



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Autor

Jorge Augusto Alcívar Pozo

Año
2019



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Ab. Jaime Andrés Villacreses Valle

Autor

Jorge Augusto Alcívar Pozo

Año

2019

DECLARACIÓN DE PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, Ejecución del silencio administrativo, a través de reuniones periódicas con el estudiante Jorge Augusto Alcívar Pozo, en el semestre 2018-2, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Jaime Andrés Villacreses Valle
Magíster en Derecho, mención Derecho Administrativo
C.I. 1714040670

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, Ejecución del Silencio Administrativo, de Jorge Augusto Alcívar Pozo, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

José Dionicio Suing Nagua
Doctor en Jurisprudencia
C.I. 1706860440

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”.

Jorge Augusto Alcívar Pozo

C.I. 1721119764

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por permitirme cumplir una meta más en mi vida y por estar conmigo siempre; también a mi Familia y mi novia Carolina Sánchez por impulsarme a seguir adelante y nunca dejar que me derroten las circunstancias.

A mis profesores por tener la paciencia necesaria y lograr enseñarme amar a esta Carrera y tener la pasión por el Derecho.

RESUMEN

En el presente ensayo se analizan los efectos de la institución del silencio administrativo, ya sea el efecto positivo como el negativo, partiendo del estudio que realizan varios autores, la jurisprudencia y legislación comparada y cómo se puede exigir su cumplimiento o ejecución en vía administrativa o judicial.

Se aborda también cómo se ha venido regulando a la institución del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, citando a la Ley de Modernización del Estado, la Ley de la Contraloría General del Estado, el nuevo Código Orgánico Administrativo, entre otros.

Utilizamos jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia para poder establecer cuál es la forma, como se aplica y ejecuta en nuestro ordenamiento jurídico. Se habla también de las falencias que éste contiene en algunas normas jurídicas que estaban vigentes; se establece su naturaleza y cómo se aplica en nuestro país de acuerdo a las normas; así como se hace un análisis junto con otras normativas de países como Colombia y España, países en los cuales existe mucha experiencia en el ámbito administrativo y el cómo establecen en sus normativas vigentes el silencio administrativo; y también para poder comprender los alcances y las falencias que en nuestro país se dan sobre el Silencio Administrativo.

Como punto final en las conclusiones damos nuestro punto de vista, se plantea una posición sobre el silencio administrativo y cómo debería ser aplicado en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente sobre la práctica jurídica y jurisdiccional.

ABSTRACT

In the present essay the effects of the institution of administrative silence are analyzed, the positive effect as the negative, the participation in the study, the principles, the jurisprudence and the comparison and how it can be demanded its fulfillment or execution in the administrative or judicial.

It also addresses how the institution of administrative silence and the Ecuadorian legal system has been regulated, citing the Law on Modernization of the State, the Law of the General Comptroller's Office of the State, the new Organic Administrative Code among others.

Legal Jurisprudence of the National Court. We also talk about shortcomings. its nature is established and how it is applied in our country according to the rules; as well as an analysis together with other regulations of countries such as Colombia and Spain, countries in which there is a lot of experience in the administrative field and how to respond to the regulations in their current regulations the administrative silence; and also to be able to understand the errors and the shortcomings that in our country occur on the Administrative Silence.

As a final point in the conclusions we give our point of view, it is a position on administrative silence and how it should be applied in our legal system, on legal and jurisdictional practice.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL DEBER DE RESOLVER	3
1.1. Derecho de petición y deber de resolver de forma motivada ..	3
1.2 Ejercicio de la competencia en razón del tiempo.....	6
1.3 Posibilidad de sancionar al servidor público que incumplió con deber de resolver.	8
2. NATURALEZA Y EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.	9
2.1 Origen y Fundamentos del Silencio Administrativo.	9
2.2 El derecho a la buena administración y el silencio administrativo.....	16
2.3 Requisitos, efecto jurídico y eficacia del silencio administrativo a la luz de la Ley de Modernización del Estado.....	17
2.4 Efecto jurídico del silencio administrativo a la luz de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado	20
2.5 Casos en los que no opera el silencio administrativo.	22
2.6 Requisitos, efectos jurídicos y eficacia del silencio administrativo a la luz del Código Orgánico Administrativo.	26
2.6.1 Casos en los que no opera el silencio administrativo conforme el Código Orgánico Administrativo.....	33
2.6.2 Efectos negativos del silencio administrativo en el Código Orgánico Administrativo.	35
3. EJECUCIÓN DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	36

3.1 Reclamo por la vía Administrativa de los efectos positivos del silencio administrativo.....	36
3.2 Ejecución del silencio administrativo por la vía judicial.	37
3.3 Se debe pedir la ejecución de los efectos negativos del silencio administrativo?.....	38
4. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y ESPAÑA.....	39
4.1 Breves consideraciones del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano.....	39
4.2 Breves consideraciones del silencio administrativo en el Ordenamiento jurídico español.....	42
5. CONCLUSIONES.....	46
REFERENCIAS	49

INTRODUCCIÓN

Las peticiones de ciudadanos de un país que presentan en un momento dado a la administración pública, logra combatir la negligencia y corrupción de muchos funcionarios y servidores públicos, lo cual se ha venido logrando progresivamente con varias normas jurídicas en nuestro Sistema Jurídico ecuatoriano, llegando a su operatividad, con bastante buena aplicabilidad, en el nuevo Código Orgánico Administrativo (COA) que entró en vigencia en Julio de 2018.

En el derecho administrativo antiguo, la falta de respuesta de la administración pública ha tenido como efecto la denegación de la petición, es decir un silencio administrativo negativo; pero en el derecho administrativo moderno, el silencio se interpreta como la aceptación positiva de una petición, que deberá ser reconocido sin más; y que incluso conlleva, en el caso de no ejecución por parte del servidor público, la posibilidad de acciones sancionatorias administrativas y hasta penas que analizaremos en este Trabajo.

El silencio administrativo opera por el mero transcurso del tiempo sin que la Administración otorgue contestación a una petición formal de un administrado; sin embargo, las normas que prescriben esta institución jurídica en nuestro país, dejan abiertas las posibilidades de aplicabilidad e incluso de tiempos respecto a su ejecución o no.

Cuando la Administración ha negado el legítimo derecho de petición consagrado en nuestra Constitución, sea con una respuesta afirmativa o negativa, la figura jurídica del silencio administrativo hace su aparición en la legislación para dar justiciera aplicación a la negligencia, tardanza o simplemente ante eventuales corruptelas de varios tipos por parte de los servidores públicos de dicha Administración, que mencionaremos en su momento en el desarrollo del tema que nos ocupa.

En el presente ensayo académico se va a abordar varios temas importantes sobre el silencio administrativo, a saber: su naturaleza y definiciones, el

derecho de petición, el análisis de la variación de las diferentes normas jurídicas en nuestro Ordenamiento jurídico, los tiempos en las diferentes instituciones y materias, y obviamente su eficacia en la ejecución y aplicabilidad, entre otras cosas.

Sabemos que en la actualidad en nuestro país el silencio administrativo se ha ido formando de a poco, pero lamentablemente estamos muy por detrás a diferencia de otros países de los cuales tomaremos referencia para poder lograr hacer un Derecho Comparado idóneo y lograr así verificar si en nuestro Ordenamiento jurídico el silencio administrativo es eficaz y/o eficiente, o no lo es.

Analizaremos la normativa jurídica de nuestro país, para verificar la existencia o no de contradicciones entre unas normas y otras; así como constataremos la existencia de algún tipo de vacío legal en cuanto a su ejecución pragmática, muy en especial respecto a la inexistencia de procedimientos claros para la ejecución y operatividad del silencio administrativo, sobre todo en los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs).

Procederemos a realizar análisis normativos, y síntesis de doctrina y jurisprudencia, así como deducciones silogísticas de muchas clases y obviamente el diálogo directo con los autores.

Al final del presente ensayo se darán conclusiones que sintetizen lo explicado; nuestra postura personal y de autores connotados, así como humildes recomendaciones personales que puedan servir de aporte al lector en la materia que nos compete.

1. EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL DEBER DE RESOLVER

Esta institución jurídica nace en el Derecho francés con la figura de la denominada **“decisión préalable”** (decisión o resolución previa), que en el Derecho Francés se exigía como la motivación obligatoria de las resoluciones administrativas (Dictionary.reverso, S.F) que consistía justamente en que, cuando la Administración mantenía una inercia para emitir sus resoluciones, es decir, cuando no contestaba, el administrado adquiría el derecho de acudir al control jurisdiccional a través de una acción judicial en materia de lo contencioso administrativo para hacer valer sus derechos; pero la figura se diluye en el hecho de que la administración pública simplemente no emite resolución alguna y no habiendo un acto administrativo previo, el peticionario en casi todos los casos quedaba en indefensión. Hay que aclarar que, a pesar que lo dicho por este Diccionario especializado en Derecho, para ciertos criterios profesionales, muy respetables por supuesto, no es una fuente confiable académicamente; dentro de la investigación realizada es la única que existe en cuanto a los orígenes del Derecho de Petición, ya que, en el Derecho Romano esta Institución fue muy incipiente, y es en el Derecho Francés donde toma su verdadera envergadura.

1.1. Derecho de petición y deber de resolver de forma motivada

Según la jurisprudencia de la Corte Nacional es muy importante tomar ciertos lineamientos para que opere el silencio administrativo, cuando se dice por ejemplo: “La amplia jurisprudencia ha determinado que para que el silencio positivo opere se requiere como condición inexcusable, que la petición sea justa, que no esté prohibida por la ley, que se encuentre dentro las previsiones legales, y que se dirija a la autoridad competente, lo que quiere decir que no todo silencio positivo, entendido como la sola falta de respuesta a determinada petición, puede ser demandada con éxito, como no toda negativa puede ser judicialmente aprobada. Sobre el tema, También 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 estos obtener mayores beneficios de los que la ley les reconocen”; y añade “El silencio positivo sustituye al acto resolutorio expreso, pero únicamente dentro de los márgenes permitidos por la ley”. (Corte Nacional- Sala de lo Contencioso Administrativo Fallo de Mayoría Expedido dentro del Recurso de Casación 276-2010, 2010).

Para que el silencio administrativo opere es necesario tener en cuenta:

1. La petición se la realice conforme a Derecho; es decir que no se solicite algo que esté en beneficio de alguien.
2. Que no esté prohibido por la ley, en este punto es importante ya que se podría dar el caso que se pida alguna indemnización que no se esté contemplando bajo alguna norma y esto sea contrario a la ley.
3. Que sea en el tiempo determinado ya que al momento de presentar la solicitud puede darse el caso que este fuera del tiempo establecido para poder iniciar con el trámite para el silencio administrativo es por eso que es importante tomar bien en cuenta el tiempo para que en una instancia superior no sea negada.
4. Lo fundamental es que se presente ante una autoridad competente que sepa y conozca del tema para que en una instancia superior no sea negada y sobre todo que no se tenga el tiempo perdido.

Claramente en el texto de nuestra jurisprudencia se habla sobre un requisito esencial para que pueda operar el silencio administrativo, es decir que debe existir un acto en el cual sea de manera afirmativa para que pueda operar dicho silencio administrativo y todo ello esté enmarcado en el Ordenamiento jurídico, pues nadie puede caer en el error de *“plus petitio”* ni la administración de justicia puede incurrir en el vicio de *“extra petita”*, sino solamente lo que en términos generales y normales la ley le otorgaría a cada particular o peticionario en los mismos casos, y con el límite de decidir exclusivamente dentro de los puntos a los cuales se ha solicitado y han sido motivo de la controversia o de la solicitud, en su caso.

Es necesario entonces un acto para que el silencio administrativo opere, pues cuando se realiza una petición se intenta lograr el reconocimiento de un derecho, la extinción de una obligación, etc., por parte de la Administración, pero dichas solicitudes siempre deben cumplir con los requisitos indispensables

para poder lograr una resolución positiva, ya que no se puede solicitar temas ilegales o inmorales como mencionaremos más adelante en el Acápite 2.3, al hablar de los casos en los que no opera el silencio administrativo.

El derecho de petición está establecido en el Artículo 66 numeral 23 de la Constitución, el cual es una garantía que tiene todo ciudadano ecuatoriano al poder realizar cualquier tipo de quejas y peticiones ante la Administración, y se constituye en un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna de nuestro país y que implica la actuación en la cual toda persona puede iniciar ante cualquier autoridad el ejercicio del mismo que emana justamente de la norma constitucional mencionada, sin necesidad que ésta llegue a ser invocada.

Este derecho de petición nace a partir de un desarrollo en el derecho inglés, cuando el Parlamento envió su famosa declaración de libertades civiles al Rey Carlos I, que consolidó el sistema en el cual se fue materializando de una manera eficaz justo en el momento en que los súbditos tuvieron la posibilidad de dirigirse de una forma u otra a los monarcas, derecho por el cual ellos hacían solicitudes; aspecto que resultó muy común en Europa en los siglos VI y VII. (Derechos Humanos , 2017)

Libardo Rodríguez complementa lo dicho cuando menciona que: “El derecho de petición puede ejercerse para garantizar los derechos fundamentales de las personas ante organizaciones privadas, públicas, corporaciones, etc.” (Rodríguez L. , 2013, p. 51).

El derecho de petición si bien está garantizando a las personas a poder presentar cualquier reclamo ante la autoridad competente es importante también establecer que es necesario tener en consideración el cumplimiento de todos los requisitos pertinentes según la ley y los reglamentos de cada institución.

1.2 Ejercicio de la competencia en razón del tiempo.

En cuanto a la competencia en razón del tiempo también nos hace referencia el autor Marco Morales cuando dice que “la inactividad formal de la administración, a la cual la legislación nacional le otorga el efecto del silencio administrativo positivo, genera un acto administrativo presunto afirmativo al interés de quien promovió la solicitud, recurso o reclamo administrativo. Producido el silencio positivo el beneficiario de este acto administrativo presunto queda en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo.”

(Morales, 2010, p. 295).

La competencia en razón del tiempo, entonces, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un término o plazo determinado, y ello aplica explícitamente respecto al silencio administrativo, que opera como ha quedado dicho, por el mero transcurso de ese tiempo.

Javier Robalino nos indica que “el silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto.”

(Robalino, 2010, p. 69)

De esta manera, también en la doctrina internacional que hace referencia el autor Agustín Gordillo respecto a este principio se ha distinguido algo que la mayor parte de los autores postula, entre la *existencia y la perfección*, por una parte y la *eficacia* por la otra. (Gordillo, 2011, p. 42)

Siguiendo a Gordillo, debemos considerar que no siempre que el orden jurídico establece un término dentro del cual debe o puede producirse determinado acto, la consecuencia de dictarlo fuera de él sea necesariamente la nulidad o

inexistencia del acto. Hay actos procedimentales, que de realizarse fuera de término son igualmente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad del empleado o funcionario; tal es el caso del envío de las actuaciones al superior a pedido de parte, cuando el órgano rechaza la reconsideración.

Deberá distinguirse, en consecuencia, el tipo de plazo y finalidad que él tiene en el caso concreto: Si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto y le corresponde la sanción de nulidad. (Gordillo, 2011, p. 43)

Si el plazo es en favor del individuo, el acto es de todos modos se constituye en válido sin perjuicio de la responsabilidad pertinente. Respecto a la responsabilidad del empleado o funcionario, ella es no sólo administrativa con sanciones disciplinarias, sino también civil y hasta penal en la medida en que la omisión de cumplir el plazo ocasione un daño al particular: éste podrá en consecuencia exigir la reparación del perjuicio ocasionado tanto al funcionario personalmente como al propio Estado. (Gordillo, 2011, p. 44)

Esta doctrina de la competencia en factor del tiempo, reconocida ampliamente a nivel internacional como ha quedado dicho por Agustín Gordillo, se plasma en varios Cuerpos Jurídicos nacionales, como por ejemplo la Ley de Modernización que nos habla en su Art. 28 inciso tercero, Código Orgánico Administrativo en el Art. 207 y también el ERJAFE en su Art. 115 y 167 numeral 5. (Ley de Modernización del Estado, 1993) (Código Orgánico Administrativo, 2017) (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002)

En efecto, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 207 nos habla sobre el término que se tiene para poder establecer el reclamo que son 30 días, se podría estar hablando de un Silencio Administrativo Positivo. También nos habla en el Artículo 209 sobre las consecuencias de la falta de motivación por parte de las administraciones públicas. La Ley de Modernización en su

Artículo 28 nos establece el derecho de petición, pero aquí también tenemos este plazo que son 15 días máximo para que se dé una respuesta ante el pedido de una persona. Establecemos que transcurrido ese determinado tiempo ya se entiende que el silencio administrativo está aprobado. El ERJAFE en el artículo 167 numeral 5 habla de tres meses en el cual si no existe una respuesta, se entenderá que es silencio Administrativo. (Código Orgánico Administrativo, 2017) (Ley de Modernización del Estado, 1993) (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002) .

1.3 Posibilidad de sancionar al servidor público que incumplió con deber de resolver.

El servidor público tiene la responsabilidad de dar un servicio bueno, por lo tanto debe estar sujeto siempre a una norma que regule su comportamiento y que si comete alguna falta u omisión de su deber, tiene que ser sancionado de acuerdo con la normativa vigente y que tenga relevancia con las actividades o actos que contempla su estado en ese momento. Por tal motivo es que la LOSEP establece en su artículo 42 las faltas disciplinarias que puede cometer algún servidor público y por el cual podría perder su puesto de trabajo. Para entrar mas a fondo al tema que nos compete es necesario establecer que en este mismo artículo se sanciona al servidor que incurra en una omisión de su deber en este caso, no dar respuesta oportuna o información relevante al administrado, seria una falta grave, que podría conllevar la destitución o de acuerdo al caso un sumario administrativo, dependiendo de la gravedad del acto que cometió.

En el Artículo 48 de la LOSEP se habla también de cuáles son las causales para la destitución de un servidor público, las que analizaremos a continuación. La primera causal de destitución de un funcionario es por incapacidad que se haya probado en el desempeño de sus funciones y previo informe del jefe inmediato en el cual se establezca que el trabajador no cumple con las funciones a las cuales fue contratado. Y la otra causal es por incumplimiento de

la ley o actos que contravengan a la ley; en lo cual entraría, por ejemplo, la inercia ante las peticiones de los administrados. (LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, 2010)

2. NATURALEZA Y EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

2.1 Origen y Fundamentos del Silencio Administrativo.

En nuestro país el silencio administrativo nace de la mano del derecho de petición consagrado en algunas de nuestras constituciones, como por ejemplo la de 1830 en su Art. 66 y desde 1978 en adelante se consagra como un derecho autónomo y en la actual del 2008 en su Art. 66 numeral 23 en donde se establece además como un derecho del ciudadano.

Ahora también debemos entender que el autor patricio cordero establece que el principio del Estado de derecho subordina la actividad de la Administración pública a la supremacía de la norma constitucional, como la ley de leyes. (Cordero, 2009, p. 39)

Una breve historia es que en el año 1993 entra en vigencia la Ley de Modernización, pero en el año 2000 con la entrada en vigencia de la Ley Trole II se hace un aumento al Artículo 28 de la Ley de Modernización en el cual anteriormente se establecía lo siguiente: “derecho de petición. 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 aprobado o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. 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.” (Ley de Modernización del Estado, 1993)

Pero hubo una modificación al Artículo 28 de la Ley de Modernización por medio del Art. 12 de la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, (Trole II) en el Título I que habla de las reformas a la Ley de Modernización del Estado, que justamente hace un aumento en el inciso final del artículo 28 de la mencionada Ley de Modernización y establece lo siguiente:

"Art. 12.- Al final del primer inciso del artículo 28 agréguese el siguiente: 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". (Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana , 2000)

Esto entra en vigencia y se publica en el Registro Oficial/ Suplemento 144 de 18 de agosto del 2000.

Hay que señalar que los cambios que se han dado a lo largo de nuestro país se lo hace según ideales políticos y conveniencias coyunturales, pero al hablar del Silencio Administrativo se tiene que mencionar ciertas formas del cómo y de qué manera opera esta institución jurídica.

Algunos autores, como Eduardo García De Enterría, lo definen como el acto presunto y ficto (fingido o disimulado) que nace de la falta de respuesta, tiene que conformar un acto que tenga el carácter de regular es decir que no tenga ningún acto de nulidad ni pueda convertir lo ilícito en lícito. (Fernández E. G., 2013, p. 290)

Cuando hablamos de silencio administrativo debemos tomar en cuenta varias definiciones con lo cual vamos a poder entender de mejor manera, qué es y lo que trata de buscar esta institución jurídica, así lo establece el autor Marco Morales Tobar que entiende al silencio administrativo como:

“... la omisión del deber de resolver en el que incurre determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados en los plazos previstos de la ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión” (Morales, 2010, p. 297)

Existen autores que establecen que el silencio administrativo trata de un *hecho* jurídico, dicen que se debe considerar al silencio administrativo como un *acto administrativo*, sea presunto o no, aunque los primeros constituyen la excepción y los segundos sean la regla general; así por ejemplo dice DROMI:.

“silencio es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad para no dejar desamparado al reclamante. En tal sentido la inercia administrativa equivale a los efectos procesales, a la denegación... Es un acto de intelecto porque para el nacimiento de un acto administrativo es necesaria la voluntad por parte de la Administración y del Legislador... voluntad subjetiva (instituciones públicas) y voluntad objetiva (legislador)... la falta de voluntad existente en el silencio administrativo es complementada por la ley, con el objetivo de garantizar el derecho de los particulares a ser respondidos en sus peticiones, dentro de los plazos moderados...” (Dromi, s/f, p.p 3-4-21)

Definición que abarca mucho más ámbitos que las anteriores, pues ya se habla de voluntad subjetiva, si es que la Administración responde, y de voluntad objetiva, que en caso de no hacerlo, la ley viene y complementa dicha falta de voluntad; pero siempre va a haber un acto administrativo, con voluntad, sea esta subjetiva (expresa) o por la ley como voluntad objetiva (presunta).

Observamos que este autor nos explica que el silencio administrativo es una forma para poder presentar algún tipo de reclamo, la cual hecha ante la autoridad competente; destaca la definición, que en cierta forma al momento de no existir una aceptación tácita, el administrado queda en indefensión por el hecho de no tener un conocimiento claro sobre el reclamo.

Cabe recalcar que este hecho no es simple y que con la no aceptación también devienen consecuencias jurídicas, "... la operatividad del silencio administrativo positivo da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un verdadero acto administrativo. Podría decirse que en el derecho administrativo el acto presunto genuino es precisamente el surgido en el silencio positivo". (Morales, 2010, p. 297).

En el Ecuador el silencio administrativo es positivo, pues la ley presume la aceptación, como si fuera expresa, de la petición de que se trate.

El Dr. Patricio Secaria nos habla sobre el silencio administrativo positivo y establece que se genera cuando la administración pública por incuria o negligencia no emite la resolución dentro del tiempo asignado por la ley en cuyo caso estaría operando el silencio administrativo positivo. (Secaira, 2004, p. 214).

El autor ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar nos dice que "...el silencio positivo introduce innovaciones en la situación jurídica del administrado o contribuyente, y puede entenderse que sus efectos equivalen a los de un acto administrativo, ya que el silencio negativo no modifica en nada la situación

jurídica del administrado o contribuyente, ni sus efectos tienen el valor de un acto. Opera como una ficción legal que permite acudir a las siguientes instancias previstas para la vía administrativa, o dar por agotada dicha vía para acceder a la jurisdiccional.” (Benalcázar C. , 1997, p. 4).

El silencio administrativo entonces es una consecuencia de la falta de respuesta por parte de la administración al pedido debidamente motivado que hace el administrado, petición que en nuestra Constitución se la garantiza como un derecho en el Art. 66 numeral 23.

El silencio administrativo es una consecuencia o una falta de respuesta por parte del administrador y que el administrado lo ejecuta motivadamente ante la función pública, lo que conlleva que puede darse una respuesta positiva o negativa, razón por la cual tenemos dos tipos de silencio administrativo que se analizan a continuación.

El silencio administrativo negativo según lo que establece Jaime Orlando Santofimio “... es toda ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de una petición ante la cual el legislador no ha establecido efectos especiales; en esos casos la doctrina mayoritaria presume que el transcurso del tiempo produce un acto ficto con efectos negativos. Que niega lo pedido o lo solicitado.” (Santofimio, 2017, p. 441)

En este punto podemos establecer que en el silencio administrativo negativo, dice el autor, no existe ningún tipo de resolución o pronunciamiento al respecto, lo que quiere decir que la administración se mantiene en una especie de estática, de inercia en la tramitación, la petición por parte de un usuario no se toma ni siquiera en consideración.

Otro autor como Esteban Mora nos dice que “el Silencio Administrativo Negativo, entendido como la regla general, es una presunción legal a favor del administrado o particular, cuando habiendo formulado una petición o

interpuesto los recursos procedentes, no se notifica decisión expresa al respecto, dentro de los plazos establecidos, y cuyo efecto inmediato, es la desestimación de la petición elevada por el administrado.” (Mora, 2007, p. 170)

Se puede decir que este tipo de silencio administrativo según la definición del autor, viola las garantías constitucionales como el derecho de petición que hace un ciudadano ante la autoridad competente; por lo que, dado el hecho que no existe ni resolución y menos aún motivación, siendo ese “acto” de la administración nulo, pues toda petición debe ser contestada de manera motivada, mencionándose al menos, que lo pedido se niega por falta de procedimiento o por omitir solemnidades, de tal modo que el administrado queda en libertad de solicitar que opere el silencio administrativo.

El silencio administrativo positivo según el autor Jaime Orlando Santofimio es “... el acto ficto de carácter positivo es por esencia revocable cuando se configuran las causales para el efecto, es decir, no le asista materialmente el derecho al titular de la petición. Esto es así en cuanto la única forma o vía legal que le asiste a la administración una vez configurado un acto ficto para pronunciarse es a través de la revocación, en cuanto pierde competencia para pronunciarse de manera directa, ante la existencia de un acto presunto de ley.” (Santofimio, 2017, p. 444)

En el mismo sentido, otro autor nos dice que la configuración del silencio administrativo positivo genera un acto presunto en el cual se decide a favor del peticionario, dicho acto presunto lo prueba la escritura pública, que se elabora al presentar ante notario constancia o copia de la presentación de la petición y una declaración jurada en la que conste el hecho de no haber recibido notificación alguna de solución a la solicitud. (González, 2014, p. 28).

Mediante la ley un acto puede ser revocado sin necesidad de motivación extra, ya que el respaldo es la ley y nadie puede ir contra ella, y siendo el sustento

importante de dicha revocatoria la ley, es en ella que se pueden afirmar los puntos necesarios para poder revocar el acto.

Ahora bien, existe jurisprudencia que nos habla al respecto y hace referencia al punto de vista doctrinal y que dice: "... La doctrina general del silencio administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos". (Corte Nacional- Sala de lo Contencioso Administrativo Fallo de Mayoría Expedido dentro del Recurso de Casación 276-2010, 2010)

La doctrina en sí establece que el silencio administrativo debe tener parámetros para que pueda existir, de tal forma que hablando del silencio administrativo positivo no se puede aplicar en reclamos por pagos de indemnizaciones que deben cumplir las instituciones públicas.

La diferencia entonces entre silencio administrativo positivo y negativo se da de acuerdo a sus consecuencias, el positivo origina efectos de un acto administrativo y el negativo permite continuar el trámite por otras vías legales, iniciando un procedimiento judicial, pero sin necesidad de agotar toda la vía administrativa, según lo que reza el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, con el procedimiento establecido actualmente en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria en el Ecuador han reconocido al silencio administrativo como una ficción legal que por el transcurso del tiempo establecido en la ley, genera un acto administrativo presunto con efectos positivos o negativos, para cuyo cumplimiento no necesita de otros actos de la institución administrativa.

2.2 El derecho a la buena administración y el silencio administrativo.

Se habla de la buena administración cuando se cumple con las funciones que son propias de un estado que vive en democracia, es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas. (Rodríguez J. , 2014, p. 40).

Es importante también poder establecer que la buena administración que se da en un estado democrático sirve para poder medir y establecer estándares si vivimos o no en un estado en el cual se respetan los derechos, y esos derechos son el poder reclamar una injusticia ante cualquier autoridad o ante cualquier institución y que la respuesta ¿sea favorable? porque es un derecho que inclusive se consagra en nuestra Constitución, por ello la buena administración depende de cómo se lleve a cabo los estándares del estado y cómo se maneje para que la buena administración de la parte pública siempre sea bien vista; eso no quiere decir que se trate de un “derecho a una respuesta favorable” por sí y ante sí, ‘por supuesto que no, pero sí se trata de la garantía constitucional a una correcta y buena administración del estado.

Ahora bien, una buena administración es una manera correcta de establecer la ética con la cual se va a manejar el sistema, el cual, claro, es muy complejo y a veces tiende a favorecer a intereses mezquinos y hasta corruptelas solapadas; y por supuesto no se debe manejar de esa manera, pues la administración pública siempre debe estar dispuesta a ayudar a los administrados y no favorecer a los intereses convenientes a ciertos grupos; por ello, al hablar de una buena administración con relación al silencio administrativo, se debe establecer que el reclamo que se presenta ante la autoridad competente debe ser resuelto, no importa si favorable o desfavorablemente, pero el derecho de la persona recurrente debe estar siempre presente y tiene que ser resuelto en el término que establece la ley.

2.3 Requisitos, efecto jurídico y eficacia del silencio administrativo a la luz de la Ley de Modernización del Estado

La figura del Silencio administrativo positivo, como ha quedado dicho, fue plasmada en forma amplia en el Art. 28 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial No. 349 de fecha 31 de diciembre del año 1993, que en su Art. 28 habla sobre el Derecho de Petición (Ley de Modernización del Estado, 1993).

Cabe señalar que esta norma jurídica a su vez fue reformada por el Art. 12 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, que comúnmente es llamada TROLE II por tratarse de una ley bastante extensa, la cual fue publicada en el Registro Oficial con fecha 18 de Agosto del año 2000, que estableció que al final del primer inciso del Art. 28 de la Ley de Modernización, se agregue otro inciso. (Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana , 2000).

En esencia lo que establece la Ley de Modernización sobre el derecho de petición es que todo reclamo que se lo haga ante una autoridad pública y competente deberá ser resuelto en un término que no sea mayor a 15 días ya que es un tiempo prudencial.

Cabe señalar también que en ningún tipo de órgano administrativo se podrá suspender de ninguna forma la tramitación en curso, ni tampoco se negará la expedición de una decisión respecto a las peticiones que presentaren los administrados. (Ley de Modernización del Estado, 1993)

Muy importante aclarar que pasado el tiempo prudencial respectivo se entenderá de manera tácita que ya surte el silencio administrativo, y que esta reclamación o pedido ha sido resuelta favorablemente hacia el reclamante. Para tal efecto el funcionario público deberá obligatoriamente notificar al interesado so pena de destitución, que su pedido o reclamo ha sido resuelto

favorablemente por el silencio administrativo, este informe deberá ser por medio de un certificado que el funcionario deberá entregar al interesado, con el fin de que el titular se le permita el ejercicio de sus derechos que le corresponden. (Ley de Modernización del Estado, 1993)

La Ley de Modernización también contiene sanciones hacia los funcionarios, ya que, si la máxima autoridad administrativa descubre que un funcionario público, no ha dado cumplimiento o suspendido el procedimiento administrativo que se ha negado a resolverlo, se podrá imponer sanciones, y deberá comunicar al fiscal distrital competente, para que éste de paso al trámite judicial respectivo para el funcionario que se negare a realizar los actos antes mencionados. De tal forma que este punto es muy importante establecerlo y dejarlo claro, para que ningún funcionario se pueda negar a dar trámite ante un reclamo de cualquier interesado o administrado. (Ley de Modernización del Estado, 1993)

Como se puede observar en la Ley de Modernización el silencio administrativo tiene efecto positivo por la forma cómo se lo maneja, a través del transcurso del tiempo y de un reconocimiento del derecho de petición, bajo la premisa de existencia de silencio administrativo, de una manera *positiva*, un mecanismo que lógicamente es bastante idóneo para facilitar los trámites y lograr erradicar, de ser posible, la inoperancia y negligencia de un gran porcentaje de funcionarios, empleados e incluso instituciones del estado que se han enquistado y hasta logrado records y fama de “burocráticos”, al no operar como debe ser y contestar las peticiones en el tiempo establecido en la Ley. (Ley de Modernización del Estado, 1993)

No hay que perder de vista como dicta la jurisprudencia el derecho que se establece por el ministerio de la ley, como consecuencia del silencio administrativo, es un derecho autónomo que nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido cuando tal resolución es emitida después del término que la ley señala para dar

contestación oportuna a un petitorio. (Adjudicación de lote de terreno a cónyuge sobreviviente y herederos de causante adjudicado, 2011).

Otro tema a abordarse en el contexto de la norma analizada del Art. 28 de la ley de modernización, es que en ella se prescribe una excepción al plazo establecido de 15 días, cuando se dice : "...salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto"; al respecto, el ejemplo más típico es el establecido en el Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), en donde se señala un plazo de 30 días para la notificación de una resolución sobre una petición realizada; aclarando que la Ley de Modernización habla de 15 días término y el COOTAD prescribe 30 días plazo, lo que en factor real es casi lo mismo, pues 15 días término son tres semanas, es decir, casi un mes (30 días plazo); por lo que no existiría mayor diferencia; pero lo que sí se debe resaltar del COOTAD es que allí se prescribe que la resolución que se tome debe ser notificada al peticionario, notificación que se constituye en un elemento y requisito fundamental que podría afectar incluso la validez de un acto administrativo; mientras que la Ley de Modernización da simplemente un tiempo (término) para emitir una resolución, pero no más, el COOTAD, por su parte, obliga a la notificación que es requisito indispensable de publicidad del acto, sin embargo en la Ley de modernización no se especifica la notificación, pero por principio jurídico los actos administrativos deben ser notificados.

Sin embargo de lo dicho y prescrito por el Art. 28 de la extinta Ley de Modernización y aún en el COOTAD, lamentablemente no existen normas de procedimiento sobre la ejecución del silencio administrativo, lo que en el tiempo de vigencia de esa Ley de modernización, generó muchos problemas.

Es obvio que resulta casi imposible llegar a obtener un documento de parte del funcionario que confiese su propia negligencia e inoperancia, que le pueda acarrear sanciones administrativas y aún penales; lo que llevó al principio a emitirse sentencias contradictorias por parte de los jueces administrativos, para luego llegar a lograrse un criterio uniforme respecto a la generación del llamado

acto administrativo presunto, el mismo que otorga una respuesta a favor del administrado siempre y cuando el acto no adolezca de nulidad.

En efecto, es importante destacar que, en la práctica, ejecutar una norma tan conflictiva y ejecutiva como la analizada fue, por decir lo menos, muy difícil; pues lograr que se despache toda solicitud administrativa en 15 días hábiles en algunas instituciones y organismos resultó imposible, pues lograr que el mismo funcionario o empleado negligente certifique que no atendió el pedido conforme a esta norma, ese es otro cantar.

Y luego, por otro lado, lograr que la autoridad máxima sancione a sus subordinados sabiendo que ello le rebotaría a su propia gestión, tremendamente difícil; todo lo cual nos aboca a un letargo administrativo burocrático que es bastante común en los corredores de las instituciones, lo que nos lleva a pensar que, teníamos con este Art. 28 de la Ley de modernización, una norma jurídica bastante buena en este tema; sin embargo siempre quedó un sabor amargo en la práctica diaria el Abogado y el administrado, que conllevó complicaciones, pues se espera que se cumpla con la norma, con los reclamos, las apelaciones y quejas que sean necesarias en el diario vivir de la tramitación administrativa, y no siempre resulta así.

No hay que dejar de notar que después de la vigencia del Código Orgánico Administrativo (Julio 2018), la Ley de Modernización del Estado ha sido expresamente derogada, de tal forma que lo dicho queda como una buena historia del derecho ecuatoriano en este tema, pero deberemos atenernos a la norma vigente que es el COA a partir de dicha fecha.

2.4 Efecto jurídico del silencio administrativo a la luz de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

A continuación, se va hablar un poco sobre lo que contiene esta Ley que establece algunos puntos sobre el silencio administrativo, de lo cual también se va a hacer un análisis.

“Art. 85.- Denegación Tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley.

Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República.

Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe.”

(Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

Como podemos observar, en la LOCGE no hay una especificación clara sobre el silencio administrativo, pero de manera general se habla de un silencio administrativo con efecto negativo, ya que, en razón al tiempo, no se podrá volver a presentar una petición al respecto y es ahí justamente cuando opera el silencio administrativo negativo. En tal caso se puede estar hablando de las sanciones que recibe un funcionario por el incumplimiento de leyes, estamos entonces frente a un recurso de petición, por lo que el funcionario tiene la obligación de responder ante este recurso, ya que una eventual denegación o silencio administrativo también acarrearía incumplimiento y omisión por parte del mismo, y por ende, responsabilidades legales.

También se establece la responsabilidad administrativa culposa por parte de administradores, dignatarios y servidores de las instituciones del estado; a saber, por ejemplo, el abuso de poder en el ejercicio de su cargo. Esto resulta muy interesante porque en algunas instituciones del estado existe un notable abuso de poder, cuando, por ejemplo, un administrado presenta un recurso de petición y el servidor público hace caso omiso del mismo abusando de su posición privilegiada de empleado o funcionario público y no se da paso a la

petición tan sólo amparados y fundamentados en el poder que representa un cargo o la misma institución de que se trate; situación circunstancial que se da a diario en la práctica, y que es necesario encontrar la manera correcta de evitar o al menos paliar este tipo de casos, con el ejercicio de una profesión honesta, ayudando a los administrados, en lo que nos compete y toque, con peticiones bien fundamentadas en derecho y en los hechos fácticos.

2.5 Casos en los que no opera el silencio administrativo.

Seguiremos a varios autores para que nos ayuden a entender sobre estos casos en los que no opera el Silencio Administrativo.

Uno de esos ejemplos en los que no opera el silencio administrativo, nos lo da en forma clara el autor colombiano Nicolás Gómez cuando dice: “En muchos casos se puede observar cómo los usuarios de este tipo de servicios presentan peticiones, quejas y/o recursos solicitando ya sea por error o de mala fe el reconocimiento de derechos, la realización de acciones o solicitando reembolsos o sumas de dinero que en realidad no les corresponden o no tienen derecho a ellas.” (Gómez, 2004, p. 161).

En nuestra jurisprudencia existen varios casos en los que no puede operar el silencio administrativo, según lo que establecía la derogada Ley de Modernización del Estado y otras normas suplementarias, analicemos de manera genérica dichos casos, a saber: no se puede permitir abusos de parte de los administrados, solicitando por ejemplo, cosas imposibles, ya que, en primer lugar los pedidos realizados deberán siempre ser hechos con fundamento *en derecho*, pues no porque se me ha ocurrido solicitar que se me devuelva el reloj que está en la Casa Presidencial en la Plaza de la Independencia de Quito, baste el ejemplo burdo, y si pasan quince días y no se me hace entrega o no se dispone aquello, se me tendrá que entregar en forma obligatoria; pues no, el pedido debe tener sustento jurídico. En segundo lugar, dicho pedido también deberá ser hecho para ante las instituciones u

organismos competentes, por supuesto, pues la incompetencia de dicho organismo o institución va a ser, obviamente, motivo de nulidad de cualquier petición que se curse bajo esa situación. Más adelante analizaremos también contextualmente lo que dice el COA sobre los casos en los que no opera el silencio administrativo

Otro requisito fundamental es que el pedido se lo haga por la vía administrativa que esté prevista en la ley, es decir, tomando las palabras del Tribunal Constitucional en Resolución No. 128-2000-TP, de fecha 24 de julio del año 2000, dentro del caso 1119 de amparo constitucional, que dijo “...*no cabe aplicar el silencio administrativo para actos que no contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización sin que se haya establecido la procedencia del requerimiento.*” (Amparo Constitucional, 2000).

Amplíemos lo anterior y establezcamos los casos en los cuales no opera el Silencio Administrativo, y de los cuales nos hace referencia el autor Marco Morales Tobar, son: 1.- Cuando la petición del administrado ha sido dirigida ante autoridad incompetente. 2.- Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, toda vez que, en este caso, el propio administrado es quien hace abandono del derecho, sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia en su ejercicio o por su voluntad. Ni la administración ni los jueces pueden crear derechos o hacerlos renacer. 3.- Cuando los administrados solicitan a la administración pública la emisión de normas jurídicas de carácter general, pues no es la falta de pronunciamiento al pedido lo que puede poner en vigencia disposiciones normativas. Aceptar lo contrario sería otorgar a las particulares capacidades colegislativas que solamente están facultadas a los órganos públicos dotados de esa reserva jurídica por la Constitución o la ley. 4.- Tampoco procede cuando los particulares peticionan de rogatorias, reformas interpretaciones o revocatorias de actos de efecto erga omnes, por razón de que el silencio administrativo sólo tiene efectos individuales o concretos y no es mecanismo para modificar el ordenamiento jurídico; lo cual se aplica también

para el paso precedente”. 5.- Cuando el administrado no tiene una legislación activa del derecho reclamado; esto es, cuando el peticionario no está en idoneidad jurídica para beneficiarse de la incuria administrativa por falta de vinculación real de este frente al obrar administrativo. 6.- Cuando los administrados hacen concesiones o delegan servicios públicos atribuidos al Estado en ese caso debe primar sobre todo el interés público frente al individual del cual se está pretendiendo, pues los servidores y los bienes públicos son administrados por los órganos públicos del cual debe primar el interés y beneficio colectivo. 7.- Cuando los particulares solicitan a las entidades públicas que emitan o hagan nombramientos o contratos para prestar servicios en dichas entidades, en ese caso se debe observar lo que establece la ley para que dichas personas puedan ejercer cargos públicos, los cuales deben seguir con un procedimiento que se establece en nuestra ley para que puedan estar en los cargos públicos. 8.- En el caso que los particulares soliciten contratar con el sector público, en esos procesos precontractuales se debe seguir un principio de igualdad y de autonomía de las partes en las cuales ninguno puede ser favorecido, por lo que ninguno debe tener privilegio y deben todos estar en las mismas condiciones. 9.- En materia de contratación pública y específicamente en los procesos de ejecución contractual, toda vez que los contratos son ley para ambas partes, estos deben ser ejecutados de buena fe y los cuales no pueden ser modificados en el camino o por una de las partes, ya que el principio de autonomía y la libertad individual para poder contratar prima sobre cualquier cosa, el principio de igualdad se refiere a que las partes están sometidas al mismo ordenamiento contractual y a la naturaleza de las obligaciones adquiridas. 10.- Tampoco opera el silencio administrativo cuando la administración pública tomó ya la decisión y adoptó la resolución negativa de la pretensión del administrado y este recurre e interpone un recurso administrativo. En el segundo nivel en el cual se está resolviendo la tutela administrativa no opera el silencio administrativo ya que existió un pronunciamiento oportuno sobre la administración. 11.- No opera el efecto positivo del silencio administrativo en las relaciones interorgánicas de la administración pública ya que estas

actuaciones son exclusivas del sector público y el efecto del silencio administrativo positivo solo recae para los particulares. 12.- Tampoco opera el efecto positivo del silencio administrativo cuando la pretensión del solicitante, reclamante o recurrente puede de cierta manera afectar los derechos de otras personas en la cual debían concurrir o han concurrido al procedimiento administrativo, por lo que en ese caso dicho efecto solo se aplicará en los casos de derechos directos, individuales, reclamados por otros particulares que no afecta a derechos de otras personas a los cuales les pertenece.”

(Morales, 2010, p.p. 300-309).

Existe un caso especialísimo en el que no opera el silencio administrativo, y se trata de los casos de contratación pública, al respecto se ha pronunciado de manera expresa en antecedentes jurisprudenciales la Corte Nacional de Justicia en la cual en la parte más pertinente se habla de lo siguiente: “Además la Sala considera pertinente referirse al silencio administrativo en materia contractual como es el caso. Todos los tratadistas de derecho administrativo han considerado que el silencio administrativo positivo o negativo es ajeno a la materia contractual que, en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual. Resulta extraño pretender que por falta de oportuna contestación sea modificada la normatividad contractual establecida por las partes, criterio que ha sido acogido por la Sala en otros fallos.” (Petición de silencio administrativo en contrato, 2010).

Otro pronunciamiento lo establece la Procuraduría que también es importante y dice lo siguiente: “... no se puede considerar al contratista como administrado a fin de beneficiarse del silencio, por cuanto al haberse celebrado un contrato administrativo, las relaciones entre las partes se rigen por lo estipulado en el contrato.”. (Procuraduría General de Estado, 2010).

Como vemos y podemos colegir de estas dos citas, el Estado y sus entes administrativos a través de la Procuraduría General del Estado y de la Corte Nacional de Justicia, lo que ha hecho es *blindarse* de manera escandalosa yéndose contra la lógica, para evitar que opere el silencio administrativo en los casos más frecuentes en la práctica, que se dan justamente en materia contractual administrativa.

2.6 Requisitos, efectos jurídicos y eficacia del silencio administrativo a la luz del Código Orgánico Administrativo.

El Código Orgánico Administrativo (COA) entró en vigencia en julio de 2018 y fue expedido en julio de 2017, mantiene la figura del silencio administrativo positivo con algunas modificaciones que vamos a analizar a continuación, a saber:

El Artículo 207 del COA establece básicamente lo que es el silencio administrativo:

“Art. 207 Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial.

Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios inconvalidables, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Vale también mencionar al Estudio Jurídico Pérez Bustamante y Ponce, que sin llegar a ser una fuente académicamente fiable del todo, sin embargo nos sirve de corolario a lo dicho anteriormente y lo que explicaremos a continuación; comentario que dice:

“Ahora bien, sabemos que el efecto positivo del silencio puede ocurrir en dos vías: (i) como resultado de una reclamación que impugna la actuación de la administración, cuestión en la que la figura es muy efectiva porque *ipso jure* deja sin efecto el acto administrativo, por lo que el administrado sólo tendría que accionar si la administración insiste en su ejecución; o (ii) cuando lo que se pretendía es la obtención de algo que implica una actuación efectiva de la administración (la devolución de lo indebidamente pagado, la emisión de una licencia o permiso, etc.), en este caso el silencio positivo sólo será efectivo cuando la administración admita la situación y emita el acto solicitado, o cuando se le obligue a hacerlo a través de un procedimiento sumario de ejecución bajo las normas del COGEP ante el contencioso administrativo.” (Ponce, 2017).

Para Andrés Moreta también nos hace referencia que en el Ecuador el silencio administrativo, produce efectos positivos, “...es decir en aceptación de la petición, a través de un acto administrativo presunto.” (Moreta, s.f.).

La norma jurídica analizada nos habla del silencio administrativo positivo, una vez más, pero en esta ocasión se establece que el tiempo de respuesta será en un término máximo 30 días para dar contestación a la solicitud.

Es interesante notar que el acto administrativo presunto que resulta del silencio administrativo se convierte en un título de ejecución en la vía judicial, lo cual es muy importante porque ya no quedará este reclamo en una instancia administrativa, sino que se podrá acudir ante los jueces para poder ejecutar los efectos que la ley otorgó a esa falta de respuesta a favor del interesado en virtud de haber operado el silencio administrativo.

Muy importante también aclarar que la persona que presenta este reclamo tendrá que presentar una declaración juramentada de que no se le ha contestado en el tiempo que establece la Ley, adjuntando el original de la fe de presentación pertinente de la petición de que se trate; de este modo se puede controlar que si se presenta un reclamo ante la autoridad competente, no se podrá dejar ese reclamo en un limbo; y es importante porque ya no será un reclamo de mala fe sino que deberá ser debidamente fundamentado y se establece además una restricción para las personas que presentan este tipo de reclamos, desechando la mala fe; y asimismo para tampoco olvidar y dejar actos impunes.

La falta de respuesta expresa de parte del ente público produce efectos jurídicos, de tal manera que no exista zozobra por mantener un procedimiento abierto durante plazos indefinidos.

En este caso, los procedimientos (recursos administrativos, procedimientos sancionatorios, etc.) cuentan con sus propios plazos máximos para resolverlos, por lo tanto no se sujetan al término de treinta días establecido en el artículo 207 del COA.

Ahora bien analizaremos lo que nos establece también el COA en su Art. 208 que nos habla sobre la falta de resolución en procedimientos de oficio y establece lo siguiente.

“Art. 208.- La falta de resolución en procedimientos de oficio.

En el caso de procedimientos de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o en todo caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido deben entender estimadas sus pretensiones, por silencio administrativo.

En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Esta norma jurídica, entonces, nos habla de la falta de resolución en un procedimiento de oficio o sea por iniciativa de la administración, los cuales tendrán efecto a favor de las situaciones jurídicas individualizadas de las personas que hayan comparecido al trámite respectivo, las personas interesadas en el caso deberán entender que las pretensiones de las que se menciona son por el silencio administrativo; parecería que la cuenta de los 30 días se daría en estos casos, desde el momento que el interesado comparece al procedimiento pertinente.

De esta forma siguiendo con el análisis, el *Art. 209 del COA*, dice:

“En los procedimientos que hayan sido iniciados a solicitud de la persona interesada, para obtener autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, transcurrido el plazo determinado para concluir el procedimiento administrativo sin que las administraciones públicas hayan dictado y notificado la resolución expresa, se entiende aprobada la solicitud de la persona interesada.

Cuando el recurso de apelación se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá aprobado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no expide resolución expresa.

Cuando con el acto administrativo presunto que se origina se incurre en alguna de las causales de nulidad inconvalidables, el acto administrativo presunto

puede ser extinguido por razones de legitimidad, de conformidad con las reglas de este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Vemos que, por su parte, el artículo 209 del COA establece para los procedimientos iniciados a petición del interesado, ante el vencimiento del término para resolver, establece en el segundo inciso del mismo artículo cuando el recurso de apelación se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá aprobado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no expide resolución expresa.

Cabe plantearse la interrogante referente a la eventual afectación a los derechos de un administrado que le fueron concedidos en el acto administrativo presunto y podría quedar sin efecto por la aprobación del recurso de apelación propuesto por otro administrado, mediante un nuevo “silencio administrativo”.

Entonces, la falta de una respuesta en un procedimiento motivado por la persona interesada, será un procedimiento aprobado por el mero transcurso del tiempo, esto se da por la falta de notificación, y se entenderá que fue notificado de manera expresa; por lo que la solicitud se presume *ipso jure* que fue aprobada a favor de la persona interesada que haya presentado la solicitud.

Es muy interesante observar el Art. 223 que habla sobre la Resolución de la impugnación, y dice expresamente lo siguiente:

La resolución de la impugnación, en ningún caso podrá agravar la situación inicial de la persona interesada. (Código Orgánico Administrativo, 2017). Que se constituye en una garantía de alto valor para el administrado, frente a un eventual “espíritu de cuerpo” que pueda existir en los órganos de la Administración.

Analicemos ahora lo que establece el Art. 210.- Resolución expresa posterior ante el silencio administrativo.

En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria.

El acto administrativo presunto producido por silencio administrativo se puede hacer valer ante la administración pública o ante cualquier persona.

Los actos producidos por silencio administrativo generan efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento administrativo sin que el acto administrativo se haya expedido y notificado. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En esta norma jurídica por su parte, respecto a las resoluciones expedidas a posteriori de haber operado el silencio administrativo nos dice que, solo se podrá dar una resolución expresa previa al silencio administrativo. Y en el caso de que el silencio administrativo sea positivo, la resolución solo podrá ser de una manera confirmatoria. De tal forma que el acto administrativo presunto que es un efecto del silencio administrativo, podrá causar efecto ante la administración pública o ante cualquier persona. Los efectos que se generan del silencio administrativo, surten a partir del siguiente día del vencimiento al plazo máximo para la culminación del procedimiento administrativo, esto sin que se modifique o se expida el acto administrativo. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En efecto, resulta extremadamente frecuente que cuando el empleado o funcionario público repara en el hecho de que ha operado el silencio positivo, probablemente porque el administrado así se lo ha hecho caer en cuenta, se pueda producir un pronunciamiento extemporáneo y se apresure a negar sin más el derecho de dicho administrado; por ello el COA en esta norma del Art. 210 dispone que la resolución que la administración realice con posterioridad a haber operado el silencio administrativo sólo podrá ser confirmatoria de la solicitud realizada.

Pues bien, siguiendo a Andrés Moreta, nos dice que: “El COA señala en su artículo 210 que el acto administrativo presunto se puede hacer valer ante la Administración Pública o ante cualquier persona, y genera efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento sin que se haya expedido y notificado un acto administrativo expreso. Contrario, a lo que suscitaba con la anterior legislación a base de la cual numerosos fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, han indicado que el silencio administrativo no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo. (Multa en Contrato de Obra Pública, 2010)” (MORETA NEIRA, ANDRÉS) (Op.cit.).

Surge una duda entonces, dice este Autor, y es la situación de que si por el hecho de haberse verificado el efecto positivo del silencio administrativo, esto suple la obligación de la Administración Pública de pronunciarse y poner en vigencia el derecho de petición de los ciudadanos.

Considerando lo determinado en el Artículo 68 del COA la competencia es irrenunciable, por lo que se entendería que aún en ese caso la administración debe emitir un pronunciamiento.

“Art. 68.- Transferencia de la competencia.

La competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos o entidades señalados en el ordenamiento jurídico, salvos los casos de delegación, avocación, suplencia, subrogación, descentralización y desconcentración cuando se efectúen en los términos previsto en la ley.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

También podemos analizar que en el Art. 202 se establece la obligación de resolver de acuerdo al procedimiento que se va a realizar por medio del acto administrativo, y a su vez el órgano competente deberá resolver el acto

administrativo. De igual manera las administraciones no se pueden negar a resolver el acto administrativo. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Por su parte el Código Tributario, contempla en su Artículo 134 distintos efectos para el pronunciamiento expreso posterior al silencio administrativo, inclusive en el caso de haberse deducido la respectiva demanda contenciosa administrativa. De esta forma, indica: "...si la resolución expresa admite en su totalidad el reclamo, terminará la controversia; si lo hace en parte, servirá de elemento de juicio para la sentencia; y si la resolución fuere íntegramente negativa, no surtirá efecto alguno."; (Código Tributario, 2009). No obstante, se considera que esta disposición ha perdido vigencia jurídica por cuanto el COA que es ley posterior ha establecido un pronunciamiento distinto, dando lugar únicamente a la resolución posterior confirmatoria, según hemos explicado.

Una situación muy especial con respecto a la figura del silencio administrativo positivo lo encontramos en el *Art. 229 del COA* que prescribe que cuando existe una falta de pronunciamiento de la administración sobre el pedido de suspensión del acto administrativo, se establece imperativamente que se entenderá que opera una negativa tácita de lo solicitado por el administrado, de lo cual no hay recurso posterior; lo cual se constituye en una excepción a la regla general del silencio administrativo positivo.

2.6.1 Casos en los que no opera el silencio administrativo conforme el Código Orgánico Administrativo.

Al momento de presentar el debido reclamo, hay que tomar en cuenta que si adolece de algún tipo de vicio de nulidad que se contenga en el Código Orgánico Administrativo, (por ejemplo: contrario a la ley, autoridad incompetente, situaciones imposibles), no será ejecutable por lo que se deberá ordenar inmediatamente el archivo de la solicitud.

En este tema, el COA se mantiene en los principios anteriores que rigen la Constitución e incluso en la antigua Ley de Modernización del Estado, cuando

se habla de los requisitos para la operación del silencio administrativo positivo, es decir, como queda dicho, para situaciones contrarias a la ley, que no tengan fundamento jurídico en derecho; cuando se presente ante una autoridad incompetente, o situaciones imposibles; tal cual ya lo hemos analizado en este ensayo anteriormente.

Además, para que surtan los efectos jurídicos del silencio administrativo, la petición debe estar dirigida a autoridad competente y que en el evento de merecer una resolución favorable, la petición no se encuentre afectada por nulidades contenidas en el *Artículo 105 del COA*; por ejemplo el *numeral 6* establece como nulo, el acto administrativo que: *“Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código”*. (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En efecto, hemos dicho que el *Artículo 210 del COA* dice que el eventual pronunciamiento posterior solo puede ser en sentido confirmatorio del silencio administrativo.

Sin embargo, al señalar el *Artículo 104* que es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad, es deber de la Administración Pública, en el evento de haberse generado un acto presunto que contenga vicios no convalidables, proceder a su declaratoria de nulidad por razones de legitimidad. (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En el caso de que el acto administrativo presunto produzca efectos jurídicos favorables a persona interesada y además, sea legítimo o contengan vicios convalidables, solamente podrá declarar su nulidad el Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante la acción judicial de lesividad según los términos del *Artículo 115 del COA*.

2.6.2 Efectos negativos del silencio administrativo en el Código Orgánico Administrativo.

Al hablar de los efectos negativos que tenemos en el silencio administrativo según el COA podemos establecer como principal efecto negativo lo que establece el Artículo 210 de dicho cuerpo normativo en el cual se hace referencia a que la resolución expresa producida después del acto administrativo sólo se podrá dictar después de que sea confirmatoria, es decir que si es negativa se quedará en un letargo jurídico, lo que cuestionamos en nuestra antigua ley de modernización, pues no se puede establecer bien a qué es lo que nos hace referencia exactamente este artículo.

Otro punto negativo para el silencio administrativo es el recurso extraordinario de revisión prescrito en el Artículo 232 del COA y nos dice que la persona interesada puede interponer recurso de extraordinario de revisión al acto administrativo cuando se ha causado alguno de los siguientes aspectos que se analizarán a continuación.

Como punto número uno se establece que la persona puede interponer el recurso extraordinario de revisión cuando se ha cometido un error o se ha incurrido en un evidente error, esto es perjudicial y es un aspecto negativo para el silencio administrativo, ya que de hecho se presentan y existen los documentos que se habilitan para establecer el silencio administrativo, pero por error del funcionario ya no se habla del silencio administrativo sino más bien del recurso extraordinario de revisión lo cual conllevaría mayor tiempo y no se podría ejecutar el silencio administrativo.

Otro punto negativo también es que tanto para la admisión como para la resolución dispone que si no contestan el recurso en el tiempo establecido el recurso será desestimado, lo cual podría fomentar que la falta de respuesta de las autoridades pública sea frecuente.

3. EJECUCIÓN DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

A continuación, se analizarán los medios de ejecución de los efectos del silencio administrativo tanto en la vía administrativa como en la vía judicial conforme el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

3.1 Reclamo por la vía Administrativa de los efectos positivos del silencio administrativo.

Al hablar del reclamo por la vía administrativa podemos hacer referencia a que se puede presentar ante la autoridad competente, pero, esta reclamación deberá ser resuelta en el término no mayor de 30 días, ahora también el sector público debe tener en cuenta que se le da un plazo de un mes para la resolución del acto administrativo.

Así podemos establecer que en el Artículo 207 inciso tercero se nos habla al respecto sobre la vía administrativa pero también se puede ejecutar al acto administrativo por vía judicial ante el contencioso administrativo.

Al momento que se hace el reclamo por vía administrativa, se debe adjuntar la declaración juramentada y la petición original, lo positivo y lo que favorece al recurrente es que así no se haya dado respuesta ante la petición del silencio administrativo ya está dado el efecto positivo y se entiende que se ha generado el acto administrativo presunto y que esto puede ser ejecutado dentro del mismo órgano donde se presentó la petición. Así es como lo establece también el Art. 219 del COA al momento de establecer en el inciso segundo que le corresponde el conocimiento y la resolución del acto que se está impugnando en el mismo órgano donde se presentó, es importante establecer que para que el silencio administrativo y que el reclamo del cual se presenta esto no debe contener vicios o causales que hagan incurrir en un error, lo cual ya se analizó anteriormente.

3.2 Ejecución del silencio administrativo por la vía judicial.

Se habla del procedimiento de ejecución del silencio administrativo por la vía judicial el cual se trata de un acto administrativo presunto, el juez competente convocará a una audiencia para oír a las partes.

En esta audiencia el recurrente deberá de demostrar que la administración no contestó a su petición y deberá declarar bajo juramento en la solicitud que no ha sido notificado con la respectiva resolución dentro del término legal pertinente, además deberá acompañar el original de la petición en la que aparezca la fe de presentación de la solicitud. (Código Orgánico General de Procesos, R.O. Suplemento No. 506 22 Mayo 2015)

Por otro lado, ha quedado analizado asimismo que el silencio positivo en los procedimientos sancionatorios se prescribe en la norma del *art. 208 del COA*; ya que la falta de actuación de la autoridad provoca la caducidad de la facultad sancionadora, por lo que la norma ordena que deberá dictarse una resolución que así lo reconozca y que ordene el archivo del proceso. De no ser así, habrá que acudir a la ejecución de la que trata el COGEP.

Al respecto tenemos algunas normas jurídicas muy claras del COA que hablan de dicha caducidad y de los recursos judiciales.

Por otro lado, en el COA se ha eliminado el requisito de la certificación de no haberse dado la resolución de una petición en la que operado el silencio administrativo, de la que habla el derogado Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, y se ha establecido que el acto administrativo presunto constituye título de ejecución en la vía judicial, como ya lo hemos abordado.

La reforma al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) por ocasión de la expedición del COA, señala que se deberá acompañar una solicitud que deberá cumplir los requisitos del *Artículo 142 del COGEP* (demanda), incluyendo una declaración bajo juramento de no haber recibido resolución expresa dentro del término legal, y acompañar el original donde conste la fe de

recepción. De igual forma en el *Artículo 370 A del COGEP* se puede establecer claramente que la ejecución del Silencio Administrativo se tramitará ante el Tribunal contencioso administrativo. Por disposición del *Artículo 327 del COGEP* su trámite judicial será mediante vía ejecutiva. CITATION Cód17 \l 12298 (Código Orgánico Administrativo , 2017).

3.3 Se debe pedir la ejecución de los efectos negativos del silencio administrativo?

Es derecho de las personas que solicitan y reclaman por algo que se ha incumplido, por ende, es necesario que se ejecute los efectos negativos del silencio administrativo ya que de cierta forma igual ya tienen una resolución y la cual debería también ser ejecutable todos los efectos que en ello están. Ya que el recurso extraordinario de revisión no debería suspender ningún tipo de acto del cual ya se dio una resolución, según mi punto de vista, es necesario que los efectos negativos también sean ejecutables ya que se podría establecer que de la resolución que se dé pueda algo ser ejecutable y no todo sea una negativa.

El autor Juan Carlos Benalcázar nos habla sobre el silencio administrativo negativo y nos establece “que el silencio administrativo negativo se lo instituyó como beneficio del administrado como un medio mas de la garantía jurídica que le otorga el silencio administrativo positivo, es un contrapeso necesario a los privilegios de la autotutela y de reclamación previa de que goza la administración. Con esto se pretende evitar la indefensión del administrado, del cual vería seriamente limitada sus posibilidades de la defensa si la norma no instituyese la técnica de los denegatorios ante el hecho del silencio.” (Benalcázar J. C., 2007, p. 236). En este punto nos hace referencia a que el silencio administrativo negativo se crea más para lograr un equilibrio ante la posibilidad de que el administrado se quede sin una defensa es por eso que el autor nos establece que el silencio administrativo se crea mas para una defensa y no para evitar la responsabilidad por parte del administrado.

4. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y ESPAÑA

4.1 Breves consideraciones del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien en la legislación Colombiana existen varias leyes que contemplan un silencio administrativo positivo pero en la principal que es el código administrativo colombiano se establecen un silencio administrativo positivo y un silencio administrativo negativo, tomando en cuenta que se habla de un silencio administrativo positivo que se encuentran en varias leyes colombianas podemos indicar lo que nos establece el autor Colombiano Georgio Vásquez al establecer que el silencio administrativo positivo se encuentra en varias normas legales de Colombia por dar un ejemplo "En materia laboral, el Decreto 1469 de 1978, refiriéndose al Art. 366 del C.S.T., establece que, si pasados 15 días a partir de la presentación de solicitud de reconocimiento de personería jurídica de un sindicato, no se produce pronunciamiento alguno de parte del Ministerio de Trabajo, la organización adquirirá automáticamente su personería jurídica". (Vásquez P. , 2013) Esto es sin duda es Silencio Positivo.

Analicemos ahora lo que nos dice el Código Administrativo de Colombia para poder tener más clara la idea sobre qué es lo más común que se utiliza en Colombia, en esta materia.

En el Art. 83 habla sobre el Silencio administrativo negativo en el cual pasado los tres meses que contados desde la presentación de la petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En cualquiera de los casos en que la presente ley señale un plazo mayor a los tres meses para poder resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se al cabo de un mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión. mientras transcurre el silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las eximirá del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya

hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

Se puede establecer que en la legislación colombiana existe el silencio administrativo negativo el cual es más común que el positivo como se prescribe en el artículo siguiente.

En el Art. 84 se hace referencia al Silencio positivo y nos establece que solamente en los casos que se encuentren expresamente previstos en las disposiciones legales especiales, el silencio de la Administración será decisión positiva. Los términos para que se pueda establecer que la decisión positiva presunta comienza a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso. El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código.

(Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

Ahora bien, esto se diferencia con nuestra legislación ya que, como lo vemos en el actual Código Orgánico Administrativo, no existe el silencio administrativo negativo; por ende, en nuestra legislación existe un gran avance a diferencia de anteriores cuerpos normativos, por ejemplo, la Ley de Modernización, entre otras.

Actualmente en nuestra legislación se puede observar que estamos un poco más avanzados en el tema de los plazos, ya que si bien en nuestro Código Orgánico Administrativo el término que se da es de 30 días, en la legislación colombiana se establece claramente un plazo mucho mayor; lo cual es muy importante para poder ejecutar el silencio administrativo, y en Colombia la regla general es el silencio negativo y no el positivo.

En el Art. 85 se establece el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo y hace una referencia de que la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.

La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011)

Lo anterior es muy similar a nuestro ordenamiento jurídico pues se requiere como medio de prueba una declaración bajo juramento respecto a que no se le ha notificado; lo cual podría ser una causal de nulidad en nuestro ordenamiento, ya que es importante e imperativa la declaración juramentada de que no se le ha notificado.

Ahora bien también se habla sobre Silencio administrativo en recursos, y nos dice que salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, se establece que transcurrido un plazo de dos meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que ésta se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo que se establece, este se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas. Mientras dure el silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver, siempre que no se hubiere notificado un auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria gravísima.

(Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

Nuestra legislación establece que trascurrido el tiempo se ordenará el archivo; en efecto, nuestro *Artículo 208 del COA* nos habla claramente sobre el transcurso del tiempo, precluido el cual se ordenará el archivo. Es importante este artículo a diferencia de Colombia, ya que al momento de su archivo no se puede pedir una nueva petición sobre lo mismo porque este ya está archivado.

4.2 Breves consideraciones del silencio administrativo en el Ordenamiento jurídico español.

A continuación, hablaremos de la legislación española la cual tiene muchos puntos interesantes que hablan del silencio administrativo, lo que nos ampliará el panorama del Derecho Comparado respecto a nuestro tema.

En el Art. 24 de la ley de España sólo se hace referencia a que el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y en este artículo se establece todos los procedimientos y clases en los que se habla del silencio administrativo lo cual se va a analizar a continuación

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario.

Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se

transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El sentido silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen:

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada.

Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver. (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , 2015)

Como podemos observar al analizar esta prescripción jurídica de la legislación española, ésta es mucho más avanzada que las Latinoamericanas, pese a que muchas de nuestras legislaciones son una copia de las españolas o por lo menos la han usado como referente en el derecho en general; eso queda claro que la legislación española en temas más puntuales como el derecho administrativo tienen avances significativos, por ejemplo, al establecerse aquí no sólo un plazo para que opere el silencio administrativo, sino y además un procedimiento expedito, estableciendo un sistema procesal administrativo y concluyendo que las judicaturas contencioso-administrativas serán las competentes para decidir las situaciones administrativas sobre silencio que lleguen a judicializarse.

Es de destacarse en esta norma jurídica la obligatoriedad de la Administración de expedir el Certificado pertinente de haber operado el silencio administrativo positivo y sobre todo el dar un plazo perentorio de 15 días para que en forma obligatoria se emita dicha certificación; lo cual se ha plasmado en nuestra legislación por ejemplo, en el inciso segundo reformado del derogado Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que ha sido ya motivo de nuestro

análisis, lo cual constituye un atraso porque ninguna Institución va a dar certificaciones que comprometan su propia actuación negligente.

Por otro lado, al hablar sobre el silencio administrativo en España es fácil identificar que se establecen varios lineamientos a diferencia de nuestra legislación, que a más de lo procesal bastante específico, se prescriben detalles de los tipos de trámites en los que opera, distinguiendo la forma en la que éstos se llevan a cabo por parte de la Administración, si por ejemplo, son de Oficio o a petición de parte interesada, ya que cada uno de ellos tienen diferentes tipos de consecuencias jurídicas; lo que es más, como queda dicho, España tiene diferentes tipos de normas procesales; e incluso, cuando se trata de caducidad de derechos, sea por parte del Administrado o de la misma Administración.

Todo lo anteriormente dicho y citado, coloca a la legislación española a la vanguardia normativa en este tema específico del silencio administrativo, que lo trata como hemos indicado, desde el punto de vista del silencio administrativo positivo, como lo señala nuestra legislación, pero con una amplitud inconmensurable, comparada con el Ecuador, pese a que la expedición del COA ya es un avance significativo, analizando el cual vemos que muchas normas fueron tomadas casi literalmente de la ley española en materia de silencio administrativo.

5. CONCLUSIONES

El silencio administrativo es en sí el derecho que tiene el ciudadano por la falta de respuesta por parte de la administración pública, por lo que el silencio administrativo sirve para poder ejecutar los reclamos a los que el administrado tiene derecho, se ha constituido en una sanción a la Administración Pública por la falta de respuesta y una garantía para el ciudadano que no puede esperar ilimitadamente sino que debe recibir su respuesta en un plazo razonable establecido en la ley.

Es un avance que ahora con el COA se permita adjuntar para la ejecución del silencio administrativo la declaración juramentada hecha por el propio ciudadano de que transcurrió el tiempo sin respuesta, ya que la certificación que pedía la Ley de Modernización nunca iba a ser entregada por el propio funcionario que dejó de responder y que incluso podía dar lugar a sanciones. Ahora bien a diferencia de otros países como Colombia y España; podríamos decir que aún nos falta mucho, ya que, en Colombia inclusive el silencio administrativo lo llevan a instituciones privadas que de una u otra forma ayudan para el equilibrio de un buen servicio a los ciudadanos.

Al hablar en nuestro país de un silencio administrativo positivo que se establece en el COA, podremos decir que estamos ante una administración más eficiente e incluso más justa, ya que el silencio administrativo positivo no son sino los efectos jurídicos que otorga la ley por el transcurso del tiempo por no resolver la petición del interesado, y el poder contar con una institución jurídica de ese calibre y sobre todo bien normada jurídicamente, nos lleva a poseer una administración muchísima mejor y con garantía reales de eficiencia y eficacia.

Cabe señalar que en el silencio administrativo negativo, a falta de una resolución, se entendería que el pedido fue rechazado con su totalidad; ahora bien, si hablamos del silencio administrativo se debería establecer como en Colombia que en determinados casos se aplica el silencio administrativo

negativo y en otros casos se aplica el silencio administrativo positivo especificando cuándo opera cada uno de ellos en la propia ley.

Es importante establecer que en nuestra legislación existe un Silencio Administrativo Positivo y Negativo, ya que encontramos en varias legislaciones que coexisten ambos, incluso se establece actualmente en el COA también la coexistencia de un silencio administrativo negativo y un silencio administrativo positivo.

Muy importante es el gran paso a la creación de un Código Orgánico Administrativo el cual consagra los lineamientos del derecho administrativo, ya que ahora no tenemos una contraposición entre dos leyes como pasaba hasta el 02 de Julio del 2018 con la Ley de Modernización del Estado y la Ley de la Contraloría General del Estado e incluso con el propio ERJAFE y el COOTAD, en los cuales de maneras contradictorias se habla de silencio administrativo positivo y/o de silencio administrativo negativo.

No se realizaron en la legislación ecuatoriana antigua, las distinciones pertinentes, e incluso se dan diferentes plazos o términos para que opere el silencio administrativo, todo lo cual trajo en su momento mucha confusión y falta de operatividad y por consiguiente menoscabo del derecho constitucional de petición al respecto; el cual, de una u otra forma, se lo ha venido mal utilizando, en muchos de los casos, a discreción de la Administración; en cambio ahora en el COA lo tenemos en una sola norma que se la deberá aplicar y en un futuro hacer varios cambios y reformas que todavía necesita esta nueva ley, para dar la talla con las legislaciones que están a la vanguardia en este tema, muy en especial con la legislación española.

Otro punto importante que debemos tomar es el derecho de petición, que también se lo incluye en la legislación colombiana que de una u otra forma da lineamientos para su ejercicio, a diferencia de nuestro país que solo se lo nombra en el Artículo 66 # 23 de nuestra Constitución y de manera muy breve;

sin embargo, no deja de ser un derecho que consagra nuestra Constitución y se lo debe respetar en su totalidad; pero que, como ha quedado dicho, en la mayoría de los casos, se ha convertido en letra muerta, con una total o mayoritaria falta de aplicación por parte de la Administración; derecho de petición que debe diferenciarse bien del silencio administrativo, señalando que es algo similar pero nunca lo mismo.

Es muy importante establecer y un gran paso respecto a la ejecución del silencio administrativo, es la forma en la que ha sido prescrita en el COGEP, ya que es una manera muy rápida y eficaz con esta legislación joven que tenemos en nuestro país.

Aspiramos a que la aplicación de lo dispuesto en el COA en esta materia y otras, agilicen y den perfecta validez al derecho de petición y al principio de celeridad para mejorar la atención que merecen los ciudadanos en nuestro país.

No hay que olvidar que el incumplimiento de los deberes de los servidores públicos puede ocasionar incluso la imposición de la sanción de destitución de conformidad con lo dispuesto en el art. LOSEP

REFERENCIAS

- Adjudicación de lote de terreno a cónyuge sobreviviente y herederos de causante adjudicado, 2007-0307 (Ex sala de lo contenciosos Administrativo 30 de Septiembre de 2011).
- Amparo Constitucional, 1119 (Tribunal Constitucional 24 de Junio de 2000).
- Benalcázar, C. (1997). El Silencio Administrativo en la Legislación tributaria Ecuatoriana. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Benalcázar, J. C. (2007). Derecho Procesal Administrativo . Quito : Andrade Asociados Fondo Editorial .
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (18 de ENERO de 2011). Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (18 de ENERO de 2011). Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Código Orgánico Administrativo . (7 de Julio de 2017). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Tributario. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cordero, P. (2009). El Silencio Administrativo . Cuenca: Editorial El Conejo.
- Corte Nacional- Sala de lo Contencioso Administrativo Fallo de Mayoría Expedido dentro del Recurso de Casación 276-2010, 276 (Corte Nacional- Sala de lo Contencioso Administrativo 9 de Mayo de 2010).
- Derechos Humanos . (2017). Unidos por los Derechos Humanos. Recuperado el 17 de Octubre de 2018, de <http://www.unidosporlosderechoshumanos.es/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>
- Dictionary.reverso. (S.F). desicion preable. Recuperado el 27 de Septiembre de 2018, de <https://mobile-dictionary.reverso.net/francés-español/decisión-préalable>
- Dromi, R. (s/f). Scribd. Recuperado el 25 de Mayo de 2018, de <http://es.scribd.com/doc/169575552/ELEMENTOS>

- Durango, P. S. (2004). Curso Breve de Derecho Administrativo . Quito : Editorial Universitaria .
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. (2002). Quito: EdiGab.
- Fernández, E. G. (2013). Curso de Derecho Administrativo. I. Madrid : CIVITAS .
- Fernández, E. G.-R. (2013). Curso de Derecho Administrativo. II. Madrid : CIVITAS .
- Gómez, N. (2004). Aspectos prácticos del Silencio Administrativo Positivo contemplado en la ley 142 de 1994. Revista de Derecho Universidad del Norte , 161.
- González, N. (2014). Protocolización del Silencio Administrativo. Recuperado el 20 de Septiembre del 2018. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12762/2014nidiagonz%C3%A1lez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gordillo, A. (2011). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 El Acto Administrativo . Buenos Aires : F.D.A.
- Ley de Modernización del Estado. (31 de Diciembre de 1993). Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (12 de Junio de 2002). Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO. (06 de Octubre de 2010). Quito , Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones
- Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana . (18 de Agosto de 2000). Quito , Pichincha , Ecuador : Registro Oficial .
- Mora, E. (2007). Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Morales, M. (2010). Manual de derecho Administrativo. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moreta, A. (s.f.). Derecho Ecuador. Recuperado el 6 de Junio de 2018, de <https://www.derechoecuador.com/silencio-administrativo-en-el-coa>

- Pérez, E. (2014). Derecho Administrativo. Quito- Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Petición de silencio administrativo en contrato, 192-2010 (Corte Nacional de Justicia 28 de Junio de 2010).
- Ponce, P. B. (27 de Septiembre de 2017). PBP Pérez Bustamante y Ponce. Recuperado el 19 de Octubre de 2018, de <http://www.pbplaw.com/el-silencio-administrativo-positivo-en-el-nuevo-codigo-organico-administrativo/>
- Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas . (2 de Octubre de 2015). Madrid , España .
- Procuraduría General de Estado. (2010). Pronunciamiento de no aplicación del silencio en contratos (19 abril). Quito: R.O. No. 233 de 12 de Junio de 2010.
- Registro Oficial. (R.O. Suplemento No. 506 22 Mayo 2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito: Registro Oficial Organo del Gobierno del Ecuador.
- Robalino, J. (2010). Breves Apuntes Silencio Administrativo Positivo. Seccion libre.
- Rodríguez, J. (2014). La Buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa . Misión Jurídica Revista de derecho y ciencias sociales .
- Rodríguez, L. (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano. Pamplona : TEMIS .
- Santofimio, J. O. (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Colombia: Universidad externa de Colombia.
- Secaira, D. P. (2004). Curso de Derecho Administrativo. Quito: Editorial Universitaria.
- Vásquez, G. (2005). Silencio Administrativo Positivo. Recuperado el 16 de Septiembre del 2018 <https://es.scribd.com/document/141788587/Silencio-Administrativo-Positivo-Gregorio-Rodriguez-Vasquez>
- Vásquez, P. (2013). Derecho Administrativo. Madrid : Marcial Pons .

