición. "[64]

b) La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es su artículo 75 atribuye de manera expresa "responsabilidad culposa al funcionario público que se abstuvo de resolver una petición o reclamo.

> "Responsabilidad por caducidad, prescripción y silencio administrativo.- Los funcionarios o servidores de la Contraloría General del Estado, o de las instituciones ejecutoras de obligaciones originadas en resoluciones de la Contraloría General del Estado, por cuya acción u omisión se produjeren la caducidad, la prescripción o el silencio administrativo, incurrirán en responsabilidad administrativa culposa, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar"[65]

---

[64] Código Penal, Registro Oficial-Suplemento No 147, del 22 de enero de 1971.

[65] Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, **Registro Oficial** No 312 de 13 de Abril del 2004

En el artículo antes citado, se entiende que el Silencio Administrativo Positivo se encuentra contemplado de manera expresa en la ley.

c) La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero[66] en su artículo 182, dispone cuales son los casos en los que se aplica el Silencio Administrativo Positivo, el mismo que se encuentra sujeto a plazos fijados por sus propias leyes especiales.

De igual manera en este mismo artículo se dispone de una sanción específica para el caso de incumplimiento, es decir de la falta de resolución por parte de la administración publica.

> "Cuando el Superintendente de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, no se pronunciase o no resolviese un asunto sometido a su aprobación, dentro de los términos fijados por esta ley o por otras leyes cuya aplicación corresponda resolver a la Superintendencia, sin haber dispuesto las ampliaciones de dichos plazos antes de su expiración, la petición sometida a su aprobación se entenderá favorablemente resuelta bajo su responsabilidad.
>
> La misma norma se aplicará respecto de los asuntos sometidos a resolución de la Junta Bancaria, excepto las solicitudes de constitución o establecimiento de nuevas instituciones.
>
> Si la demora es imputable a cualquier otro funcionario de la Superintendencia, éste podrá ser sancionado inclusive con la remoción o destitución, dependiendo de la gravedad del hecho a criterio del Superintendente, quien podrá revisar el efecto resultante de la falta de pronunciamiento, en el término de ocho días de producido".[67]

[67] Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Decreto Ejecutivo No. 1852. Registro Oficial No 475 de 4 de julio de 1994.

Capítulo III

Ineficacia del Silencio Administrativo Positivo en el Ecuador.

Una de las principales causas por las cuales el Silencio Administrativo Positivo en el Ecuador, presenta problemas en su ejecución, se genera debido a los vacios que presenta su régimen jurídico haciendo casi imposible de ejercer lo ganado por el ministerio de la ley, siempre y cuando lo que se pide o se peticiona es lícito y posible.

3.1 Falencias en la obtención del certificado que garantiza que le Silencio Administrativo Positivo ha operado.

Por medio del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, se crea un mecanismo para hacer efectivo lo ganado por Silencio Administrativo Positivo, este mecanismo consiste en que, vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo, el administrado acuda ante la misma administración, para que ésta misma, sea la que emita un certificado del cual se desprenda que el tiempo para el Silencio Administrativo ha vencido, so pena de destitución.

Como indica Garrido Falla[68]:

> "Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del Silencio "positivo", estaba en la inexistencia de un instrumento que acreditase tales efectos. Si, previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedará satisfecho si le enseño copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido."

Ahora cabe preguntarse, como es posible obligar a la administración pública a emitir tal certificado, si es ella misma la que se ha resistido de resolver, peor aún va a emitir un certificado del cual se desprende que es la misma administración, la que

[68] Garrido Falla, Fernando, "La obligación de resolver actos presuntos y Silencio Administrativo", Revista Española de Derecho Administrativo, No 82, Abril-Junio 1994, versión CD Room.

ha actuado de manera arbitraria y negligente, al contravenir la obligación de resolver dispuesta en la ley.

Es precisamente aquí, donde surgen los primeros problemas para la ejecución del Silencio Administrativo Positivo, cuando nos damos cuenta que la administración pública nunca como diríamos vulgarmente " se pondría lo soga al cuello" a si misma emitiendo un documento en el que diga que es ella quien tiene le culpa por haberse abstenido a emitir una resolución de manera expresa.

Pero si bien se ha dicho en ocasiones anteriores, existe un pena para la administración en caso de no emitir tal certificado, que si bien está escrita, no existe autoridad quien la imponga y la haga cumplir, tema del cual se hablará más adelante.

Por lo antes dicho al no aplicarse una sanción, no hay coacción alguna que obligue a la administración a emitir tal certificado.

En algunas jurisprudencias de triple fallo reiterativo se dice que en caso de no haberse emitido esta certificación por la propia administración pública silente, se la puede hacer por diligencia notarial, diligencia previa ante un juez o requerimiento judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo correspondiente, pero se debe tomar en cuenta que algunas de estas alternativas toman de tiempo, y como es sabido los trámites cuestan tiempo y dinero, y a lo mejor entre tanto trámite para la emisión de tal certificado puede que los derechos que se hayan adquirido por Silencio Administrativo Positivo se vean afectados.

Esta demás decir, que la emisión de este certificado no es un requisito indispensable para que el Silencio Administrativo Positivo pueda operar, el certificado no es más que un instrumento público que prueba que ha transcurrido el tiempo para que opere el Silencio Administrativo Positivo referente a una petición o reclamo presentada por el administrado,

Como ya se sabe el Silencio Administrativo Positivo opera sobre actos presuntos regulares, permitiéndole adquirir los derechos del administrado solicitados o reclamados de manera automática es decir de pleno derecho, por lo cual se llega a la conclusión que aunque dicho certificado no haya sido emitido, el administrado adquiere los derechos por el simple paso del tiempo.

Para que la emisión del certificado que permite probar la existencia del Silencio Administrativo Positivo, es necesario tener las reglas del juego claras de manera expresa en la Ley, si la Ley de Modernización dispone en su artículo 28 que dicho certificado debe ser emitido por la propia administración silente, en primer lugar debe decir quien es la autoridad que obligara a la administración de emitirlo, en caso de no hacerlo quien impondrá la sanción, y además como se probará que el administrado ha solicitado dicho certificado, todos estos cuestionamientos nos da la pauta de que en nuestra ley se encuentran vacios claros para la ejecución del Silencio Administrativo Positivo.

Una vez más se encuentra una situación donde es claro que existe la necesidad de formar una administración pública responsable que puede aprender de sus errores por medio de la emisión de un certificado que la haga reconocer de sus errores, cumplir sus obligaciones y a la vez cumplir con una de sus finalidades que es la de garantizar los derechos del administrado estando a su servicio de manera plena.

3.2. Inexistencia en la ley de un procedimiento de ejecución que garantiza que el Silencio Administrativo ha operado.

La critica fundamental respecto a hacer valer lo ganado por Silencio Administrativo Positivo en esta tesis, es preguntarse en que momento la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa o la Ley de Modernización del Estado, en algún momento establece algún procedimiento para ejecutar lo ganado por Silencio Administrativo Positivo, o a caso debemos suponer que se deberá seguir la misma vía que un acto expreso.

La Corte Nacional dando cumplimiento al principio de que no se puede denegar justicia por falta de ley, ha dejado algunas jurisprudencias de triple reiteración como guías para la ejecución del Silencio Administrativo Positivo; sin embargo, quien deja mucho que desear son aquellos juristas que han dejado más confusión con respecto a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

A continuación, algunas contradicciones que se pueden encontrar en algunos fallos que hablan de Silencio Administrativo Positivo.

3.2.1 Trámite especial o un común administrativo.

Para algunos juristas el trámite que debe seguirse para la ejecución del Silencio Administrativo Positivo, es el mismo de los recursos subjetivo y objetivo, lo cual resulta totalmente inaplicable, como ya se ha dicho el administrado ha obtenido ya los derechos por el paso del tiempo, cabe preguntarse si sería justo que el administrado que ya ha adquirido los derechos por mandato de ley se tome el mismo tiempo para ejecutarlos que una persona que pretende que sean reconocidos sus derechos.

Por lo tanto es necesario que el procedimiento en el cual se ejecute el Silencio Administrativo Positivo, sea uno especial, dirigido a los actos presuntos regulares de manera autónoma.

3.2.2 Proceso de conocimiento o proceso de ejecución.

En este tema la jurisprudencia se encuentra dividida:

a) Por un lado, los juristas que piensan ejecutar el Silencio Administrativo Positivo de manera errónea en un proceso de conocimiento.

> "Es evidente que la acción deducida sea de conocimiento en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes (...)[69]
>
> "(…)Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes, dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de la fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y a falta de respuesta oportuna, prueba ésta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demostrare la violación del derecho del recurrente al

[69] Registro Oficial N0 23 de 17 de febrero del 2.003

> no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto del recurso de casación (...)"[70]

b) Por el otro lado, la mayoría de los juristas opinan que al haber obtenido el los derechos ganados a causa del Silencio Administrativo positivo, lo único que se pretende es ejecutarlos, por esta razón el procedimiento a seguir es uno ejecutivo.

> "(…) Tampoco es Posible que los Tribunales Distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifican la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de procedimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido de un acto presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les correspondería a los Tribunales Distritales, a cuenta de verificar la regularidad del acto en función de la razones de orden jurídico (no las razones fácticas que debieron ser revisadas en sede administrativa) que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. (...)'[71]

Este ultimo razonamiento, es el correcto, ni el jurista ni el legislador pueden pretender discutir si el administrado puede adquirir o no los derechos peticionados o reclamos, pues al aplicarse el Silencio Administrativo Positivo, estos han sido adquiridos por voluntad de la propia ley; por lo que no cabe un proceso de conocimiento cuando no hay nada por conocerse o declararse

3.2.3. Diligencias para acceder a un procedimiento ejecutivo.

Además de existir contradicciones en el procedimiento para ejecutar el Silencio Administrativo, es importante señalar que para acceder a él, es necesario tener una prueba de la cual se desprenda que el Silencio Administrativo Positivo ha operado,

[70] Registro Oficial No.23, 17-de febrero del 2003.

[71] Gaceta Judicial, Septiembre 2007/Octubre 2008.

en el caso de que la administración pública se niegue a emitir el certificado que garantiza que ha operado el Silencio Administrativo Positivo, frente ha este incumplimiento hay diferentes opiniones.

La primera vía que se plantea es realizar un requerimiento judicial ante cualquier juez como dirigencia previa, sin embargo debemos tomar en cuenta cuanto nos llevaría en tiempo realizar dicha diligencia, tomando en cuenta la carga de trabajo que existe en los juzgados hoy en día.

"(…)TERCERO.- Ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiera logrado obtener en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atendérsele luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida(…)"[72]

a) La segunda vía es acudir ante un notario, para que este de fe de que ha operado el Silencio Administrativo Positivo ha operado, sin embargo hay algunos notarios que dicen no tener esta facultad, lo cual se hablará mas adelante.

[72] Registro Oficial No. 23, 17 de Febrero del 2003.

b) La tercera y última opción es acudir al Tribunal Contencioso Administrativo, para que sea esta la autoridad que requiera el certificado que garantiza que ha operado el Silencio Administrativo Positivo

> "(…)tanto del texto que habla de la obtención por este medio de un instrumento público a favor del accionante, como de la doctrina que remonta el origen de esta disposición a la ley española, se aprecia que la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino al contrario un procedimiento para darle viabilidad; de allí que por una parte parece evidente que el interesado esté munido de la facultad de utilizar para la petición al administrador, de esta certificación o instrumento público, de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito, para que por intermedio de éste se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente y para que en el caso de no obtener respuesta favorable en un primer momento, se exija por intermedio del Tribunal, se conceda la certificación requerida bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendría por concedida la certificación. Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no por ello desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que en tal caso habrá de probarse dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo sin que dentro de él haya recibido respuesta la solicitud o el reclamo planteada (…)[73]

Adicionalmente, existe la opinión más acertada en la cual se plantea que en primer lugar se acuda ante un notario, el mismo que deberá certificar que se ha presentado un petición, que ha transcurrido el tiempo para que opere el Silencio Administrativo Positivo, y que la administración silente se ha negado ha emitir el certificado. Para que posteriormente con este instrumento público se acuda al Tribunal Contencioso Administrativo para que ejecute y requiera a la administración pública la emisión del certificado que certifica que el Silencio Administrativo Positivo ha operado.

[73] Registro Oficial No 249,12 de enero del 2004.

3.2.4. Competencia.

De lo que si no existe duda alguna, es de que, en lo que se refiere a competencia es al Tribunal Contencioso Administrativo al que le corresponde conocer la acciones para ejecutar lo ganado por Silencio Administrativo Positivo conforme a lo señalado en los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización de Estado, en las que se dispone que los Tribunales Distritales de lo Contencioso es la encargada de resolver toda demanda, hechos producidos por la administración pública, sin exigirse el agotamiento de la vía administrativa.

> "Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa."[74]

3.3. Falencias en las Diligencias Notariales.

Como ya se ha visto anteriormente sería lo óptimo que un Notario sea quien sin dar un criterio de fondo, pueda dar fe de que se ha presentado un petición o reclamo dando fe de la fecha de su presentación, el tiempo que ha transcurrido desde dicha presentación y la abstención de la administración de emitir el certificado que garantiza que el Silencio Administrativo Positivo.

Sin embargo como ya se ha dicho los Notarios aluden que no se tienen dicha facultad cuando el art 18 de Ley Notarial expone lo siguiente:

---

[74] Ley de Modernización del Estado, 2010.

“Art. 18.- Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;

2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;

3.- Autenticar las firmas puestas ante el en documentos que no sean escrituras públicas;

4.- Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;

5.- Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;

6.- Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno;

7.- Incorporar al Libro de Diligencias, actas de remates, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública;

8.- Conferir extractos en los casos previstos en la Ley; y,

9.- Practicar reconocimiento de firmas.

10.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido a subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente; En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

11.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación.

12.- Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;

13.- Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del Cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

14.- Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;

15.- Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

16.- Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

17.- Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,

> 18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.
>
> De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito."[75]

Es en el inciso 18 que para algunos juristas,da la facultad al Notario para la antes dicha diligencia, de todas maneras se lo tendrá que poner en concordancia con el articulo 28 de la Ley de Modernización del Estado para que no exista excusa alguna por parte del Notario.

3.4. Falta de eficacia en las Sanciones.

La ley de Modernización del Estado en su art. 28 en concordancia con el articulo 213 del Código Penal, se establece una sanción para el funcionario que se abstenga de resolver una petición u queja presentada por el administrado en el tiempo que determina la ley.

> "Art. 28 (…) En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.
>
> La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento."[76]

---

[75] Ley Notarial, Registro Oficial Suplemento No 64 de 8 de Noviembre de 1996.
[76] Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial No 349, del 31 de diciembre de 1993.

En concordancia con el artículo antes citado el Código penal, en su artículo 213 dispone:

> "Será reprimido con multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición. "[77]

A pesar de que existe una sanción expresamente en la ley, resulta totalmente ineficaz establecer un proceso penal, pues no es nada desconocido cuanto tiempo puede llevar a una persona un proceso de estos, tanto para la administración pública como para el administrado en especial iniciar un proceso penal a causa de que la administración publica se abstuvo de resolver su petición o queja en el tiempo legal, es totalmente una pérdida de tiempo e incluso los derechos adquiridos por efectos del Silencio Administrativos Positivos se verían indudablemente afectados. Por esta razón, seria necesario establecer otro tipo de coacción mas rápida y eficiente para exigir a la administración pública el cumplimiento de su obligación de resolver en el tiempo establecido por la ley.

Incluso Piza Escalante opina:[78]

> Dice que la misma responsabilidad debería atribuírsele al funcionario que se negó ha emitir el certificado que al juez que aplica el Silencio administrativo en un acto presunto irregular

3.5. Responsabilidad del Estado.

En algunas jurisprudencias ecuatorianas se ha hablado sobre la responsabilidad que tiene el Estado sobre la ineficiencia de la administración pública a la hora de abstenerse a resolver, y han dejado algunos criterios como el siguiente:

> "(…) el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la licitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud

[77] Código Penal, Registro Oficial Suplemento No. 147, del 22 de enero de 1971.

[78] Piza Escalante, Rodolfo, "Justicia, Libertad y Derechos Humanos", Tomo 2, Colegio Abogados Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003, pg. 957.

> de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes, o ambiente (…)".[79]

Sin embargo, esto no quiere decir que la Administración pública no es responsable, ni que en casos de existir responsabilidad el Estado pueda repetir con la administración pública, ni tampoco eximiría la responsabilidad del funcionario público que por culpa o dolo se abstuvo de resolver la queja o la petición presentada por el administrado en el tiempo debido, o incluso si no la notificó a sabiendas.

El autor García Trevijano, opina lo siguiente:

> "(…) la acción de responsabilidad podrá ejercitarse frente a la administración a la que imputa su actuación al funcionario responsable, y no exclusivamente de este, por el principio de solidaridad existida en tal sentido en el ámbito de la responsabilidad administrativa (…)"
>
> "(…) Por supuesto que si hubiera un funcionario responsable el perjudicado podría iniciar la pertinente acción de responsabilidad directamente contra el, posibilidad que lógicamente en la practica no se da por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la capacidad económica de un individuo es notablemente inferior a la de la Administración; en segundo lugar, porque al reclamante le correspondería probar la existencia de "culpa o negligencia grave".[80]

[79] Gaceta Judicial, Septiembre 2007/Octubre 2008, pg. 2037.

[80] García Trevijano, Ernesto," El Silencio Administrativo en el Derecho Español, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, págs. 226 y 227.

Capítulo IV

Propuesta para garantizar el Derecho de Petición del ciudadano.

Al haber hecho una exhaustiva investigación sobre el Silencio Administrativo Positivo e identificar las falencias que la legislación ecuatoriana presenta a la hora de ejecutar los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo, es necesario plantear una opción para garantizar el derecho de petición consagrado en la Constitución Ecuatoriana y a la vez, crear o fortalecer a una administración pública responsable y al servicio de los ciudadanos.

Por la razón antes dicha, el presente capítulo tiene como objetivo proponer un proceso ejecutivo por el cual el Silencio Administrativo Positivo se aplique de pleno derecho por mandato de ley.

4.1. Definición de Proceso Administrativo

Para proponer la creación de un proceso es necesario tener en la definición de proceso administrativo, el autor A. Gordillo nos proporciona la siguiente definición:

> "Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa"[81]

De acuerdo a la definición antes dicha, es evidente que en el caso que ocupa es necesario tomar la vía de un proceso administrativo, ya que lo que se pretende es hacer valer los derechos del administrado debido a la ausencia de voluntad por parte de la administración pública, la misma que fue suplida por la propia ley.

Pero es necesario precisar que el proceso administrativo que se debe seguir en un proceso administrativo ejecutivo, pues como se ha dicho anteriormente lo que se pretende no es declarar un derecho subjetivo, porque estos ya han sido reconocidos por el paso del tiempo por la propia ley, lo que se pretende es ejecutar los derechos adquiridos del administrado por aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

---

[81] Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Ara, 1 º edición, Perú, 2003, pg. 9.

Para tener en claro qué es un proceso administrativo se debe aclarar cual es la diferencia entre ejecutoriedad y ejecutividad, el autor Escola lo explica:

> "El acto administrativo tiene ejecutividad, es decir, eficacia obligatoria propia, y además ejecutoriedad, o sea, la posibilidad de una acción directa coercitiva como medio de asegurar su cumplimiento.
>
> La ejecutividad consiste en que el acto administrativo, una vez perfeccionado, produce de por si todos sus efectos propios y ha de cumplirse necesariamente, sin que haya lugar a que ese cumplimiento se difiera.
>
> Pero si el acto administrativo es ejecutivo, también es ejecutorio, lo que significa que la administración tiene la posibilidad jurídica de hacerlo cumplir por si misma, aun contra la voluntad, directa o indirectamente expresada, de las personas ha quienes se dirigen el acto y respecto de las cuales la administración puede adoptar distintas formas de coacción. (…)"[82]

Los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo también son ejecutivos al tener "eficacia obligatoria por mandato de ley, y son ejecutorio por que como dice el autor antes citado aún contra la voluntad de la administración pública, el administrado ha adquirido sus derechos peticionados o reclamados por haber operado el Silencio Administrativo Positivo.

4.2. Competencia.

Como ya se explicó en el capítulo anterior, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo es el competente para ejecutar los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo, conforme a los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado, debido a que la relación se da entre el administrado que ha adquirido sus derechos peticionados o reclamados por Silencio Administrativo Positivo y la administración publica que se abstuvo de resolver la petición o queja presentada por el administrado

Cabe recalcar que el Tribunal Contencioso Administrativo es quien debe "ejecutar", mas no reconocer los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo.

4.3. Requisitos para iniciar el proceso de ejecución propuesto.

[82] Escola, Héctor, "Compendio de Derecho Administrativo", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pg. 510.

Esta de mas entender que los requisitos a continuación cumplen una sola función, que es la probar que el Silencio Administrativo Positivo, ha operado, de este modo, el único deber del Tribunal Distrital de lo Contencioso es ejecutar los derechos adquiridos por el paso del tiempo, mas no conocer el fondo del asunto.

Estos requisitos previos permitirán evitar cualquier duda acerca del incumplimiento por parte de la administración pública de resolver la petición o queja presentada por el administrado.

En ningún momento se podrá pensar que estos requisitos representen una condición para adquirir los derechos peticionados o adquiridos, ya que esto ha dejado de ser punto de discusión al haberse ya adquirido estos por pleno derecho y disposición de la ley, ni tampoco se podrá discutir acerca de la responsabilidad de la administración pública, debido que estos requisitos son prueba fehaciente de la falta de resolución.

Los requisitos a cumplir son los siguientes:

1. **Paso del Tiempo establecido en la Ley.**

   Para pretender el Silencio Administrativo debe haber transcurrido el plazo señalado por la ley.

   Es decir para ejecutar los derechos reclamados o peticionados por parte del administrado deberán haber transcurrido los 15 días término que dispone el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado o el plazo señalado por una ley especial.

   Adicionalmente, para ejecutar los derechos adquiridos en un proceso de oficio o producto de un recurso se aplicarán los 60 días dispuestos en artículo 115 del ERJAFE.

   Sin embargo, se tomarán en cuenta los plazos establecido en las leyes especiales aplicables a cada caso.

2. **Solicitud de certificado de acto presunto regular.**

   Al haber transcurrido el tiempo señalado por la ley, el administrado en primer momento deberá dirigir una petición a la administración pública silente.

Queda totalmente a discreción del administrado en este momento, discernir si los derechos adquiridos cumplan las siguientes condiciones:

a. Ser posibles: es decir que se pueda llevar a cabo lo peticionado o reclamado.

b. Ser legales: esto implica que no sean contrarios al ordenamiento legal vigente, es decir que constituya un acto presunto regular.

c. Que no representan daños a terceros.

En el caso que la administración emita el certificado del cual se desprenda que el Silencio Administrativo Positivo ha operado, el administrado tendrá la plena certeza de que sus derechos además de haber sido adquiridos, han sido reconocidos por la propia administración silente. Sin embargo, esta demás decir que esto casi nunca ocurre, pues es muy difícil que la propia administración, es especial la de hoy en día admita que ha cometido un descuido y un incumplimiento a la ley al haberse negado o retardado en emitir una resolución.

En el caso de que este certificado no se emita, el paso siguiente dará la solución.

4.4. Diligencia notarial Previa.

Si no se concede el certificado, tendrá que el Notario requerir a la administración pública silente para que emita el certificado de acto presunto regular, y a falta de este, otorgar por instrumento público un documento que de fe de la fecha en que se ha presentado la petición o reclamo y de la abstención de la administración pública para emitir el certificado de actos presuntos regulares,

Este instrumento antes dicho permitirá posteriormente al administrado probar ante el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo que el Silencio Administrativo Positivo ha operado, por tal razón, lo único que se tendrá que hacer es ejecutar los derechos adquiridos por el administrado, ya que el modo de operar del Silencio Administrativo Positivo no entra en discusión, pues a quedado debidamente probado por un Notario Publico.

A pesar de que en la práctica algunos Notarios Públicos dicen no tener la potestad para requerir a la administración pública, para otros, la Ley Notarial permite realizar dicha diligencia en el artículo 18 inciso 18:

> "18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones."[83]

Adicionalmente, existen algunas jurisprudencias que incluyen el requerimiento notarial como procedimiento previo para ejecutar los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo

4.5. Proceso ejecutivo propuesto.

a) Demanda de ejecución

La demanda deberá reunir los requisitos del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil.

La demanda será dirigida ante el Tribunal Contencioso Administrativo y se deberá identificar de manera clara en su contenido lo siguiente:

- Fecha de la presentación del reclamo o petición.
- Identificación de los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo.

Adicionalmente, se deberá adjuntar a la demanda los siguientes documentos:

- Fe de presentación de la petición o reclamo presentado ante la administración pública, en la cual conste la fecha de presentación.
- Instrumento público otorgado por Notario en el que se dé fe de la fecha de presentación del la petición o reclamo por parte del administrado y la abstención por parte de la administración publica de emitir el certificado de acto presunto regular.

b) Calificación

Una vez presentada la demanda, la sala correspondiente emitirá un Auto de Calificación, el cual debe contener lo siguiente:

---

[83] Ley Notarial, Registro Oficial-Suplemento No 64 de 8 de Noviembre de 1996.

1. Competencia de la sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para ejecutar el Silencio Administrativo Positivo.

2. Regularidad del acto presunto sobre el cual el administrado pretende ejecutar los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo.

En este punto la sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en el Auto de Calificación tendrá dos opciones:

a) Dar lugar al proceso de ejecución, siempre y cuando reconozca de manera expresa que el Silencio Administrativo Positivo ha operado sobre un acto presunto regular, es decir lícito, posible y que no cause prejuicios a terceros.

b) Desechar el proceso por encontrarse que el administrado pretende ejecutar un acto presunto irregular.

Este es el punto crucial para el administrado, pues una vez que el Tribunal Contencioso Administrativo de luz verde para seguir con el presente trámite, sus derechos serán garantizados de manera eficiente y segura.

Cabe recalcar nuevamente, que este proceso no pretende reconocer los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo, este proceso constituye un proceso de viabilidad para hacer efectiva la aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

c) Contestación.

Luego de que se haya notificado de manera correcta a la administración Pública silente, esta tendrá el término de tres días para contestar a la demanda.

La única razón por la cual podría excepcionarse la administración pública, es que su contestación a la demanda se fundamente en que el administrado pretende ejecutar un acto presunto irregular.

En ningún momento la administración pública podrá desconocer los derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo, pues como ya se explicó en capítulos anteriores en varias ocasiones estos derechos ya fueron adquiridos por la propia ley.

Posteriormente, no habrá término de prueba, pues se trata de un proceso ejecutivo, si ya se ha probado que el Silencio Administrativo Positivo ha operado por el paso del tiempo, y la sala correspondiente del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo ha dicho de manera expresa en el Auto de Calificación que lo que pretende ejecutar el administrado son los derechos contenido en un acto presunto regular, no hay más que probar sino ejecutar.

La Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana (actual Corte Nacional), ha opinado al respecto de la siguiente manera:

> "(…) debiendo añadir que la acción a proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo será una acción de puro derecho, en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que ésta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo.(…)[84i]

d) Resolución.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo deberá emitir una resolución motivada en un término no mayor a quince días, en el que la sala correspondiente oficiará a la administración silente para que emita el certificado de acto presunto.

A pesar de que el certificado de acto presunto ya no tendría mucha importancia para el administrado, pues la emisión de este por orden del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, obligará a la administración reconocer su responsabilidad, y evitar que existan casos iguales posteriores.

Lo antes dicho no quiere decir que en la misma resolución el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, será la autoridad competente para imponer la sanción correspondiente a la administración pública por abstenerse no sólo a resolver la

[84] Registro Oficial.249, 12 de enero del 2004.

petición o el reclamo presentado por el administrado, sino también por haber pretendido desconocer los derechos adquiridos por la propia ley, en vez de garantizarlos.

Esta aplicación de sanción de manera directa por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, no solo hará efectiva su aplicación, sino concientizará y formará una administración consciente de sus actos y garantizará al administrado una protección eficiente a sus derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo

La Corte Nacional en varias ocasiones ha dicho que la única finalidad de este proceso debería ser la de ejecutar los derechos adquiridos por el Silencio Administrativo Positivo.

> "(…)como de la doctrina que remonta el origen de esta disposición a la ley española, se aprecia que la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino al contrario un procedimiento para darle viabilidad; de allí que por una parte parece evidente que el interesado esté munido de la facultad de utilizar para la petición al administrador, de esta certificación o instrumento público, de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito, para que por intermedio de éste se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente y para que en el caso de no obtener respuesta favorable en un primer momento, se exija por intermedio del Tribunal, se conceda la certificación requerida bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendría por concedida la certificación.(…)".[85]

[85] Registro Oficial No. 249, 12 de enero del 2004.

Capítulo V

Conclusiones y Recomendaciones.

5.1. Conclusiones.

Es evidente que el Silencio Administrativo Positivo fue creado con la finalidad de precautelar los derechos peticionados o reclamados por el administrado, frente a la abstención de resolver de la administración o autoridad estatal.

El Silencio Administrativo Positivo pretende garantizar también, como ya se ha explicado el derecho de petición consagrado en la Constitución de la República Ecuatoriana, en ningún momento servirá como un instrumento para que el administrado pretenda adquirir algo que la propia ley no lo permita.

La Corte Nacional ha opinado junto con algunos autores, lo siguiente:

> "(…) Así mismo, Tomás Ramón Fernández, citado por Eduardo Barrachina Juan en 'Compendio de Derecho Administrativo 1', dice que: 'el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley, y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares como resultado de la falta de diligencia de la administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce.'; y, el autor añade: 'El silencio positivo, sustituye al acto resolutorio expreso, pero únicamente dentro de los márgenes permitidos por la Ley. Por su gran expresividad, debe recordarse la sentencia de 9 de diciembre de 1964 que en este aspecto decía: 'el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie de los vicios y defectos contenidos en la esencia misma del acto'. Además, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández citan las tres líneas jurisprudenciales sobre la materia y dicen que el proceso de decantación jurisprudencial quedó interrumpido por la reforma de la Ley de Suelo (1975) que optó decididamente por la segunda de las alternativas que dice: '... siendo el silencio creación de la Ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto, el acto expreso, pero sólo dentro de los límites de la Ley y hasta donde ésta permite (así las sentencias de 3 de octubre de

> 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, 18 de marzo de 1970, etc.)' (Subrayados de la Sala)(…)"[86]

Como se ha podido apreciar es de suma importancia crear un mecanismo eficiente para garantizar la debida aplicación del Silencio Administrativo Positivo. A pesar de que a través de los años se ha intentado aplicar procesos que la Corte Nacional (antes Corte Suprema) de Justicia ha determinado para ciertos casos, es necesario unificar las jurisprudencias en un sólo proceso, de esta manera se brindaría una total seguridad no solo al administrado al precautelar sus derechos, sino a la propia ley, evitando que la propia administración la desconozca.

Por esta razón es importante establecer un equilibrio entre el administrado y la administración silente, mediante un proceso ejecutivo que permita forjar a una administración pública consciente de sus actos, y la única manera de que lo antes dicho se cumpla es con una eficiente aplicación del Silencio Administrativo Positivo, pues esta institución permite que el administrado no quede en la indefensión de sus intereses, ni que la administración pública se excuse de cualquier modo para cumplir con su deber de dar una respuesta motivada a las quejas o peticiones presentadas por el administrado, beneficio que no trae consigue el Silencio Administrativo Negativo.

Esta es la única manera de que el Silencio Administrativo cumpla la función para la cual fue creado.

5.2. Recomendaciones.

Es evidente, que durante años en el Ecuador, el Silencio Administrativo Positivo ha estado contenido en algunas normas, sin embargo, muchas de ellas han permanecido o como letra muerta o ha sido aplicadas de una manera errónea.

Pero una de las principales razones por la cuales la administración puede darse el lujo de no contestar las peticiones o reclamos presentados por el administrado es porque no existe un mecanismo de coacción para obligarle a hacerlo;

[86] Registro Oficial número 19, 17 de febrero del 2000.

lamentablemente en el mundo en que vivimos, necesitamos de una sanción para aprender.

Por las razones antes dichas una de las recomendaciones esenciales es que al menos el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado contemple un proceso ejecutivo, como por ejemplo el propuesto en este texto, para ejecutar el Silencio Administrativo Positivo, de este modo la administración pública silente no tendrá excusa alguna para resolver la petición o el reclamo presentado por el administrado.

En el caso de que se imponga el proceso propuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, es necesario establecer una concordancia con el articulo 18 inciso 18 de la Ley Notarial, y aumentar la siguiente precisión "… y de la ejecución de obligaciones y derechos adquiridos por Silencio Administrativo Positivo." De esta manera ni siquiera el Notario podrá excusarse para realizar dicha diligencia.

Es lamentable, pero es justo y necesario incluir estas disposiciones en la propia ley, muchas veces las personas necesitan valerse de algo escrito tanto para cumplir con sus obligaciones como para hacer valer sus derechos.

También es necesario también que el administrado tome conciencia de los derechos que pretende adquirir por el Silencio Administrativo Positivo, y por otro lado que la administración adopte una posición responsable frente a sus actuaciones.

Por último, es necesario que tanto el administrado como todos los órganos estatales tomen conocimiento acerca de que es el Silencio Administrativo Positivo, su efecto su alcance, y ambas partes, comiencen a darle vida dentro del mundo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Libros Consultados:

- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, "Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano", Fundación Andrade & Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Manual de Procedimiento Administrativo", 2º Edición, Madrid, 2.002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo I", 6º Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 4º Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Abeledo- Perrot, 5ta edición, Argentina, 2002
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, "El Derecho a la tutela jurisdiccional", Editorial Civitas, 3 º edición, España, 2001.
- GARCIA TREVIJANO, Ernesto, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Editorial Civitas, España, 1990.
- BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Editorial Depalma, 2º edición, Argentina, 1981.
- GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Ara, 1 º edición, Perú, 2003.
- ESCOLA, Héctor, "Compendio de Derecho Administrativo", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. "Repertorio de Jurisprudencia", Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito s/f, varios tomos
- LEGAZ, Luís y LACAMBRA, *"Horizontes del pensamiento jurídico",* Barcelona, Editorial Bosch, 1947
- GARRIDO FALLA, Fernando, "La Obligación de resolver Actos Presuntos y Silencio Administrativo", Revista Española de Derecho Administrativo, No. 82, Abril-Junio de 1994.

- GARCIA PULLES, Fernando, “Casos Prácticos de Derecho Administrativo”, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2008.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial La Ley Thompson Civitas, Argentina, 2006.
- ABERASTURY, Pedro, “Curso de Procedimiento Administrativo”, Editorial Argentina, Argentina, 1998.
- CADENA BARRETO, Ana Carolina, “El Silencio Administrativo”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.
- COSCULLUELA, Montaner,” Los órganos administrativos: particular referencia a los órganos colegiados”, En comentario sistemático a la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, ¨El Silencio Administrativo: El control judicial de la inactividad Administrativa¨, 2da edición, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, 2000.
- ALABADEJO,”Derecho Civil I”, vol. 2do, Madrid, España, 1985.
- GARRIDO FALLA, Fernando, ‘Tratado de Derecho Administrativo, Volumen 1 parte general, Editorial Tecnos, 14o edición, Madrid, España, 2005.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Justicia, Libertad y Derechos Humanos”, Tomo 2, Colegio Abogados Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003.
- PENAGOS, Gustavo, “El Silencio Administrativo”, ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2004.
- CASSAGNE Juan Carlos, “Derecho Administrativo I”, 6º Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- SOTELO DE ADREU, Mirta,” El Silencio de la Administración”, en AA.VV, Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- ALFARO y LA FUENTE, ¨Tratado Completo de lo Contencioso Administrativo¨, Madrid, 1875.

- MURATORIO, Jorge, “Actos Administrativos Tácitos”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Argentina, 2002, pg. 373. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Ara, 1 º edición, Perú, 2003.

Normas Jurídicas Consultadas:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, publicada en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, publicada en el Registro Oficial No,349 de 31 de diciembre de 1993.
- LEY DE LA JURIDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008, publicada en el Registro Oficial No 857 del 31 de julio de 1975,
- LEY No 29060, LEY DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Perú, 2008.
- CÓDIGO TRIBUTARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de junio del 2005.
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008.
- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, publicado en el Registro Oficial Suplemento No 147 de 22 de enero de 1971
- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, Decreto Ejecutivo No. 1852, publicada en el Registro Oficial No 475 de 4 de julio de 1994.

- LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, **Registro Oficial** No 312 de 13 de Abril del 2004.
- LEY NOTARIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 64 de 8 de Noviembre de 1996.

Jurisprudencia Consultada:

- REGISTRO OFICIAL No. 10, viernes 4 de febrero del 2000.
- REGISTRO OFICIAL No. 19, 17 de febrero de 2000.
- REGISTRO OFICIAL No. 295, lunes 11 de octubre del 2008.
- REGISTRO OFICIAL No. 10, viernes 4 de febrero del 2000.
- REGISTRO OFICIAL No. 357, 13 de agosto de 1945.
- REGISTRO OFICIAL No. 278, 30 de julio de 1971.
- REGISTRO OFICIAL No. 871, 10 de julio de 1979.
- REGISTRO OFICIAL No. 349, 31 de diciembre de 1993.
- REGISTRO OFICIAL No 238, 10 de marzo de 1994.
- REGISTRO OFICIAL No. 19, 17 de febrero de 2000.
- REGISTRO OFICIAL No. 43, 19 de marzo de 2003.
- REGISTRO OFICIAL No. 55, del 27 de octubre de 1998.
- Gaceta Judicial, septiembre del 2007/octubre del 2008.
- REGISTRO OFICIAL No. 353-S, 11 de septiembre del 2006.
- REGISTRO OFICIAL No. 23 de 17 de febrero del 2003.
- REGISTRO OFICIAL No. 23, 17 de febrero del 2003.
- Gaceta Judicial, septiembre 2007/octubre 2008.

- REGISTRO OFICIAL No. 23, 17 de febrero del 2003
- REGISTRO OFICIAL No. 249,12 de enero del 2004.
- Gaceta Judicial, septiembre 2007/octubre 2008.
- REGISTRO OFICIAL No. 249, 12 de enero del 2004.
- REGISTRO OFICIAL No. 23, 17 de febrero de 2003.
- REGISTRO OFICIAL No. 10, viernes 4 de febrero del 2000.

Documentos electrónicos consultados:

- CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA UNIÓN EUROPEA, ESPAÑA Y PORTUGAL, http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n14/m11PI.pdf
- REVISTA JUDICIAL DLH, PROCEDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, por NéstorArboleda. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2376&Itemid=426
- REVISTA JUDICIAL DLH, VICITUDES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, por Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerron. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2783&Itemid=426

ANEXOS

f.) Gral. de Div. Angel Polivio Vega Mora, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones.

Es copia.— Lo certifico.

f.) Julio Enrique Dobronski Bohórquez, Coronel E.M.S., Secretario General de la Administración Pública.

Nº 3544

EL CONSEJO SUPREMO DE GOBIERNO,

Considerando:

Que es indispensable dar una adecuada organización al Ministerio Público, de acuerdo a sus funciones y las correspondientes disposiciones constitucionales; y,

En uso de las atribuciones de que se halla investido,

EXPIDE

La siguiente Ley Orgánica del Ministerio Público.

CAPITULO I

De la Procuraduría General del Estado

Art. 1º— **Del Ministerio Público.**— El Ministerio Público se ejerce por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios determinados en esta Ley.

Art. 2º— **De la Procuraduría General del Estado.**— La Procuraduría General del Estado es persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente en el ejercicio de sus funciones. Tendrá su sede en la Capital de la República.

Art. 3º— **Funciones y facultades.**— Corresponde a la Procuraduría General del Estado las siguientes funciones y facultades:

a) El patrocinio del Estado;

b) El Asesoramiento legal;

c) El patrocinio público; y,

d) La prevención y control del tráfico ilícito de estupefacientes.

Art. 4º— **Estructura.**— La Procuraduría General del Estado estará constituída por la Asesoría Jurídica, la Fiscalía General, la División Nacional contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y las demás dependencias establecidas en la ley.

CAPITULO II

Del Procurador General del Estado

Art. 5º— **Del Procurador.**— El Procurador es la máxima autoridad y el representante legal de la Procuraduría General del Estado.

Art. 6º— **Requisitos.**— El Procurador General del Estado deberá reunir los requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 7º— **Nombramiento.**— El Procurador General será nombrado por la Cámara Nacional de Representantes, de la terna enviada por el Presidente de la República, y durará cinco años en sus funciones.

Art. 8º— **Responsabilidad.**— El Procurador responderá ante la Cámara Nacional de Representantes por sus actos oficiales.

Art. 9º— **Remoción.**— El Procurador podrá ser removido de su cargo por la Cámara Nacional de Representantes o a petición del Presidente de la República, en casos de culpa grave en el cumplimiento de sus funciones, o por incapacidad permanente para desempeñarlas.

Art. 10.— **Subrogación.**— El Subprocurador subrogará al Procurador General en caso de inhabilidad, enfermedad o cualquier ausencia temporal, así como en caso de ausencia definitiva hasta cuando se nombre al nuevo Procurador.

Para desempeñar el cargo de Subprocurador se requieren los mismos requisitos que para ser Procurador General.

Art. 11.— **Funciones y Facultades.**— Al Procurador General le corresponde:

a) Representar judicialmente al Estado;

b) Vigilar el cumplimiento de los contratos celebrados por el Estado y las entidades del sector público, y pedir a a autoridad competente que arbitre las medidas del caso para precautelar los intereses públicos, y aún intervenir judicialmente si fuere necesario;

c) Reclamar judicialmente de terceros los bienes fiscales, cuando fuere del caso;

d) Comparecer, por iniciativa propia o por resolución del Presidente de la República, ante cualquier Juez o Tribunal, y en cualquier instancia, en los juicios que interesen al sector público;

e) Prestar la asesoría jurídica y absolver las consultas de orden legal, así como dictaminar sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales, a pedido del Presidente o Vicepresidente de la República, de los Ministros de Estado, del Contralor General del Estado, y de los Superintendentes de Bancos y de Compañías;

f) Emitir informes previos a la celebración de contratos en los que intervenga el Estado y más entidades del sector público, cuando su cuantía exceda de la base establecida para el concurso de ofertas;

g) Informar anualmente sobre sus labores a la Cámara Nacional de Representantes y formular las sugerencias que estimare convenientes para la mejor defensa de los intereses nacionales;

h) Supervisar las funciones del Fiscal General y del Director General de la División Nacional contra el Tráfico de Estupefacientes;

i) Nombrar y remover de conformidad con la Ley al Subprocurador, al Director General de la División Nacional contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes, a los Asesores y demás funcionarios y empleados de la Procuraduría General;

j) Desempeñar las funciones que la Constitución y las leyes le asignen como miembro de otros organismos del Estado; y,

k) Las demás que le señale la ley.

CAPITULO III

Del Patrocinio del Estado

Art. 12.— **Ejercicio del Patrocinio del Estado.**— El Procurador General del Estado, ejercerá el patrocinio del Estado, personalmente o mediante delegación a un funcionario del Ministerio Público o al Asesor Jurídico de la correspondiente Entidad.

El oficio mediante el cual comunique la delegación será suficiente título para ejercerla.

La representación judicial del Estado a cargo del Procurador General del Estado no menoscaba los deberes y atribuciones que corresponden a los Ministros Fiscales, Agentes Fiscales u otros funcionarios, para ejercer las acciones o defensas prescritas en las leyes.

Las instituciones del Estado, regidas por leyes especiales serán representadas en juicio, por sus personeros legales, sin perjuicio de que el Procurador General del Estado pueda vigilar las actuaciones judiciales y aún presentarse en juicio si lo creyere conveniente.

Art. 13.— **Reclamo administrativo previo a la acción judicial.**— Los Jueces y Tribunales de Justicia no conocerán de las acciones judiciales en contra del Estado y las instituciones del sector público, sin que se justifique haber precedido la reclamación administrativa de los derechos controvertidos, ante los funcionarios competentes y su denegación por parte de éstos.

Si la resolución demorare más de sesenta días después de iniciado el reclamo, el interesado podrá deducir su acción ante los Jueces o Tribunales competentes, comprobando que ha transcurrido dicho plazo.

No será menester que preceda la reclamación administrativa en los juicios laborales ni en los de excepciones opuestas a la coactiva.

Art. 14.— **Citaciones y Notificaciones.**— Las citaciones se harán en la oficina de la Procuraduría General del Estado, en la persona del Procurador General del Estado bajo pena de nulidad que se declarará aún de oficio.

Las demandas en contra del Estado o uno de sus organismos, provenientes de reclamaciones laborales, serán citadas al Procurador General del Estado o a uno de los Agentes Fiscales de la respectiva provincia; en este último caso el Fiscal solicitará instrucciones al Procurador General.

El Procurador General del Estado podrá conferir poder especial a los agentes diplomáticos o consulares acreditados en el exterior, para que reciban citaciones o notificaciones de demandas o de otros actos judiciales relacionados con los contratos celebrados o que celebre el Gobierno Ecuatoriano fuera del territorio nacional. El poder se conferirá en el correspondiente contrato o mediante oficio, que servirá de suficiente título para ejercerlo. Los agentes diplomáticos o consulares que reciban la citación o notificación comunicarán de inmediato, el particular al Procurador General del Estado, a fin de que imparta las instrucciones del caso, y de considerarlo conveniente, les otorgue el poder necesario para que intervengan en defensa de los intereses del Estado.

Art. 15.— **Término para contestar la demanda.**— El Estado y las instituciones del sector público tendrán el término de veinte días para contestar la demanda, sin perjuicio del término adicional que corresponde por la distancia, con arreglo a la ley, cuando la acción se hubiere deducido fuera de la Capital de la República.

En los casos en que la contestación a la demanda debe hacerse en la audencia de conciliación, ésta no podrá realizarse sino después del término de diez días, a partir de la citación con la demanda.

Art. 16.— **Información para la defensa.**— Será obligación del respectivo Ministerio o Institución interesados en el juicio, suministrar diligente y oportunamente a la Procuraduría General del Estado la información, documentos y más medios de prueba que se requieran para la defensa.

Art. 17.— **Controversias sobre contratos del Estado.**— Las controversias que se suscitaren sobre los contratos celebrados por el Estado o las entidades del sector público con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, conocerá en primera y segunda instancia la Corte Suprema, cuando la persona natural o jurídica de derecho privado fuere la actora.

Art. 18.— **Consulta de Sentencias.**— Toda sentencia adversa al Estado o a las instituciones del sector público se elevará en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran.

En la consulta se procederá como en los casos de apelación y de tercera instancia, y no habrá en ellos deserción del recurso. El Estado y las demás instituciones del sector público no podrán renunciar a la apelación.

Art. 19.— **Condena en Costas.**— El Estado y las instituciones del sector público no serán condenadas al pago de costas, pero responderá de ellas el Procurador General del Estado o el correspondiente personero que hubiere sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria.

Art. 20.— **Carácter de las Decisiones Judiciales.**— Las decisiones condenatorias que pronuncien los jueces y tribunales de justicia en contra del Estado tendrán carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretende. En lo demás, se estará a lo que disponen las leyes pertinentes, debiendo hacerse constar en el Presupuesto General del Estado del año siguiente al de la declaratoria, la partida necesaria para el cumplimiento de la obligación.

Art. 21.— **Desistimiento y Transacción.**— El Presidente de la República podrá autorizar al Procurador General del Estado para desistir de la demanda, aceptar conciliación y transigir, siempre que ello fuere conveniente a los intereses nacionales y a los de la justicia. La autorización será concedida previo informe del Procurador General. En los juicios cuya cuantía no exceda de un millón de sucres no se requerirá dicha autorización.

CAPITULO IV

Del Patrocinio Público

Art. 22.— **Ejercicio del Patrocinio Público.**— La Procuraduría General del Estado ejercerá el patrocinio público a través de la Fiscalía General, que estará integrada por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales y Agentes Fiscales y los demás funcionarios determinados por la ley.

Del Ministro Fiscal General

Art. 23.— **Del Ministro Fiscal General.**— El Ministro Fiscal General es la máxima autoridad de la Fiscalía. Durará cinco años en el ejercicio de sus funciones y será nombrado por la Cámara Nacional de representantes, de la terna que para el efecto enviará el Procurador General del Estado..

Art. 24.— **Requisitos.**— El Ministro Fiscal General deberá reunir los requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 25.— **Remoción.**— El Ministro Fiscal General podrá ser removido de su cargo por la Cámara Nacional de Representantes, a petición del Presidente de la República o del Procurador General, en caso de culpa grave en el cumplimiento de sus funciones o por incapacidad permanente.

Art. 26.— **Subrogación.**— En caso de ausencia o falta temporal del Ministro Fiscal General le subrogará el funcionario del Ministerio Público que designe el Procurador General del Estado. El subrogante deberá reunir los mismos requisitos que para ser Ministro Fiscal General.

Art. 27.— **Responsabilidad.**— El Ministro Fiscal General responderá ante el Procurador General del Estado por sus actos oficiales.

Art. 28.— **Deberes y Atribuciones.**— Son deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General los siguientes:

1. Intervenir como parte en los juicios penales de acción pública que se sustancien ante la Corte Suprema de Justicia;

2. Cumplir las comisiones que le fueren confiadas por el Procurador General del Estado;

3. Controlar que los funcionarios y empleados de los Tribunales, juzgados, registros de la propiedad y mercantil, notarías y más dependencias judiciales, cumplan con sus deberes con sujeción a las leyes e imponer las respectivas sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar;

4. Imponer sanciones administrativas a los funcionarios y empleados que dependan de la Fiscalía General;

5. Investigar las quejas que se presentaren contra los funcionarios y empleados de la Función Judicial y de las instituciones del sector público, sobre las actuaciones en el desempeño de sus cargos e imponer las sanciones que correspondan;

6. Promover o disponer que se promueva la acción penal ante los tribunales y juzgados correspondientes por infracciones pesquisables de oficio;

7. Informar semestralmente al Procurador General del Estado, de las actividades cumplidas sugiriendo las medidas que deben adoptarse para el mejoramiento de las funciones del Ministerio Público;

8. Realizar por sí o por delegación, en cualquier momento, visitas a las cárceles, centros de rehabilitación penitenciaria, centros de detención provisional, oficinas de investigación policial y otras dependencias públicas, con el fin de precautelar los derechos de la persona;

9. Velar por la correcta y oportuna intervención en juicio de los defensores públicos;

10. Encargar la práctica de diligencias a cualquier funcionario o empleado de la Administración Pública, en los lugares en donde no existan o se encuentren impedidos los Fiscales; y,

11. Ejercer los demás deberes y atribuciones determinados por la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

De los Ministros Fiscales

Art. 29.— **De los Ministros Fiscales.**— En cada Provincia habrá un Ministro Fiscal, que durará cinco años en el ejercicio de sus funciones y será nombrado por el Procurador General del Estado de la terna enviada por el Ministro Fiscal General.

Art. 30.— **Requisitos.**— Los Ministros Fiscales deberán reunir los requisitos exigidos para ser Ministro Juez de Corte Superior.

Art. 31.— **Remoción.**— Los Ministros Fiscales podrán ser removidos de su cargo por el Procurador General del Estado a pedido del Ministro Fiscal General, o por propia iniciativa, en caso de culpa grave en el cumplimiento de sus funciones o por incapacidad permanente.

Art. 32.— **Subrogación.**— En caso de ausencia o falta temporal de un Ministro Fiscal, le subrogará el respectivo funcionario del Ministerio Público que designe el Ministro Fiscal General. El subrogante deberá reunir los mismos requisitos exigidos para ser Ministro Fiscal.

Art. 33.— **Responsabilidades.**— Los Ministros Fiscales responderán ante el Ministro Fiscal General por sus actos oficiales.

Art. 34.— **Deberes y Atribuciones.**— Son deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales, los siguientes:

1. Intervenir como parte en las causas penales que se sustacien en la Corte Superior de su Distrito, por infracciones que deben perseguirse de oficio;

2. Promover y disponer que se promueva en su Distrito la acción penal por infracciones pesquisables de oficio;

3. Controlar, en su Distrito que los funcionarios y empleados de los tribunales, juzgados, registros de la propiedad y mercantil, notarías y más dependencias judiciales, cumplan con sus deberes con sujeción a las leyes e imponer las respectivas sanciones, sin perjuicio de la responsalidad civil o penal a que hubiera lugar, debiendo en cada caso informar al Fiscal General;

4. Investigar las quejas que se presentaren contra los funcionarios y empleados de la Función Judicial y de las instituciones del sector público, de su Distrito, sobre las actuaciones en el desempeño de sus cargos e imponer las sanciones que correspondan.

5. Informar trimestralmente al Fiscal General sobre el cumplimiento de sus funciones; y,

6. Los demás deberes y atribuciones que le corresponde de conformidad con la ley y los reglamentos.

De los Agentes Fiscales

Art. 35.— **Nombramiento y requisitos.**— Los Agentes Fiscales serán nombrados por el Ministro Fiscal General y durarán cinco años en el ejercicio de sus funciones. Los Agentes Fiscales deberán reunir los mismos requisitos establecidos por la ley para los Jueces de lo Penal.

Art. 36.— **De los Agentes Fiscales.**— En las causas que se sustacien en las judicaturas de lo penal y de tránsito, y en general, en las diligencias judiciales y juicios, que de acuerdo con la ley, deba contarse con el Ministerio Público, éste estará representado por uno de los Agentes Fiscales que será llamado por el Juez de entre los designados, para su jurisdicción, por el Ministro Fiscal respectivo.

Art. 37.— **Remoción.**— Los Agentes Fiscales podrán ser removidos de sus cargos por el Ministro Fiscal General, por su propia iniciativa, o a pedido del respectivo Ministro Fiscal, en caso de culpa grave en el cumplimiento de sus funciones o por incapacidad permanente.

Art. 38.— **Promotores Fiscales.**— En los lugares donde no hubiere Agentes Fiscales, el Ministro Fiscal del Distrito nombrará Promotores Fiscales, para cuya designación se preferirá a doctores en jurisprudencia o Abogados.

Art. 39.— **Responsabilidad.**— Los Agentes Fiscales responderán por sus actos oficiales ante el Ministro Fiscal del correspondiente Distrito.

Art. 40.— **Deberes y Atribuciones.**— Corresponden a los Agentes Fiscales los siguientes deberes y atribuciones:

1. Intervenir como parte en los juicios que por infracciones de acción pública se sustancien en la judicatura que se les asigne.

2. Promover la acción penal por infracciones pesquisables de oficio en los juzgados de lo penal y de tránsito del Distrito al que pertenecen;

3. Intervenir por delegación como parte en los juicios que interesen a la Junta de Defensa Nacional;

4. Investigar por delegación del Fiscal de Distrito, las quejas que formulen los particulares contra los jueces de instrucción y oficinas de investigación policial;

5. Cumplir las comisiones que le encomendaren el Procurador General, el Fiscal General y los Fiscales de Distrito;

6. Intervenir de acuerdo con la ley en las investigaciones de tráfico ilegal de estupefacientes;

7. Informar trimestralmente al Fiscal de Distrito, sobre el cumplimiento de sus funciones; y,

8. Ejercer los demás deberes y atribuciones determniados por la ley y los reglamentos.

CAPITULO V

De la División Nacional Contra el Tráfico Ilícito De Estupefacientes

Art. 41.— **De la División Nacional.— Finalidades y Funciones.**— La prevención y control del tráfico ilícito de estupefacientes estará a cargo de la División Nacional, cuyas funciones son las siguientes:

1. Investigar los delitos relacionados con la siembra, cultivo, extracción, purificación, cristalización, recristalización y síntesis de los estupefacientes y drogas psicotrópicas así como la tenencia y tráfico ilícito, consumo e inducción al uso de estupefacientes, según la Lista I Parte III del Anexo de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;

2. Investigar, localizar y destruir las áreas de cultivo de las plantas que contengan estupefacientes;

3. Investigar los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, aprehender las evidencias materiales del delito, descubrir a los infractores y elaborar los informes que servirán de antecedente para que los Jueces de lo Penal instruyan los correspondientes juicios;

4. Realizar los análisis de laboratorio de las sustancias consideradas como estupefacientes, constituyendo el informe químico prueba plena de la existencia del cuerpo del delito;

5. Intervenir en la destrucción de los estupefacientes comisados;

6. Coordinar su actividad con la Dirección General de Salud, así como con los demás organismos nacionales o internacionales competentes en la materia;

7. Recopilar toda la información relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con el objeto de formar el archivo central que ordene y sistematice los datos que serán proporcionados a los jueces de lo Penal, organismos públicos nacionales e internacionales competentes en la materia que le solicitaren; y,

8. Elaborar estadísticas con los datos que le envíen los Directores de hospitales y clínicas respecto al número de personas que se encuentren hospitalizadas para tratamiento de desintoxicación y rehabilitación.

Art. 42.— **Del Director General.**— La División Nacional estará a cargo de un Director General, que será responsable del cumplimiento de las funciones de ella. El Director General responderá de sus actuaciones ante el Procurador General del Estado y éste ante el Presidente de la República.

Art. 43.— **Agentes Especiales.**— La División Nacional contra el tráfico ilícito de estupefacientes contará con Agentes Especiales Civiles que tendrán la calidad de Agentes de la Fuerza Pública, bajo el mando y dependencia exclusivos del Director General.

CAPITULO VI

Disposiciones Generales

Art. 44.— **Información al Procurador General del Estado.**— Los Ministros de Estado, el Contralor General del Estado y los personeros de las entidades del sector público informarán oportunamente al Procurador General del Estado sobre el incumplimiento de los contratos que hubieren celebrado el Estado y las entidades del sector público, sin perjuicio de que el Procurador General del Estado pueda solicitar la información y documentos que estime pertinentes, a fin de adoptar o disponer que se arbitren las medidas administrativas o judiciales necesarias en defensa de los intereses nacionales.

Art. 45.— **Colaboración con la Procuraduría General del Estado.**— Las Asesorías Jurídicas de los Ministerios de Estado y de las entidades del sector público, colaborarán con la Procuraduría General del Estado en el cumplimiento de sus funciones, cuando ésta lo solicitare.

Art. 46.— **Auxilio de la Fuerza Pública.**— La Fuerza Pública, y en especial la Policía Judicial, están obligadas a prestar a los funcionarios del Ministerio Público, el auxilio que éstos soliciten para el cumplimiento de sus funciones.

Art. 47.— **La Dirección Nacional contra el Tráfico Ilícito** de Estupefacientes coordinará sus actividades con los organismos y más entidades que, de acuerdo con la Ley, intervienen en el control del tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de que pueda supervisarlos, debiendo dichos organismos y entidades prestar su colaboración a la División Nacional contra el tráfico ilícito de estupefacientes, para el desempeño de sus funciones.

Art. 48.— **Fuero de Corte Suprema.**— Toda causa penal que se promueva contra el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales y el Director General de la División Nacional contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes, corresponde conocer a la Corte Suprema, en primera y segunda instancias.

Art. 49.— **Fuero de Corte Superior.**— Toda causa penal que se promueva contra los Agentes Fiscales, conocerán en primera y segunda instancias, las Cortes Superiores.

Art. 50.— **Prohibición para ejercer la abogacía.**— Los funcionarios y empleados del Ministerio Público no podrán ejercer libremente la abogacía mientras permanezcan en el desempeño de sus cargos.

Art. 51.— **Inhabilidad de cargos.**— Quien hubiere sido destituído de un cargo en el Ministerio Público no podrá volver a ejercer función alguna en el mismo.

Art. 52.— **De los Recursos Económicos.**— Los fondos de la Procuraduría General del Estado son los que se le asignen en el Presupuesto General del Estado y aquéllos que por ley le corresponden.

Art. 53.— **Del Presupuesto.**— El Procurador General del Estado elaborará el presupuesto de su dependencia y lo someterá a la aprobación del Presidente de la República.

Art. 54.— **Recursos Económicos de la División Nacional.**— Las multas impuestas, así como el producto del remate de toda clase de bienes y el dinero que se comise por infracciones a la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, corresponderán, en partes iguales, a la Procuraduría General del Estado y a la Dirección General de Salud.

Los valores a que se refiere el inciso anterior servirán para cubrir las necesidades que demande la División Nacional contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, para el cumplimiento de sus fines.

Disposiciones Transitorias

PRIMERA.—Hasta que se apruebe el nuevo Presupuesto de la Procuraduría General del Estado y se hagan las respectivas asignaciones, los actuales Ministro Fiscal de la Corte Suprema, Ministros Fiscales de las Cortes Superiores, así como los Agentes Fiscales pasarán a ejercer las funciones de Ministro Fiscal General, Ministros Fiscales y Agentes Fiscales, en su orden, creados por esta ley, quienes continuarán ocupando lo mismos locales de trabajo y percibiendo los sueldos y demás remuneraciones con cargo a los mismos presupuestos.

DISPOSICION FINAL.— Derógase la Ley de Patrocinio del Estado, expedida mediante Decreto Nº 1082 de 28 de Julio de 1971, publicada en el Registro Oficial Nº 278 de 30 de los mismos mes y año, así como todas las disposiciones legales, generales o especiales que se opongan a la presente ley, la que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado, en el Palacio Nacional, en Quito, a 20 de junio de 1979.

f.) Almirante Alfredo Poveda Burbano, Comandante General de la Fuerza Naval, Presidente del

Consejo Supremo de Gobierno.— f.) General de División Guillermo Durán Arcentales, Comandante General de la Fuerza Terrestre, Miembro del Consejo Supremo de Gobierno.— Teniente General Luis Leoro Franco, Comandante General de la Fuerza Aérea, Miembro del Consejo Supremo de Gobierno.

Es copia.— Lo certifico:

f.) Julio Enrique Dobronski Bohórquez. Coronel E.M.S., Secretario General de la Administración Pública.

Nº 1103

EL CONTRALOR GENERAL DE LA NACION,

Considerando:

Que, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas y con el Reglamento Orgánico y Funcional de la Contraloría, es a esta Entidad a la que ha correspondido llevar el registro de contratos de las obras que realizan los organismos del sector público;

Que, de conformidad con nuevas disposiciones legales, especialmente, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial Nº 337, de 16 de mayo de 1977; de las Normas Técnicas del Control Interno para Proyectos de Inversión de Obras Públicas, publicadas en el Registro Oficial Nº 587, de 16 de mayo de 1978, el control externo de la Contraloría General debe extenderse a todos los contratos, tanto de ejecución de obras, como de servicios, financiamiento y a las obras ejecutadas por administración directa; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley, expide el siguiente:

REGLAMENTO DE REGISTRO DE CONTRATOS PARA PROYECTOS Y DE OBRAS POR ADMINISTRACION DIRECTA, REALIZADOS POR EL SECTOR PUBLICO.

Art. 1.— **Unidad administrativa:** Corresponde a la Sección de Estudios de la Dirección de Ingeniería de esta Institución, llevar todos los registros de contratos de obras públicas y de la adquisición de equipos y materiales para la ejecución de las obras; de servicios: estudios de obras, fiscalización de obras, consultoría; de los contratos de financiamiento para la ejecución de dichas obras; y, de las ejecuciones de obras realizadas por administración directa.

Art. 2.— **Ambito de aplicación:** Se aplicará a todas las Entidades de que tratan los artículos 1 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, y la Resolución de la Junta Nacional de Planificación, publicada en el Registro Oficial Nº 620, de 3 de julio de 1978.

Art. 3.— **Finalidad:** Establecer el control más eficaz y prioritario de las obras públicas en todas sus etapas, para salvaguardar la inversión financiera más grande del Estado.

Art. 4.— **Objetivos:**

1.— Controlar la correcta y legal contratación.

2.— Seguir el avance de los servicios y proyectos contratados o por administración directa, con sus ampliaciones, modificaciones y reajuste de precios.

3.— Servir de base para los programas de la Dirección de Ingeniería, a fin de determinar las áreas prioritarias del control externo.

4.— Mantener una información oportua y confiable en los registros, paneles gráficos, estadística.

Art. 5.— **Contratos y obras a ser registrados:**

A).— Los contratos de: a) Ejecución de obras;
b) Estudios de obras;
c) Fiscalización de la ejecución;
d) Adquisición de equipos y materiales para la ejecución de las obras;
e) Consultoría;
f) De financiamiento de proyectos; y

B).— La ejecución de obras que se realicen por administración directa.

Art. 6.— **Fuentes de la información:**

1.— Servirá de base la información contenida en los archivos de las Direcciones de Ingeniería y de Asesoría Jurídica, información que, previamente seleccionada, será trasladada a los tarjeteros y registros.

2.— Las Entidades del sector público, remitirán, trimestralmente, el cronograma valorado y avance de obra, en los contratos A-a), A-b), A-d), y B), constantes en el Art. 5 del presente Reglamnto.

3.— La Contraloría General podrá requerir cualquier información de parte de los contratantes o de los organismos de inversión, como FONADE, FODEM, FONAPRE FONAPAR, FONADEL, FODERUMA, FONACAR, o del Inventario Nacional de Proyectos elaborado por la Junta Nacional de Planificación; requerimiento que podrá ser hecho ya en forma personal y directa o por medio de formulario-encuesta correspondiente.

4.— De los contratos suscritos por las Entidades del sector Público, señalados por el Art. 5, deberá ser remitida una copia certificada a la Contraloría General de la Nación.

5.— En el caso de recepciones provisionales o parciales y definitivas, así como de órdenes de cambio, deberán remitir las Entidades respectivas, una copia certificada.

6.— Cuando se ejecuten obras por administración directa se deberá remitir una copia de toda la documentación del proyecto, incluyendo los programas de trabajo, presupuestos, especificaciones técnicas, descripción de los recursos humanos, materiales y financieros a emplearse.

7.— Del examen especial y establecimiento de responsabilidades civiles, administrativas y penales.

Art. 7.— **Certificado de cumplimiento:** Tanto los constructores como los consultores, sean estos personas naturales o jurídicas, deberán, previamente a la suscripción de un contrato, registrar sus firmas y sus datos en la Secretaría de la Dirección de Ingeniería de esta Entidad. Si ya estuvieren registrados, deberán actualizar los datos.

Sobre l
información
derá el cert
y consultore
44 de la L
tas. La cer
por el Secre

Art. 8.-
1.— E
pliere el mun
acuerdo al
Ley Orgánic
2.— Ig
en el plazo
mación com
Art. 6.
3.— Los
si no cumpli
Art. 7 de
para obtene
contratos, ha
datos requer
Art. 9.
tros y los
tanto en tar
les como en
los procedim
del Inventa
y detallados
tos, aprobad

Art. 1(
Dirección de
y por intern
control, apr
por las Entid
y emitirá la
las áreas pr
especiales;
terminación
sultados esta

Art. 1
para el Inv
son: registr
gistro de p
miras a la
sistema de c
en pantalla.
de Obras P
información
tal de apoy

Art. 1
vigencia a
el Registro

Dado e

f.) Dr.
de la Naci

Es fi
f.)
Co

defensa al representante del Estado, pero no porque ese órgano sea o deba ser citado. Finalmente, teniendo en consideración que la falta de personería puede convalidarse en cualquier estado de la causa, la presencia en el juicio de un funcionario del órgano administrativo autor del acto impugnado, si éste no es persona jurídica, evidentemente convalida cualquier falencia por la falta de notificación a tal órgano. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso.- Sin costas.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla, José Julio Benítez A., Ministros Jueces de la Sala de lo Administrativo.

La presente sentencia firmaron los señores doctores Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla y José Julio Benítez Astudillo, Ministros Jueces de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- El Secretario.- Dr. Hugo Carrión Cueva.

RAZON: Siento por tal que las 2 copias fotostáticas que anteceden, son iguales a su original, a las cuales me remito en caso de ser necesario.

Quito, a 13 de diciembre de 1999.

f.) Dr. Hugo Carrión Cueva, Secretario, Sala de lo Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

No. 341-99

ACTOR: Angel Zapata.

DEMANDADO: Ministro de Finanzas.

ASUNTO: Recurso de Casación.

Fs. 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CONJUECES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 29 de noviembre de 1999; las 11h00.

VISTOS: (185/98).- A fojas 124 de los autos comparece el señor Ing. Angel Vicente Zapata Lucio por sus propios derechos, en el juicio contencioso administrativo número 2496 LRO que lo siguió contra el Ministro de Finanzas e interpone recurso de casación de la sentencia dictada con fecha 16 de julio de 1998, a las 11h00 por la Primera Sala del Tribunal Distrital número 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, sentencia en la cual se desecha la demanda propuesta por silencio administrativo positivo.- El Tribunal "a quo" califica el recurso por encontrarlo interpuesto dentro de término y reunir los requisitos formales determinados en la ley de la materia. El auto de calificación obra a fojas 127 del proceso, y en él se ordena elevar el expediente a la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la cual lo examina y admite por haber sido presentado dentro del término legal y cumplir todas las demás exigencias formales determinadas en la Ley de Casación. Con estos antecedentes, para resolver se manifiesta: PRIMERO.- La Sala de Conjueces de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con el Art. 200 de la Constitución de la República, disposiciones pertinentes de la Ley de Casación y providencia de 20 de julio de 1999 que obra a fojas 22 del expediente del recurso es competente para conocerlo. SEGUNDO.- De autos aparece lo siguiente: a) De fojas 122 y 123 del segundo cuerpo consta la sentencia dictada por el Tribunal "a quo"; y b) A fojas 124 a 126 se halla el escrito que contiene el recurso de casación en el cual se manifiesta que las normas de derecho que se han infringido al dictar la sentencia son: el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada el artículo 22 de la Constitución Política de la República, y el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil. TERCERO.- El recurrente fundamenta su recurso en la primera causal del Art. 3 de la Ley de Casación, concretando existir en la sentencia, objeto de este recurso, falta de aplicación del Art. 28 de la citada Ley de Modernización del Estado, por cuanto su aplicación era obligatoria al dictar el fallo, reconociendo, en consecuencia que se había producido silencio administrativo positivo al no haber contestado las peticiones formuladas por el actor al Comandante General de la Policía Militar Aduanera y al Ministro de Finanzas dentro del término de quince días, hecho que generó la existencia de un acto administrativo tácito de aceptación de lo requerido, o solicitado por el actor. Igualmente, fundamenta, también, su recurso en la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación por haberse violentado lo dispuesto en el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil al no haberse valorado suficientemente la prueba. CUARTO.- De lo afirmado en el considerando anterior se aprecia, indiscutiblemente, existir un acto administrativo tácito positivo que comporta el reconocimiento del derecho subjetivo administrativo a que se deje sin efecto la disponibilidad y baja del recurrente, acto que además goza de la presunción de legitimidad y ejecutividad, es decir que debió cumplirse, lo cual no ocurre a pesar de las reiteradas peticiones formuladas al Ministro de Finanzas y Crédito Público el cual contesta por los oficios números 4149, 4244 y 4595 de 6 de octubre de 1995, 18 de octubre de 1995 y 15 de noviembre de 1995 respectivamente, sin considerar la existencia de un acto positivo presunto favorable al recurrente. QUINTO.- Establecido el fundamento del recurso que no es otro que la existencia de un acto administrativo tácito, fruto del silencio administrativo positivo conveniente y necesario es precisar el significado y efectos del mismo. Conocido en el ámbito del derecho administrativo es que los actos presuntos constituyen una forma de manifestación de la voluntad administrativa que se concreta en el denominado SILENCIO ADMINISTRATIVO. Al efecto, cuando un particular administrado pide o requiere a la administración una decisión sobre un asunto concreto, se espera que ésta le conteste dentro del plazo o término fijado

en las normas jurídicas correspondientes, y si no lo hace el particular peticionario de conformidad con lo dispuesto en la ley, puede interpretar ese silencio, ya sea en sentido positivo o en sentido negativo según se disponga en las normas legales vigentes en un país determinado. En nuestro país se consideró necesario, fortalecer el derecho de petición establecido en el Art. 22 de la Constitución entonces vigente y 23 numeral 15 de la actual, admitiendo la institución del silencio administrativo, en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, norma que textualmente dice: "Art. 28 DERECHO DE PETICION. Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación si se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante". (lo subrayado es nuestro). SEXTO.- Conveniente es señalar, por otra parte, que la consagración del silencio administrativo en el Art. 28 de la Ley de Modernización encuentra, fundamento doctrinario indiscutible y es así que los destacados autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, coautores del Curso de Derecho Administrativo Español, tomo I, edición IV, reimpresión de 1998, Pág. 556 escriben: "Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela que viene a ser más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa. En rigor el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado... Puede decirse, por tanto, del silencio-administrativo-positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a la que sustituye". Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá que la administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivos se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia nulo de pleno derecho..." "el plazo del silencio es un plazo de caducidad y no de prescripción..... La Ley sanciona la inactividad de la administración...". En conclusión, es evidente que en virtud del silencio positivo el actor logró el reconocimiento de su derecho a que se deje insubsistente la disponibilidad y baja de la cual fue objeto. SEPTIMO.- a) En el proceso objeto de este recurso a fojas 60 se encuentra el texto de la reclamación formulada por el recurrente al Comandante General de la Policía Militar Aduanera, presentada con fecha 18 de junio de 1993 en la cual solicita, dejar sin efecto la solicitud de disponibilidad firmada por el recurrente en circunstancias personales anormales de salud debido al accidente que sufrió en el propio edificio de la Comandancia como prueba con los respectivos certificados médicos adjuntados al proceso y la prueba testimonial actuada y no valorada en la sentencia recurrida. b) Con fecha 30 de septiembre de 1993 presenta el escrito que obra a fojas 61 y siguientes, en el cual se insiste se reconozca el derecho reconocido por el silencio administrativo positivo dejando sin efecto la disponibilidad viciada de consentimiento y la baja que se había decretado, pedido o solicitud que tampoco fue atendida. c) La no atención por parte del Comandante de la Policía de Aduanas a las solicitudes presentadas por el recurrente, determina que acuda al Ministro de Finanzas y con fecha 6 de enero de 1994 presenta un escrito en el cual de su contenido se aprecia que, en definitiva, se solicita ejecutar el acto presunto fruto del silencio administrativo positivo, generado por no contestar las peticiones formuladas dentro del término de quince días como lo exige el artículo 28 de la Ley de Modernización, ejecución que debía concretarse, en una declaración de improcedencia de la disponibilidad y, consecuentemente, de la orden general de baja, solicitud que en ningún momento fue atendida. OCTAVO.- El recurrente al no recibir las respuestas que la administración debió darle con oportunidad, con fecha 6 de febrero de 1996 deduce recurso contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, ante el Tribunal Distrital Nº 1 con sede en la ciudad de Quito, a fin de obtener la ejecución del acto presunto producido por el silencio administrativo, en virtud, del cual quedaron sin efecto tanto la solicitud de disponibilidad como la orden de baja del recurrente.- NOVENO.- Conveniente es señalar que los actos administrativos que podrían comportar los oficios números 4149, 4244 y 4595, de fechas 6 de octubre de 1995, 18 de octubre de 1995 y 15 de noviembre de 1995, respectivamente, adolecen de nulidad absoluta por cuanto fueron dictados con posterioridad a la existencia de un acto tácito firme y ejecutivo que goza de la presunción de legitimidad por lo cual necesariamente debe ser cumplido, por una parte; y por otra, cuanto el Ministro de Finanzas había perdido competencia para revocarlo. DECIMO.- Del texto de la sentencia objeto de este recurso se infiere con claridad que, el Tribunal "a quo" no ha considerado todos estos aspectos lo cual ha conducido a no aplicar el Art. 28 de la Ley de Modernización. Además, tampoco se aprecia que haya valorado la prueba suficientemente y en toda su amplitud, puesto que no se refiere en absoluto a las circunstancias que rodearon el momento en que el actor firmó su solicitud de disponibilidad, la misma que ni siquiera lo había redactado personalmente, afirmación que nunca fue contradicha, expresamente, por la administración según se desprende de las pruebas actuadas en el proceso. Por todo lo expuesto, se entiende que los fundamentos de índole legal invocados en el recurso interpuesto, se concretan en la no aplicación y reconocimiento de los efectos que producen las normas contenidas en el Art. 28 de la Ley de Modernización, Art. 22 de la Constitución de la República y 169 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, se los aprecia probados, y se los acepta por esta Sala. Por las consideraciones precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito y se ordena la reincorporación del actor al Cuerpo de Servicio de Vigilancia Aduanera que sustituyó a la Policía Militar Aduanera. Así como también, se le paguen las pensiones que dejó de percibir, hasta su reintegro a la institución. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Pazmiño Ochoa, Marcos Suéscum Guerrero, Eduardo Córdova Guerrón, Conjueces Permanentes de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f.) Dr. Luis Heredia Moreno, Ministro Juez.

f.) Dr. Galo Pico Mantilla, Ministro Juez.

f.) Dr. José Julio Benítez A., Ministro Juez.

Certifico.- f.) El Secretario.

En esta fecha a las diez horas cinco minutos notifiqué con la Nota de Relación y Sentencia que antecede al actor: Fabián Marcelo Fierro Ramírez, en el casillero judicial Nº 1474; a los demandados por los derechos que representan Director General de IESS en el casillero judicial Nº 932; al señor Procurador General del Estado, en el casillero judicial Nº 1200.

Quito, a 19 de agosto de 1999.

Certifico.- f.) El Secretario.

La presente sentencia firmaron los señores doctores: Luis Heredia Moreno, José Julio Benítez Astudillo, Galo Pico Mantilla, Ministros Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- El Secretario, Dr. Hugo Carrión Cueva.

Razón: Siento por tal que las 2 copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales que reposan en el archivo a mi cargo remitiéndome a las mismas en caso de ser necesario.

Quito, a 8 de septiembre de 1999.

Certifico.

f.) Dr. Hugo Carrión Cueva, Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Nº 247-99

ACTOR: Fausto Enrique Suárez Rodríguez.

DEMANDADO: Ministerio de Agricultura y Ganadería.

ASUNTO: Recurso de Casación.

Fs. 3.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 19 de agosto de 1999; las 10h15.

VISTOS (234-98): El Ing. Fausto Enrique Suárez Rodríguez deduce recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital Nº 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el recurrente en contra de los señores Ministro de Agricultura y Ganadería y Procurador General del Estado, pretendiendo que se deje sin efecto el acto administrativo mediante el cual se le remueve de las funciones que venía desempeñando; fallo que rechaza la demanda. Pretende el recurrente que en la sentencia recurrida se ha violado las normas previstas en los Arts. 23 Nums. 3, 15 y 124 de la Constitución Política del Estado; 52 de la Ley de Modernización del Estado y 77 del Reglamento a dicha ley. Habiéndose establecido la competencia de la Sala para conocer y resolver el caso con oportunidad de calificación del recurso, circunstancia que no ha variado y una vez agotado el trámite previsto por la ley, la presente causa se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera: PRIMERO: Es evidente que la Constitución Política del Estado vigente, al igual que todos los textos de los últimos tiempos, han garantizado la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, que es la base del sistema republicano; siendo también evidente el derecho de los ciudadanos a dirigir quejas y peticiones y a recibir respuesta, cuya concreción aparece en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado; y, no es menos cierto que constitucionalmente se ha manifestado el carácter reglado del servicio público excepto en los casos expresamente señalados en la ley: mas todos estos principios doctrinales consagrados en la Constitución para su aplicación deben sujetarse a las disposiciones de las leyes secundarias, dictadas a efecto de establecer las circunstancias a través de las cuales se hacen efectivos los derechos constitucionales. Lo anterior nos lleva a realizar una versión de las circunstancias que ocurrieran en relación con la presente causa.- SEGUNDO: Consta de autos que el recurrente presentó con fecha 13 de abril de 1994 su renuncia voluntaria a las funciones que venía desempeñando en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, siendo verdad, por otra parte, que habiendo desempeñando funciones en dicho ministerio durante 32 años y habiendo llegado a la posición que entonces ocupaba de Director Regional Agropecuario, se encontraba en los casos de excepción contemplados en el inciso segundo del Art. 77 del Reglamento a la Ley de Modernización vigente a esa época, que es el único aplicable para el caso. Ahora bien, no habiendo recibido oportuna respuesta en los siguientes 60 días de plazo a partir de la fecha de presentación de la renuncia, es inconcuso que ésta surtió los efectos señalados en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, reformada por el Art. 127 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, esto es que dicha solicitud fue aceptada, ya que por una parte ésta estaba dirigida a la autoridad competente y por otra parte, lo peticionado no estaba expresamente prohibido por la ley, sino en ejercicio precisamente del derecho de petición consagrado por la Constitución. O sea que, desde el 13 de junio de 1994, bien pudo el recurrente exigir administrativamente, o de no lograrlo por este medio, pudo reclamar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo el cumplimiento de lo aprobado por el ministerio de la ley, esto es las consecuencias que de la aceptación de su renuncia voluntaria devenían en su favor. Esta tesis recibe aún más sustento si se considera que de acuerdo con el Art. 129 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se presume que si dentro de 15 días de presentada una renuncia no existe pronunciamiento expreso por parte de la autoridad nominadora, se considera que ésta ha sido aceptada. Ahora bien, conforme enseña la doctrina, cualquier pronunciamiento posterior del órgano administrativo que debió manifestar su respuesta dentro del plazo establecido por la ley, de ninguna manera modifica el derecho autónomo nacido de la

aprobación por el ministerio de la ley, gracias al silencio administrativo, de la correspondiente petición. Por ello es evidente que la Comunicación Nº 539 de 25 de julio de 1994, expedida cuando ya había concluido el término legal para ello, evidentemente no afectaba el derecho del recurrente. Así, desde el 13 de junio de 1994 el recurrente tenía la facultad y el derecho de exigir, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, que se cumpliera por parte del ministerio su obligación de pagar al recurrente los beneficios que su renuncia voluntaria habían originado a su favor. Así mismo, consta de autos que la acción la presenta el recurrente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tan sólo el 2 de octubre de 1995, esto es a más del año de haberse originado sus derechos o sea fuera del término que tenía para ello (tres meses: 90 días hábiles), por lo que es evidente que a la fecha de presentación de su demanda, la acción había caducado. La sentencia recurrida emite inexplicablemente estudiar este aspecto en la sentencia.- TERCERO: En cuanto a las posteriores acciones que incomprensiblemente se producen por parte del recurrente, quien acepta con posterioridad un nuevo puesto de libre nombramiento y remoción; y a la resolución del Ministerio de Agricultura y Ganadería encargado de removerle de tales funciones, se advierte que en este último acto no se violó norma ni derecho alguno ya que el cargo que desempeñaba el recurrente era de libre nombramiento y remoción de la autoridad, es decir que estaba entre los casos de excepción mencionados en el Art. 124 de la Constitución Política del Estado. Acto este, de remoción que por otra parte se cumple el 19 de junio de 1995, es decir cuando ya había caducado hace largo tiempo el derecho del recurrente para reclamar el pago de la compensación creada por el Art. 52 de la Ley de Modernización, para las renuncias voluntarias.- CUARTO: del estudio realizado anteriormente se concluye que en la sentencia recurrida no se produjeron las violaciones constitucionales y legales señaladas en el escrito de interposición del recurso de casación, por lo que, sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase.

f.) Dr. Luis Heredia Moreno, Ministro Juez.

f.) Dr. Galo Pico Mantilla, Ministro Juez.

f.) Dr. José Julio Benítez A., Ministro Juez.

Certifico.- f.) El Secretario.

En esta fecha notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, al Ing. Agr. Fausto Suárez Rodríguez, en el casillero judicial Nº 1258, a las dieciséis horas; a los señores Ministro de Agricultura y Ganadería, en el casillero judicial Nº 1040, a las dieciséis horas diez; y Procurador General del Estado, en el casillero Nº 1200, a las dieciséis horas quince.

Quito, a 19 de agosto de 1999.

f.) El Secretario.

La presente sentencia firmaron los señores doctores: Luis Heredia Moreno, José Julio Benítez Astudillo, Galo Pico Mantilla, Ministros Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Certifico.- El Secretario, Dr. Hugo Carrión Cueva.

Razón: Siento por tal que las 3 copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales que reposan en el archivo a mi cargo remitiéndome a las mismas en caso de ser necesario.

Quito, a 8 de septiembre de 1999.

Certifico.

f.) Dr. Hugo Carrión Cueva, Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Nº 248-99

ACTOR: Justo Aníbal Toalombo Zurita.

DEMANDADO: Comité de Apelaciones Nº 2 de Reforma Agraria.

ASUNTO: Recurso de Casación.

Fs. 2.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 20 de agosto de 1999; las 11h00.

VISTOS (155-98): Macario Toalombo Briones y Virginia Toalombo Mora, interpone recurso de casación de la sentencia proferida por el Tribunal Distrital Nº 2 de lo Contencioso Administrativo que aceptó y declaró "con lugar la demanda" propuesta por Justo Aníbal Toalombo Zurita contra el Comité Regional de Apelación Nº 2 de la Reforma Agraria y otros. El Tribunal "a quo", estimando que era inadmisible lo negó. Empero, deducido el recurso de hecho dentro de término, fue aceptado y accedió el caso a esta Sala; la que para resolverlo, considera: PRIMERO: No hay duda sobre su competencia atento lo previsto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación que regula su ejercicio. SEGUNDO: El recurso de hecho permite que el Tribunal "ad quem", examine y analice el de casación para pronunciarse acerca de su procedencia y determinar si, efectivamente, la sentencia impugnada adolece de los vicios que se le atribuye, tanto "in iudicando" como "in procedendo". En el asunto "sub júdice", de entre las causales invocadas y los fundamentos del recurso casacional, se destaca, por su naturaleza y efectos, la errónea interpretación del Art. 65 de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando por error jurídico el Tribunal "a quo" calificó el recurso interpuesto por Justo Aníbal Toalombo Zurita como "de ANULACION y OBJETIVO y no de PLENA JURISDICCION O SUBJETIVO, como legalmente corresponde...". TERCERO: Consiguientemente, es imperativo que la Sala examine prioritariamente la naturaleza o clase del recurso deducido. Al efecto, se advierte: a) Que el contexto de la acción deducida, tanto por sus antecedentes como por su pretensión que contiene la letra f) de dicho libelo (fs. 17), se halla enmarcado dentro del recurso de plena jurisdicción o subjetivo, porque la reclamación versa sobre un derecho subjetivo, individual y concreto que el recurrente estima ha

establecen términos para su accionar. Lo procedente permite concluir que no ha lugar el recurso interpuesto, donde se puntualiza la causa en que se funda y la norma legal que se pretendió en el recurso fue erróneamente aplicada. Por lo expuesto y, hallándose vedada la Sala para cualquiera otra consideración, porque el recurso limita su competencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso interpuesto, disponiéndose la devolución del proceso para los efectos legales consiguientes. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla y José Julio Benitez A.

Certifico.

f.) El Secretario.

En esta fecha notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, a María Soledad Saumartín Zeas, en el casillero No. 1547, a las once horas; a los señores Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cuenca, en el casillero No. 36, a las once horas diez.- Quito, a 17 de junio de 1999.

f.) El Secretario.

La presente sentencia firmaron los señores doctores: Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla y José Julio Benitez Astudillo, Ministros Jueces de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Certifico.- El Secretario, Dr. Hugo Carrión Cueva.

RAZON: Siento por tal que las 2 copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original, a las cuales me remito en caso de ser necesario.- Quito, a 8 de septiembre de 1999.

f.) Dr. Hugo Carrión Cueva, Secretario, Sala de lo Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

No. 189-99

ACTORA: María Cordero.

DEMANDADO: Municipio de Azogues.

ASUNTO: Recurso de Casación.

Fs. 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 18 de junio de 1999; las 10h00.

VISTOS (169-98): Los Dres. Segundo Serrano y Oscar Toledo Molina en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico de la Municipalidad de Azogues, respectivamente, deducen recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, en el juicio seguido por María del Rosario Cordero Acosta en contra de la entidad representada por los recurrentes, sentencia en la cual se acepta parcialmente la demanda y se declara ilegal el acto administrativo contenido en la resolución tomada por el I. Concejo Municipal de Azogues el 17 de junio de 1997; que hace relación a afectar, entre otros, al terreno de propiedad de la accionante. Sostienen los recurrentes que el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha sido indebidamente aplicado; y, que no ha sido aplicado el Art. 232 de la Ley de Régimen Municipal; los recurrentes fundan su recurso en el numeral primero del Art. 3 de la Ley de Casación. Habiéndose establecido en el correspondiente auto de calificación la competencia de la Sala para este caso, una vez agotado el tránite respectivo, el estado de la causa es el de dictar sentencia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO.- El Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de manera taxativa determina los requisitos que se ha de contener la demanda y en ninguno de los mismos aparece que el actor esté obligado a señalar la clase de recurso que interpone. En base de esta incontrovertible realidad jurídica, la jurisprudencia unánime tanto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional como de esta Sala ha establecido que: La determinación de la clase de recurso es facultad del respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y no del actor en el libelo. Como consecuencia de lo anterior se torna intranscendente la expresión en torno a la clase de recurso propuesto que aparezca de la demanda; y, en aplicación de lo antes señalado bien se puede tolerar que por error o equivocación en una misma acción se interponga recurso objetivo y subjetivo, toda vez que la ley no ha establecido ritos diferentes para cada uno de estos recursos. Cierto es que en determinados casos, desde luego no en todos, podría ocurrir que aparezcan pretensiones incompatibles; más la circunstancia ya señalada, de que no corresponde al actor la determinación del recurso sino al Tribunal, torna intranscendente procesalmente tal incompatibilidad, ya que, precisamente basado en el propósito para el que se interpone, el juzgador calificará el recurso, y en consecuencia hará desaparecer la aparente incompatibilidad señalada. En el caso, es evidente que de lo que se trata es de la impugnación de un acto municipal concreto, referente a la resolución de afectar determinados predios, destinándolos a parque industrial, impugnación que se la realiza con la expresa pretensión de que se declare la nulidad de la resolución tomada por el I. Concejo Municipal de Azogues y además que se ordene el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios en aplicación de la norma constitucional, todo lo cual torna evidente que el recurso interpuesto es subjetivo, conforme aparece calificado de la sentencia recurrida. De lo anterior se concluye que no existe violación alguna del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el fallo recurrido. SEGUNDO.- Por otra parte el Art. 232 de la Ley de Régimen Municipal establece la obligatoriedad de observancia de los planes reguladores, señalando las limitaciones que dicha observancia exige y que se concretan en el respeto al uso de la tierra; por lo que sobre tales terrenos no se podrán efectuar trabajos y construcciones distintos a los dispuestos en el plan regulador, al cual se sujetarán las nuevas construcciones; pudiendo revisarse el uso del suelo cuando aparecieren circunstancias no consideradas en el respectivo plan regulador para su determinación. De otro lado, es evidente que los Arts. 18 y

siguientes de la Ordenanza, mediante la cual se sanciona el Plan de Desarrollo Urbano de Azogues facultan al I. Concejo Municipal, de oficio o a petición de parte interesada, a adoptar las modificaciones del mismo cumpliendo los requisitos en ella establecidos, sin que pueda negarse que el establecer una modificación que comporte un destino distinto de un predio, puede significar una "afectación" de dicho predio, en el sentido que para tal vocablo establece el lenguaje jurídico, esto es: "La prestación, gravamen o destino económico a que pueda estar sujeto un bien mueble o inmueble...", definición que es completada con una frase que señala su relatividad cuando asegura que: "El concepto abarca una multiplicidad de situaciones jurídicas..." (Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo I, Pág. 552). Desde luego, tales situaciones jurídicas en el caso concreto no pueden ser otras que las señaladas expresa y taxativamente en el Art. 232 de la Ley de Régimen Municipal. Así considerado el problema, es evidente que el fallo del Juez "a quo" no aplicó debidamente en todo su alcance el antes mencionado artículo, lo que abre la posibilidad de que esta Sala entre a conocer el contenido de la sentencia. TERCERO.- Es del todo evidente que la resolución impugnada fue aprobada por el I. Municipio de Azogues en sesión formal, en la cual, dejando sin efecto una resolución anterior, se destinó a parque industrial de dicha ciudad, entre otros, el bien de propiedad de la actora; acto éste que por los datos que dejamos consignados y sobre la base de la normatividad legal señalada anteriormente, aparece como plenamente válido; mas es evidente que al resolver cambiar el destino de los indicados inmuebles, si se quiere afectándoles, a la función de parque industrial, destino económico distinto al que tenían con anterioridad, a dichos inmuebles se les gravó únicamente con las limitaciones señaladas en el Art. 232 de la Ley de Régimen Municipal y no con ninguna otra. De donde se concluye que resulta absolutamente carente de sustentación jurídica el pretender extender tales limitaciones a la prohibición de enajenar y de establecer gravámenes limitativos de dominio, como ha pretendido la demandada, mediante comunicaciones cursadas al Registrador de la Propiedad del Cantón, confundiéndoles con bienes declarados de utilidad pública; situación jurídica esta última que no aparece del acta de la sesión del Concejo en que se tomó la resolución pertinente; de donde resulta que la comunicación dirigida al Registrador de la Propiedad, así como las pretensiones en ella contenidas son absolutamente ilegales. CUARTO.- Por otra parte, es de trascendental importancia doctrinaria referirnos a un aspecto que no se refiere la sentencia: La aceptación por el Ministerio de la Ley, debida al silencio administrativo que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, frente a la solicitud inicial presentada por la actora. Es incontrovertible y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen. Así consta de sendos fallos tanto del Consejo de Estado Francés como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, y evidentemente tiene indiscutible trascendencia en nuestro derecho desde la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado vigente. En el caso, es evidente que habiendo transcurrido más el término de quince días sin que se diera respuesta a la actora, su petición inicial fue aprobada por el Ministerio de la Ley; mas también no es menos evidente que tal solicitud inicial pretendía el que se deje sin efecto la primera resolución de 24 de febrero de 1997, resolución que precisamente, se resolvió dejarla sin efecto en la sesión de 17 de junio de 1997, en sustitución de la cual precisamente se aprobó la resolución impugnada en esta causa. Por lo anterior, es evidente que lo relativo a la aprobación por el Ministerio de la Ley no podía ser materia de resolución en este proceso; siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el Ministerio de la Ley de las pretensiones, no contrarias a derecho, presentadas ante autoridad competente, como consecuencia del silencio administrativo y en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización vigente. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y se acepta parcialmente la acción propuesta, por lo que se declara que la resolución del I. Concejo Municipal de Azogues de 17 de junio de 1997 mediante la cual se resuelve "afectar los terrenos de propiedad entre otros de la recurrente, ubicados en el sector Arancay Bajo, en base de los estudios de factibilidad y planos presentados para el emplazamiento del Parque Industrial Artesanal de Azogues...", no comporta otras limitaciones que las expresamente señaladas en el Art. 232 de la Ley de Régimen Municipal vigente, sin que por lo mismo tal declaración deba ser inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón, careciendo, en consecuencia, de todo valor legal los oficios Nos. AA-0688-97 de 4 de marzo de 1997 y No. AA-1867-97 de 19 de junio de 1997, dirigidos a dicho Registrador, debiendo hacerse conocer de esta resolución al Registrador de la Propiedad del Cantón Azogues, a fin de que proceda cancelar las limitaciones de dominio solicitadas en las comunicaciones antes referidas. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Heredia Moreno, José Julio Benítez A., Galo Pico Mantilla, Ministros Jueces.

Certifico.

f.) El Secretario.

En esta fecha notifico con la nota de relación y la sentencia que antecede a María Cordero en el casillero judicial No. 915 a las 17h00; al Municipio de Azogues se le notifica en el casillero judicial No. 896 a las 17h03. Quito, 22 de junio de 1999. Certifico.

f.) El Secretario.

La presente sentencia firmaron los señores doctores: Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla y José Julio Benítez Astudillo, Ministros Jueces de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Certifico.- El Secretario, Dr. Hugo Carrión Cueva.

No. 85-93

EN EL JUICIO DE IMPUGNACION QUE SIGUE EL SEÑOR ALBERTO ITURRALDE FRENCH CONTRA EL DIRECTOR GENERAL DE RENTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL

Quito, 24 de septiembre de 1998; las 09h00.

VISTOS: Alberto Iturralde French, el 4 de diciembre de 1986 ante los Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Fiscal interpone recurso de casación en contra de la sentencia expedida por dicha Sala el 21 de noviembre del mismo año. El 4 de diciembre del propio año, el Magistrado de Sustanciación Dr. Edmundo Izaguirre Vélez, concede el recurso para ante el Tribunal de Casación integrado por la Primera y Segunda Salas del ex - Tribunal Fiscal. Si bien es cierto que en la providencia respectiva consta la Presidencia de la Tercera Sala, no lo es menos, que el Secretario que goza de fe pública, señala que esa providencia fue suscrita por el Magistrado de Sustanciación. Con posterioridad, el recurrente Alberto Iturralde French, el 7 de enero de 1987, determina los puntos a los que se contrae el recurso, y el Procurador de la Autoridad Fiscal, el 3 de febrero del mismo año presenta la contestación pertinente. Recibido el proceso en la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, a virtud de la Disposición Transitoria, Décimo Sexta de las reformas a la Constitución Política del Estado, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 93 de 23 de diciembre de 1992; y, habiéndose pedido los autos para resolver, se observa que el recurso de casación no ha sido concedido por el Presidente de la Sala, en conformidad a lo que prevé el Art. 330 del Código Tributario, vigente a la época. En esa consideración, esta Sala se inhibe de conocer el mencionado recurso. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Julio Navarrete Córdova, José Vicente Troya Jaramillo, Ministros Jueces y Dr. Edmo Muñoz Custode, Conjuez Permanente.

Certifico: f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Secretario.

Es conforme con el original.- Quito, 16-10-98.

f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Sala de lo Fiscal, Secretario.

No. 49-96

EN EL JUICIO DE IMPUGNACION QUE SIGUE EL ING. RAMIRO SOTOMAYOR MARTINEZ, GERENTE GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA CIA. CHOVA DEL ECUADOR S.A. CONTRA EL DIRECTOR GENERAL DE RENTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL

Quito, 21 de septiembre de 1998; las 09h00.

VISTOS: El Gerente General de CHOVA DEL ECUADOR S.A., el 29 de marzo de 1996 propone recurso de casación en contra de la sentencia de 7 de los propios mes y año expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. Concedido el recurso lo ha contestado el Procurador de la Autoridad Fiscal el 13 de noviembre del propio año de 1996. Habiéndose pedido los autos para resolver, se considera: PRIMERA.- La Sala es competente para conocer el recurso, en conformidad con el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDA.- La Empresa fundamenta el recurso en las causales 1a. y 2a. del Art. 3 de la ley de la materia. Manifiesta que al expedirse la sentencia se ha violado el Art. 276 del Código Tributario, disposición que determina que las pruebas pueden presentarse con la demanda o dentro del término probatorio. Indica, que pese a su pedido, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 no llegó a señalar fecha para la diligencia de exhibición de los libros contables de la contribuyente, referentes a la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio 1990. Además sostiene que no se ha notificado a las partes para sentencia, al tenor de lo que prevé el Art. 288 del Código mencionado. Finalmente alega que ha existido una falta de aplicación del Art. 19, numeral 17, literal d) de la Constitución Política de la República, disposición que establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa. El Procurador Fiscal en su contestación se limita a manifestar que quien debía gestionar la realización de diligencia de exhibición, era la Empresa, a virtud de lo que señala el Art. 273 del Código Tributario. Solicita que se rechace el recurso. TERCERA.- Las causales 1a. y 2a. del Art. 3 de la Ley de Casación se refieren, en su orden, a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas en la sentencia y a los mismos vicios respecto de las normas procesales, cuando haya ocurrido la nulidad insanable del proceso. En este caso, el que no se haya llegado a realizar la diligencia de exhibición de contabilidad, no constituye una infracción al Art. 276 del Código Tributario, ni por ello se ha producido la nulidad insanable del proceso. Tampoco se ha violado la disposición constitución aludida por el recurrente. No consta que no se ha concluido el trámite y el que no se haya pedido los autos para resolver, al tenor del Art. 288 del Código Tributario, no comporta una violación de la ley en la sentencia.- En mérito de las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso. Con costas. Sin honorarios que regular. Se impone a la recurrente la multa de un salario mínimo vital, pues aparece que se ha interpuesto el recurso sin base legal. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Julio Navarrete Córdova, José Vicente Troya Jaramillo, Ministros Jueces y Dr. Edmo Muñoz Custode, Conjuez Permanente.

Certifico. f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Secretario.

Es conforme con el original.- Quito, 15-10-98.

f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Sala de lo Fiscal, Secretario.

No. 58-96

EN EL JUICIO DE IMPUGNACION QUE SIGUE EL SEÑOR FLEMMING FALKENTOFT, REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA DAN QUIMICA CONTRA EL DIRECTOR GENERAL DE RENTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL

Quito, 21 de septiembre de 1998; las 15h30.

VISTOS: El Procurador de la Autoridad Fiscal, el 31 de octubre de 1996 interpone recurso de casación en contra de la sentencia expedida el 15 de octubre del mismo año por la Sala Unica del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 4 con sede en Portoviejo. Concedido el recurso lo ha contestado extemporáneamente Flemming Bo Falkentoft, Gerente General y Representante Legal de la Empresa DANQUIMICA C.A., el 14 de enero de 1997. Habiéndose pedido los autos para resolver se considera: PRIMERA.- Esta Sala es competente para conocer el recurso, en conformidad al Art. 1 de la Ley de Casación.- SEGUNDA.- El Procurador de la Autoridad Fiscal fundamenta el recurso en las causales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. Manifiesta que al expedirse la sentencia se han infringido las siguientes normas: los artículos 135 y 136 del Código Tributario; y, los literales b) y c) del Art. 82 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Expresa que en el fallo no constan con claridad los puntos de la litis, como lo dispone el inciso segundo del Art. 288 del Código Tributario. Alega que en la sentencia no se efectúa el análisis jurídico respectivo sobre las facultades de la administración, limitándose a hacer la relación de las Resoluciones N° 7939 y 01317 de 4 de noviembre de 1994 y 19 de marzo de 1996. Además indica que no se ha hecho mérito de la documentación presentada dentro del término de prueba. Argumenta que existe aplicación indebida, falta aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos concernientes a la valoración de la prueba. Finalmente alude al Art. 285 del Código Tributario, disposición que permite, a falta de prueba plena, decidir sobre las semiplenas según el valor que tengan dentro del más amplio criterio judicial. La Empresa, por su parte, afirma que ha presentado pruebas dentro del proceso demostrativas de que no debía pagar anticipos por el ejercicio 1994, que no se han violado las disposiciones legales y reglamentarias señaladas por la Administración y que ante la falta de despacho oportuno del recurso de reposición, se produjo el silencio administrativo positivo, de acuerdo a lo que prevé la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994. Concluye solicitando que se deseche el recurso de casación y que se confirme la nulidad de la Resolución expedida por la Administración que niega el recurso de reposición.- TERCERA.- La Sala Unica del Tribunal Distrital de Portoviejo, en el fallo de la referencia, declara nula la Resolución N° 01317 de 19 de marzo de 1996, expedida por el Director General de Rentas, pues, en su criterio, desde que se presentó el recurso de reposición, 30 de marzo de 1995 fs. 57 de los autos, hasta la expedición y notificación de la mencionada Resolución fs. 46 a 48, transcurrió más de un año, lapso que excede el término de ciento veinte días previsto en la Ley 05. Los artículos 135 y 136 del Código Tributario, se refieren al dictamen previo y a la decisión del recurso de reposición. En la sentencia no se han podido violar esas disposiciones, pues, los preceptos en ella contenidos se refieren a la tramitación de mencionado recurso. Además el proponente no explica la incidencia que la violación de tales normas haya tenido al expedirse el fallo. Los literales b) y c) del Art. 82 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno publicada en el Registro Oficial 601 Segundo Suplemento de 30 de diciembre de 1994 establecen que el contribuyente, respecto de anticipos, deberá pagar el mayor, entre el 80% del impuesto a la Renta del ejercicio anterior y el 1% de los activos totales constantes en el balance general cortado al 31 de diciembre del año inmediato anterior menos los rubros cuya deducción se encuentra permitida. En la sentencia impugnada, no se resuelve si la Empresa está o no obligada a pagar anticipos por el ejercicio 1994, simplemente se declara la nulidad de la Resolución mencionada, expedida por el Director General de Rentas, por cuanto fue emitida con posterioridad al plazo máximo concedido para el efecto. En la demanda la Empresa alega la extemporaneidad y la nulidad de la Resolución N° 01317 expedida por el Director General de Rentas. El Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 4, debía primero afrontar esas alegaciones, y así lo ha hecho. No era del caso, declarada la nulidad, afrontar el asunto de fondo concerniente a si procedía o no el pago de anticipos por el ejercicio 1994. Por ello no es atendible la afirmación del Procurador de la Autoridad Fiscal, de que no se han resuelto los puntos de la litis y de que en el fallo, se ha violado el inciso segundo del Art. 288 del Código Tributario, en concordancia con el 277 del Código de Procedimiento Civil, como no lo es tampoco el que se haya infringido el Art. 285 del Código Tributario referente a la valoración de la prueba. El Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 prevé que a partir del 1° de enero de 1995, siempre que un reclamo o recurso no fuere atendido en el plazo de ciento veinte días hábiles, se entenderá que el silencio en que incurre la Administración constituye una aceptación de la reclamación o del recurso. En este caso, la Administración ha expedido Resolución frente al recurso de reposición interpuesto, vencido ese término de ciento veinte días, habiéndose producido el silencio administrativo positivo a favor de la Empresa. De todo lo dicho se concluye que al expedirse la sentencia en cuestión, no se han violado las disposiciones señaladas por el Procurador de la Autoridad Fiscal.- En mérito de las consideraciones que quedan consignadas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso. Sin costas. Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Julio Navarrete Córdova, José Vicente Troya Jaramillo, Ministros Jueces y Edmo Muñoz Custode, Conjuez Permanente.

Certifico.- f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Secretario.

Es conforme con el original, Quito, 13 de octubre de 1998.

f.) Dr. Fausto Murillo Fierro, Sala de lo Fiscal, Secretario.

No. 8-97

EN EL JUICIO DE NULIDAD DE PROCEDIMIENTO COACTIVO QUE SIGUE EL ABOGADO LUIS MOLESTINA VILLAFUERTE, GERENTE GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DE DIMARE CUENCA S.A. CONTRA EL JEFE DE RECAUDACIONES DEL AZUAY.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL

Quito, 23 de septiembre de 1998; las 11h00.

VISTOS: Luis Molestina Villafuerte, Gerente General y Representante Legal de DIMARE CUENCA S.A., el 13 de diciembre de 196 propone recurso de casación en contra de la sentencia expedida por la Sala Unica del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3 con sede en Cuenca, de 27 de noviembre del mismo año. Esta Sala con auto de 21 de mayo de 1997, acepta el recurso de hecho interpuesto por la Empresa, y en consecuencia el de casación que fue negado por el Tribunal