

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

"El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana"

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener el
título de Doctor en Jurisprudencia

Profesor Guía: Dr. Rómulo García Sosa

Autora: Abg. Isabel Cristina Córdova Samaniego

2005

Declaración:

Rómulo García Sosa declaro que el presente trabajo de titulación fue realizado por la señorita abogada Isabel Cristina Córdova Samaniego bajo mi orientación y guía.- En Quito a los 26 días del mes de julio del 2005.-

Dr. Rómulo García Sosa
Director de Tesis

Agradecimientos:

Agradezco la colaboración incondicional de los señores doctores Rómulo García Sosa y Fernando Santos Alvite sin cuya ayuda la realización de este trabajo no hubiera sido posible.

Dedicatoria:

Este trabajo lo dedico a Dios por permitirme alcanzar este objetivo y a mi madre por su amor, sabio consejo y dedicación.

Resumen:

La Constitución Política de la República del Ecuador en su parte dogmática establece derechos materiales o fundamentales¹ y derechos de contenido formal² -derecho de petición- cuyo objetivo es viabilizar la eficacia de los primeros.

El artículo 23, numeral 15, de la C.P. consagra el derecho de petición a través del cual el administrado está legitimado por sí y no a nombre del pueblo para: **a)** dirigir quejas y peticiones al órgano competente; y, **b)** a que éstas sean atendidas con pertinencia –conforme a derecho-, motivadamente (artículo 24, numeral 13, C.P.) y en el plazo que señale la Ley. El artículo 28 de la “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada” –LM- establece, como regla general, que la administración tiene un término de quince días³ para resolver los reclamos, solicitudes o pedidos de los administrados. Pero, “(...) puede ocurrir que la administración no responda, guarde silencio (...)”⁴, en cuyo caso la legislación ecuatoriana -artículo 28 de LM y otras similares- prevé la institución del silencio administrativo.

¹ Por ejemplo: derecho a la vida, a la honra e integridad, a disponer de servicios públicos de óptima calidad.

² Stein Ekkehart, “Derecho Político”, Edi. Aguilar, Madrid- España, 1973, Pág.: 228.

³ Desde la fecha de presentación de la petición.

⁴ Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santafé de Bogotá-Colombia, 1997, Pág.: 3.

Transcurrido un plazo sin que la administración pública cumpla con su obligación de resolver (artículo 23, numeral 15, C.P.), el silencio administrativo podría adoptar uno de los dos efectos siguientes: **a)** Efecto negativo o desestimatorio, cuando la petición se considera denegada; o, **b)** Efecto positivo o estimatorio, conforme al artículo 28 de la LM, cuando la petición se considera aceptada.

Sin considerar si el efecto de la inactividad de la administración es negativo o positivo, la inobservancia de su obligación de resolver le vincula directamente con el peticionario a través de **la institución del silencio administrativo**. Institución que tal como fue concebida por el artículo 28 de la LM crea cierta incertidumbre y confusión en su aplicación.

Justificación del Tema:

La Ciencia del Derecho, eje fundamental del “Estado de Derecho”, evoluciona junto con la historia de sus pueblos, crea nuevas categorías jurídicas y llena vacíos sociales, “ratio última” de sus instituciones. En consideración de tal objetivo, la institución del silencio administrativo como parte integrante de nuestro régimen administrativo - tributario no solo remedia el incumplimiento de la administración sino también constituye una garantía para los administrados.

El silencio administrativo es un **remedio** porque, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico (artículo 23, numeral 15, C.P.) impone a la

administración pública, cuando se le formula una petición, la obligación de contestar conforme a Derecho (artículo 119 de la C.P.), en el plazo legal (artículo 28 LM), motivadamente (artículo 24, numeral 13, C.P.); no siempre lo hace. Lo dicho revela que la institución del silencio administrativo a más de constituir un remedio es a la vez una **garantía** porque: **a)** defiende al administrado del injustificado silencio en que incurre la administración ante una petición, que pudiera darse “ad libitum”; **b)** preserva los derechos materiales del peticionario; y, **c)** es un mecanismo jurídico de reparación y de control.

Analizada la importancia que reviste la institución del silencio administrativo en sus dos perspectivas y su nexa con el derecho de petición; es indispensable abordar el tema propuesto -El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana- considerando: **a)** El incipiente desarrollo del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; **b)** La defectuosa redacción del artículo 28 de la LM; **c)** La aplicación de otras normas legales; y, **d)** El desconocimiento de las consecuencias que conlleva la inactividad de la administración. Siendo este el contexto en el cual se desenvuelve la institución del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y máxime cuando aquel afianza el imperio de la seguridad jurídica y de un Estado de Derecho justifico el presente análisis.

Índice

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

El Estado.- Función Administrativa: Aspecto sustancial u objetivo; Aspecto orgánico o subjetivo.- Administración Pública.- Organización Administrativa: Competencia – Ley;- Jerarquía.- Manifestación de la Voluntad Administrativa.- Definición de Acto Administrativo.- Requisitos del Acto Administrativo: Competencia; Voluntad; Objeto; Causa; Procedimiento; Plazo; Publicidad.- Características del Acto Administrativo: Legalidad, Ejecutoriedad, Impugnación General.- Clasificaciones Doctrinarias del Acto Administrativo: Por su relación la decisión; Por la expresión de la voluntad.

11-26

CAPITULO SEGUNDO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Título I

Principios Constitucionales en que se Ampara el Silencio Administrativo: Legalidad en concordancia con el principio de responsabilidad; Derecho a la Seguridad Jurídica; Derecho a Resoluciones Motivadas; Derecho a la Tutela Judicial Efectiva; Derecho de petición.- Connotación Jurídica del Incumplimiento de la Obligación de Resolver.- Viabilidad de la Petición: Capacidad del peticionario; Competencia del funcionario a quien se dirige; Objeto Lícito; Causa Lícita.-

27-55

Título II

Definición de Silencio Administrativo.- Elementos: Omisión del deber de resolver; Dentro del plazo legal; Peticiones de los administrados; Aceptación tácita o remedio procesal.- Fundamentos.- ¿A favor de quién está previsto el silencio administrativo?.- Naturaleza Jurídica: Tratamiento unitario de la institución; Desde el punto de vista de los efectos.- Características: Silencio administrativo positivo; Silencio administrativo

negativo.- Clasificación: Criterio de la oportunidad; En función de los efectos que produce.

56-76

Título III

Silencio Administrativo de Efectos Negativos.- Fundamentos.- Trayectoria (Base Legal).- Análisis del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

77-82

Título IV

Silencio Administrativo Positivo.- Fundamentos.- Trayectoria (Base Legal).- Situación actual del silencio administrativo; Análisis del artículo 28 LM; Análisis Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; Análisis del Sistema del Código Tributario de 1975 y de la Codificación del Código Tributario del 2005; Análisis del artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas.- Efectos: Nacimiento de un acto administrativo; Nacimiento de un derecho autónomo; Pérdida de la competencia del funcionario; Derecho a la ejecución de lo ganado mediante silencio.

83-120

CAPITULO TERCERO DERECHO COMPARADO

Título I

Silencio administrativo en la legislación española.

122-126

Título II

Silencio administrativo en la legislación colombiana.

127-129

CAPITULO CUARTO
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Título I

Conclusiones generales.

Conclusión particular.

131-135

Título II

Recomendaciones: Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Modernización del Estado; Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; Proyecto de Ley Reformatoria a la Codificación del Código Tributario del 2005.-

135-143

CAPITULO QUINTO
BIBLIOGRAFIA

Base legal

Jurisprudencia

Base Doctrinaria

145-149

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

El Estado.- Función Administrativa: Aspecto sustancial u objetivo; Aspecto orgánico o subjetivo.- Administración Pública.- Organización Administrativa: Competencia – Ley-; Jerarquía.- Manifestación de la Voluntad Administrativa.- Definición de Acto Administrativo.- Requisitos del Acto Administrativo: Competencia; Voluntad; Objeto; Causa; Procedimiento; Plazo; Publicidad.- Características del Acto Administrativo: Legalidad, Ejecutoriedad, Impugnación General.- Clasificaciones Doctrinarias del Acto Administrativo: Por su relación la decisión; Por la expresión de la voluntad.-

Introducción

El silencio administrativo es una de las categorías jurídicas del Derecho Administrativo, régimen jurídico de la función administrativa, y ello implica, sin duda alguna, su estrecha vinculación con el Estado.

La Constitución Política de la República del Ecuador –en adelante C.P.- establece, en su artículo primero, que el Ecuador es un "**Estado de Derecho**" y ello comporta la existencia de una sociedad jurídicamente organizada a través de un "escalonamiento normativo formal"⁵ liderado por la Constitución y bajo ella un conjunto de Leyes que buscan la más plena realización del ser humano.

En la estructura de los Estados modernos uno de sus pilares fundamentales es el principio de la "división de funciones". El numeral primero del artículo 118 de nuestra Constitución lo sintetiza de la siguiente manera: "Son instituciones del Estado: 1) Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial (...)". Cada función tiene tareas particulares pero todas administran la *res publicae* teniendo como referente el Derecho Administrativo.

⁵ Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 87.

Como lo mencioné en el epígrafe anterior, las tres funciones del Estado tienen por misión administrar; entonces, qué es la **función administrativa**?. Etimológicamente la palabra “función” proviene del latín *functio* que significa “actuar” y “administrar” del latín *administrare* que significa “servir”. De ahí que la “función administrativa” es una actuación encaminada hacia un propósito, servir y ese servicio sólo se puede entenderse en términos del “bien común”⁶. Doctrinariamente dos aspectos se han desarrollado en torno a la función administrativa: **a) Aspecto sustancial u objetivo**, desde cuya perspectiva la función administrativa “(...) es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano u agente que la realice (...)”⁷ ; y, **b) Aspecto orgánico o subjetivo**, según el cual la función administrativa es un conjunto de órganos estatales o no estatales encargados de cometidos estatales⁸.

El Estado, sujeto de derechos y obligaciones, para alcanzar el bien común -fin- a más de funciones requiere de organismos⁹, instituciones y entidades -

⁶ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 138.

⁷ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 138.

⁸ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 139.

⁹Para Patricio Secaira Durango el organismo “(...) se equipara a la persona física, es el Estado concebido como una persona jurídica con capacidad para contraer derechos y obligaciones, que funciona por medio de un gran aparato administrativo compuesto por distintos órganos, los cuales a su vez representan al Estado pero siempre dentro de las competencia que este mismo les asigna en la Constitución y en la Ley. El organismo es lo general, lo superior; el órgano lo particular que está subordinado al primero. El organismo para funcionar establece órganos con competencias específicas. El órgano no puede funcionar

denominados genéricamente **administración pública** -, y estos a su vez están integrados por órganos, institutos y entes. La Administración Pública - brazo ejecutor del Estado- al incrementar su intervención y complejidad requiere de organización.

La **organización administrativa** para Roberto Dromi, es un "(...) conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa (...)"¹⁰. De ésta definición, especial atención merece, por su relación con el tema materia de estudio, el entender el significado del término "competencia".

La **competencia** es un conjunto de atribuciones, facultades y deberes, establecidos por la Constitución y por las Leyes, ejercidos en forma obligatoria por los órganos estatales - administradores públicos -; en otras palabras, el Estado tiene poder o *potestas publicae* distribuido en competencias entre sus diferentes órganos. De lo dicho, la competencia es: **a) objetiva o expresa,**

si no existe un organismo al que representa en tanto que el organismo no puede desplegar su actividad sino exclusivamente por medio de sus órganos (...)" . Tomado de Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004; Pág.:104.

La Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 118 determina cuáles son los organismos del Estado.

¹⁰ Roberto Dromi "Derecho Administrativo", Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 521.

porque nace de la Constitución y de la Ley; **b) obligatoria**, porque los administradores públicos deben acatarla; **c) no prorrogable o indelegable**, porque atiende el bien común; e, **d) irrenunciable**, porque se refiere a la competencia del órgano y no a la voluntad del hombre.

Por existir competencias asignadas en distintos niveles, me referiré a la **jerarquía**. La jerarquía “(...) es el vínculo piramidal de la interrelación que guardan los órganos administrativos en relación de subordinación, coordinación y supraordenación (...)”¹¹. Por tanto, la competencia y la jerarquía son dos principios de la organización administrativa que responden a las preguntas de qué y a quién le compete tal o cual tarea.

Como lo indiqué anteriormente cada órgano o ente tiene competencias derivadas de la Constitución y de la Ley; competencias que se manifiestan a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos, contratos y reglamentos administrativos.

En lo particular, por su vinculación con el tema que motiva este estudio, me referiré al acto administrativo .

Definición de Acto Administrativo:

¹¹ Roberto Dromi “Derecho Administrativo”, Ed. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 522.

Para Roberto Dromi y Agustín Gordillo el acto administrativo es la declaración unilateral de la voluntad del órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa con relación a los administrados o a terceros destinatarios del acto¹².

De tal definición deviene la vinculación que existe entre "acto administrativo" y "función administrativa" pues para que el primero sea tal, a más de otros requisitos que serán analizados posteriormente, es condición indispensable que resulte del ejercicio de la función administrativa cual "(...) institución productora – si es que puede usarse esa terminología- (..)"¹³. Queda bien sentado, entonces, que en mi concepto "(...) el acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce (...)"¹⁴.

¹² La doctrina, con relación a las definiciones de acto y función administrativa, no ha llegado a un punto de comunión, así al acto administrativo le otorgan una definición mas bien orgánico - subjetiva en tanto que a la de función administrativa un sentido material o substancial. Para ilustrar tal contradicción conceptual, Agustín Gordillo cita un ejemplo referente al efecto que origina el nombramiento y remoción del mismo empleado en dos órganos del Estado: Si el empleado integra la Función Judicial, su nombramiento o remoción es función administrativa pero no acto administrativo; pero si el mismo empleado integra la Función Administrativa, entonces su nombramiento o remoción es acto y función administrativa; originándose, con ello, que no exista "(...) un mismo fundamento que pueda decidir en ambos casos el por qué considerar en un aspecto iguales y en otros desiguales actos totalmente idénticos (...)"¹². Por ello, la solución a este problema está en entender a la función y al acto administrativo sea orgánica o materialmente.

¹³ Agustín Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III, Edi.IV, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1999, Pág.: I-7.

¹⁴ Agustín Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III, Edi. IV, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1999, Pág.: I-15.

Resulta, también, parte de éste análisis el diferenciar los actos de la administración de “simple administración o de gestión” de los “actos administrativos”. Los primeros “(...) consisten en la actividad de la administración (...) en ejercicio de la función administrativa, que surten efectos individuales pero en forma indirecta (...) pueden ser dictámenes e informes, y pueden (sic) ser dictados por la misma autoridad en cuyo caso será interna, o de otras entidades en cuyo caso será interorgánica (...)”¹⁵. En tanto los segundos, generan, como ya lo mencioné, efectos jurídicos en forma directa, es decir “(...) los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo (...) y por sí solos”¹⁶ sin necesidad que una voluntad esté destinada a originarlos pues provienen del orden normativo como consecuencia del acto¹⁷.

Requisitos del Acto Administrativo:

El acto administrativo, de la misma manera que los actos en el derecho privado, debe ser válido y para que tenga validez requiere de ciertos requisitos esenciales:

¹⁵ René Bedón, “Monitoreo de Normas y Sentencias”, Tomo II, Edit. Publicación de la Fundación Hacia la Seguridad – Imperio de la Ley, Diciembre/2004, Pág.: 125.

¹⁶ Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Edi. IV, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1999, Pág.: II-4.

¹⁷ Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Edi. IV, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1999, Pág.: III-43.

a) Competencia¹⁸ o elemento subjetivo, es el conjunto de facultades y obligaciones que debe ejercer legítimamente el órgano o ente para conocer, procesar y resolver los asuntos que le han sido legalmente atribuidos¹⁹ en virtud de la materia, territorio, tiempo o el grado – éste a su vez considera la actividad, ámbito espacial, temporal o la posición que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica -.

Por ser la competencia un elemento de validez del acto administrativo, si éste es emitido por una autoridad incompetente; entonces, tal manifestación de voluntad administrativa adolecería de nulidad absoluta.

b) Voluntad o elemento objetivo, Guillermo Cabanellas de Torres entiende por voluntad el deseo, la intención o la determinación.

La voluntad administrativa está integrada por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador; pudiendo aparecer vicios de la voluntad –error, fuerza o dolo- “(...) tanto en la misma declaración

¹⁸ “(...) El concepto de competencia, propio del derecho público, es análogo al de capacidad en el derecho privado, pero no idéntico. Se diferencian en que , mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma (...)”. Tomado de Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 241.

¹⁹ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires –Argentina, 1998, Pág.: 241; en relación con lo mencionado por Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 181.

(formalmente), en el proceso de producción de dicha declaración (objetivamente), como en la voluntad intelectual (subjétivamente) del funcionario que produjo la declaración (...)²⁰.

La manifestación de la voluntad administrativa puede ser: **b.1) expresa** cuando es directa, en forma clara -oral o escrita- y terminante. El silencio administrativo puede o no ser considerado como una forma expresa de voluntad?. Para Ernesto García – Trevijano Gárnica, puede ser una forma expresa cuando los contratantes estipulan que la inactividad de una de las partes, en un determinado período, tiene un significado concreto²¹; **b.2) tácita** cuando la voluntad se deduce de ciertos hechos o circunstancias que permiten entender, indirectamente, que concurre la voluntad²². En este caso también cabe preguntarse si el silencio administrativo puede ser una forma de manifestación tácita de la voluntad?. Para Roberto Dromi “(...) la

²⁰ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 247.

²¹ Ernesto García- Trevijano Garnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990, Pág.: 71.

Ya en nuestra legislación, los contratos de participación celebrados entre PETROECUADOR y los inversionistas suelen incluir entre las obligaciones de la primera una que diga: "(...) Atender oportunamente las solicitudes, propuestas o requerimientos de la Contratista (...) PETROECUADOR deberá pronunciarse sobre las solicitudes, propuestas o requerimientos, dentro de los términos o plazos establecidos para cada caso y cuando no se los hubiere especificado, dentro del término establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización (...) contado desde que PETROECUADOR reciba la respectiva solicitud o requerimiento de la Contratista (...)".

²² Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, Pág.:23.

voluntad es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo²³, en cuyo caso asevera el mencionado autor el "(...) silencio es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad (...)"²⁴; **b.3) implícita** es la voluntad que se deduce de actos expresos no dirigidos a tal fin; varios autores consideran que esta tipología de manifestación integra la manifestación tácita y para otros es considerada independientemente; **b.4) directa o indirecta**, según Betti, es **directa y explícita** cuando la manifestación de voluntad se produce e **indirecta** cuando permite colegir una toma de posición vinculante respecto a ciertos intereses ajenos²⁵; **b.5) presunta** es aquella que deriva de la Ley y se produce cuando a determinadas conductas la Ley les otorga ciertas consecuencias. Es preciso determinar si el silencio administrativo constituye o no una manifestación presunta?. Para algunos autores el silencio administrativo puede integrar esta categoría siempre y cuando la Ley reconozca tal efecto a la conducta pasiva de la administración²⁶.

²³ Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Ed. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 248.

²⁴ Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Ed. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 248.

²⁵ Gustavo Penagos, "El Silencio Administrativo", Ed. I, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, Pág.:27.

²⁶ Ernesto García- Trevijano Garnica, "El silencio administrativo en el derecho español", Edit. Civitas, Madrid- España, 1990, Pág.: 72-73. Obra citada por Gustavo Penagos, "El Silencio Administrativo", Ed. I, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, Pág.: 28.

c) Objeto, contenido o finalidad, Patricio Secaira, ministro del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, con sede en Quito, en su "Curso Breve de Derecho Administrativo", explica que el objeto del acto administrativo es "(...) señalar el alcance o el propósito de la resolución (...), para crear un efecto jurídico y práctico determinado (...)"²⁷, el objeto así concebido debe reunir ciertas características; es decir debe ser lícito, cierto, posible - física y jurídicamente- y determinado.

De manera general, el fin último de los actos administrativos es el bien común.

d) Causa o motivación, elemento esencial del acto administrativo, es la exposición de las fundamentos de hecho y de derecho que debe establecer el administrador público para tomar una decisión²⁸. Según la C. P. constituye un derecho la motivación de los actos administrativos (Art. 24, numeral 13, de la C.P. en relación con el Art. 31 de la LM) y según el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Administrativa²⁹ - en adelante

²⁷ Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 187.

²⁸ Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 185.

²⁹ Es preciso establecer el alcance del ERJAFE, para responder a esta pregunta me remitiré a su Art.1: "El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva".

Según el Art. 2 ibídem la Función Ejecutiva comprende: **a)** La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes y adscritos a ellas; **b)** Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes y adscritos a ellos; **c)** Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia,

ERJAFE- la falta de motivación de un acto administrativo da lugar a su nulidad absoluta.

La razón de la procedencia de los actos, generalmente es una necesidad.

e) Procedimiento y formalidad, para que un acto administrativo tenga plena eficacia y valor jurídico la autoridad pública está obligada a seguir un conjunto de normas procedimentales previo a su emisión; caso contrario, podría originarse su nulidad siempre que la omisión afecte sustancialmente a la decisión³⁰. En cambio, el requisito de la forma es todo aquello que recubre la esencia del acto³¹; por ejemplo, el acto administrativo para ser formal debe: ser escrito; indicar el lugar y fecha de emisión; contener una

Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; **ch)** Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central. Los órganos comprendidos en los literales a) y b) integran la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

Además determina que “(...) La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus propia leyes y reglamentos especiales (...)”.

Finalmente establece su **alcance supletorio** para las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales.

³⁰ Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 187.

³¹ Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 188.

parte expositiva, una motiva y otra resolutive; ser firmado por la autoridad competente indicando su cargo.

f) Plazo, el Código Civil define al plazo como la fecha en que se cumple con una obligación; entonces, dentro del plazo que señala la Ley las autoridades públicas están constreñidas a decidir sobre el asunto sometido a su conocimiento.

g) Publicidad, elemento relacionado con la eficacia del acto por ser posterior a su emisión, para el profesor Guillermo Cabanellas de Torres publicar es dar a conocer o difundir lo impreso³². Entonces, para que el acto sea eficaz debe ser dado a conocer a él o los interesados.

La publicidad puede ser mediante notificación o mediante su promulgación en el Registro Oficial.

De lo anotado se concluye que todo acto administrativo debe reunir los requisitos de validez³³ y de eficacia³⁴.

³² Guillermo Cabanellas de Torres, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo IV, Edit. Heliasta, Edi. XXIII, Madrid - España, 1994; Pág.: 60.

³³ El incumplimiento de un requisito de validez ocasiona la nulidad del acto administrativo.

³⁴ Patricio Secaira Durango explica respecto de las diferencias entre validez y eficacia lo siguiente: "(...) La validez del acto administrativo se refiere a su sustancia, a su ser esencial (...) es la cualidad de idoneidad que recubre al acto al momento de ser emitido que le permite exteriorizar sus efectos jurídicos. La eficacia del acto administrativo en cambio es el mecanismo por el cual la administración pública logra

Características del Acto Administrativo:

Todo acto válido y eficaz tiene los siguientes caracteres: **a) se presume su legalidad o legitimidad**, consecuencia del principio de legalidad "(...) es aquella característica por medio de la cual se considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico(...)"³⁵ mientras no se establezca judicialmente que tal acto fue emitido contrariando la norma. Este principio, recogido por el artículo 68 del ERJAFE es substancial en toda la estructura administrativa porque permite que el administrado pruebe que el acto administrativo no es legítimo; **b) se presume su ejecutoriedad**, relacionada con la presunción precedente, ésta "(...) permite a la administración cumplir materialmente sus decisiones (...)"³⁶ desde su notificación. Al respecto, el doctor Patricio Secaira señala que ésta presunción se refiere a la eficacia del acto administrativo pues "(...) sólo un acto con eficacia jurídica puede ser ejecutado materialmente (...)"³⁷; y, **c) impugnabilidad general de los actos**

hacer efectiva su voluntad expresada en su decisión; por tanto es la aptitud administrativa encaminada a que se cumpla lo dispuesto. Sólo el acto administrativo eficaz tiene la capacidad de permitir el nacimiento del vínculo jurídico entre los sujetos relacionados con la actividad administrativa de que se trate; esto es entre la administración y el administrado (...). Tomado de Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 190-191.

³⁵ Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 181.

³⁶ Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 182; en relación con lo señalado por Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Edi. VII, Edit. Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág.: 257.

³⁷ Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág.: 183.

administrativos, significa que todos los actos administrativos son susceptibles de impugnación ante el órgano competente de la función judicial. La Constitución ecuatoriana, en su artículo 196, recoge este principio de la siguiente manera: “Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determine la Ley”.

Clasificaciones Doctrinarias del Acto Administrativo:

Definido el acto administrativo, sus elementos de validez y eficacia y determinado el efecto general que producen; debo precisar las diversas clasificaciones doctrinarias del acto administrativo, atendiendo, lógicamente, al objeto materia del presente estudio: **a) Por su relación con la decisión**, puede un acto administrativo ser preparatorio – actos de simple administración-, de trámite o definitivo. Para Ana Cadena Barreto, esta clasificación es importante porque permite determinar que un acto administrativo es definitivo cuando decide directa o indirectamente sobre el fondo del asunto³⁸; **b) Por la expresión de la voluntad**, existen los actos administrativos: expresos, tácitos y presuntos. Un acto administrativo es expreso cuando se exterioriza; es tácito cuando la abstención de la administración –silencio administrativo -, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto

³⁸ Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988, Pág.: 17.

administrativo; y es presunto³⁹ cuando el ordenamiento jurídico presume ciertos efectos como respuesta a la inercia de la administración⁴⁰. Por ejemplo, en nuestra legislación, el artículo 28 de la LM, establece un acto administrativo presunto favorable a la petición o queja del administrado ante el silencio de la administración.

⁴⁰ Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, Pág.:7.

CAPITULO SEGUNDO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Título I

Principios Constitucionales en que se Ampara el Silencio Administrativo: Legalidad en concordancia con el principio de responsabilidad; Derecho a la Seguridad Jurídica; Derecho a Resoluciones Motivadas; Derecho a la Tutela Judicial Efectiva; Derecho de petición.- Connotación Jurídica del Incumplimiento de la Obligación de Resolver.- Viabilidad de la Petición: Capacidad del peticionario; Competencia del funcionario a quien se dirige; Objeto Lícito; Causa Lícita.-

Título II

Definición de Silencio Administrativo.- Elementos: Omisión del deber de resolver; Dentro del plazo legal; Peticiones de los administrados; Aceptación tácita o remedio procesal.- Fundamentos.- ¿A favor de quién está previsto el silencio administrativo?.- Naturaleza Jurídica: Tratamiento unitario de la institución; Desde el punto de vista de los efectos.- Características: Silencio administrativo positivo; Silencio administrativo negativo.- Clasificación: Criterio de la oportunidad; En función de los efectos que produce.-

Título III

Silencio Administrativo de Efectos Negativos.- Fundamentos.- Trayectoria (Base Legal).- Análisis del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.-

Título IV

Silencio Administrativo Positivo.- Fundamentos.- Trayectoria (Base Legal).- Situación actual del silencio administrativo; Análisis del artículo 28 LM; Análisis Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; Análisis del Sistema del Código Tributario de 1975 y de la Codificación del Código Tributario del 2005; Análisis del artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas.- Efectos: Nacimiento de un acto administrativo; Nacimiento de un derecho autónomo; Pérdida de la competencia del funcionario; Derecho a la ejecución de lo ganado mediante silencio.-

El Silencio Administrativo en la Legislación Ecuatoriana

Título I

Principios constitucionales en que se ampara el silencio administrativo en la legislación ecuatoriana:

El artículo primero de la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce al Ecuador como un Estado de Derecho y ello comporta, según O. Von Gierke, la “(...) unidad del Estado y el Derecho (...)”⁴¹, que el poder estatal está vinculado a determinados principios o valores jurídicos superiores positivizados⁴², en el texto constitucional, que miran la realización de los derechos fundamentales de las personas como principio y fin de su existencia.

En virtud de lo señalado y considerando que el silencio administrativo es una institución garantista debo comenzar analizando los postulados constitucionales que impregnan todo el sistema jurídico de unidad y que a la vez permiten la creación de normas que hagan viable su aplicación. Nuestra Constitución, con relación al tema materia de estudio, ampara los siguientes principios: el principio de legalidad (Art. 119 de la C.P.) en concordancia con el

⁴¹ Zavala Egas, Jorge, “Derecho Constitucional”, Tomo I y II, Ed. I, Edi. Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002; Pág.: 34.

⁴² Benda, Maihofer, Vogel y otros, “Manual de Derecho Constitucional”, Edi. II, Edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2001, Pág.: 490.

principio de responsabilidad de los funcionarios públicos (Art. 120 C.P.); derecho a la seguridad jurídica (Art. 24, numeral 26); derecho a resoluciones motivadas (Art. 24, numeral 13); derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24, numeral 17) y el derecho de petición (Art. 23, numeral 15).

- **Principio de legalidad o de primacía y reserva de la Ley:** Este principio significa que la manifestación de la actuación administrativa debe sujetarse, sin excepción alguna, al ordenamiento jurídico. La tradicional construcción doctrinaria surgida en torno al principio de legalidad considera que éste comprende: Por una parte, la primacía o preferencia de la Ley con respecto de cualquier otra norma; y, por otra que el administrado puede prever, medir o calcular anticipadamente las reacciones del Estado ante su comportamiento –reserva de la Ley-⁴³.

La Constitución ecuatoriana, no ajena a las modernas tendencias, establece el principio de legalidad –de primacía o de reserva de la Ley- en su artículo 119, de la siguiente manera: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común (...)”. Entonces, la administración pública no puede simple y

⁴³ Benda, Maihofer, Vogel y otros, “Manual de Derecho Constitucional”, Edi. II, Edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2001, Pág.: 502.

llanamente manifestar su voluntad "ad libitum" sino que ésta debe ser concebida jurídicamente para garantizar, en lo particular, la aplicación de los derechos y en lo general la supervivencia misma del Estado.

El principio de legalidad a más de evitar la arbitrariedad y la injusticia, le otorga al administrado la seguridad y certeza de saber que las actuaciones de la administración pública deben seguir un procedimiento preestablecido por el mismo ordenamiento jurídico y que aún frente a ellas tiene el legítimo derecho de reclamar, de recurrir, de quejarse o de hacer pedidos, para proteger sus intereses o derechos vulnerados y que los administradores públicos tienen como contrapartida la obligación constitucional de atender los pedidos oportunamente.

No hay dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad⁴⁴ por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, según lo establece el artículo 120 de la C.P.. Entonces, si en virtud del principio de legalidad los administradores públicos (autoridades) tienen competencias derivadas de la Constitución y de la Ley y si tales cuerpos normativos establecen, por ejemplo, el derecho de petición en favor de los administrados; tales autoridades deben cumplir con sus deberes y absolver las peticiones oportunamente.

⁴⁴ Para el Diccionario Jurídico de Escriche la responsabilidad es "la obligación de reparar y satisfacer por sí ó por otro cualquier pérdida ó daño que se hubiere causado á un tercero"; y responsable es "el que está obligado a responder ó satisfacer por algún cargo (...)".

El panorama jurídico - administrativo sería perfecto si todas las autoridades cumplirían con su obligación de absolver peticiones pero qué pasaría si por negligencia, impericia, “recarga de trabajo” u “olvido” no lo hacen?. El incumplimiento de las obligaciones, sin considerar el motivo, según se desprende del texto constitucional, les originaría responsabilidades (Art. 120 de la C.P. en relación con los Arts. 28 y 33 de la LM: **a) civiles**, traducidas en el resarcimiento de daños y perjuicios (Art. 20 de la C.P.); **b) administrativas**, destitución del cargo (Art. 33 de la LM); **c) penales**, que comprenden multa de cuarenta a cien sucres y prisión de uno a seis meses. (Art. 212 del Código Penal). Lo señalado sin perjuicio de que otras normas (Art. 77 de la LOA., 85 de la LOGGE) también establezcan sanciones para los funcionarios morosos en el cumplimiento de sus obligaciones.

- **Derecho a la seguridad jurídica:** El numeral 26 del artículo 23 de la Constitución ecuatoriana establece **el derecho a la seguridad jurídica**. Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define a la seguridad jurídica como “(...) la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos en cada momento sepan cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de sus gobernantes pueda causarles perjuicio (...)”. En cambio para Rudolf Streinz “(...) la seguridad jurídica consiste en la
-

confiabilidad del orden jurídico con los aspectos de la sujeción de todos los poderes del Estado a la Ley y la aplicación uniforme de la misma (...)»⁴⁵.

Sobre esta garantía constitucional sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, manifiestan que el concepto de seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y la de terceros e implica además que el orden jurídico proscriba cualquier práctica, en el ejercicio del poder, que conduzca a la incertidumbre⁴⁶.

En definitiva, la búsqueda de la seguridad jurídica constituye función propia del Derecho y ello se traduce en: **a)** el conocimiento y la certeza que tiene el administrado al contar con un marco jurídico que le permita prever el ámbito de operación de la actuación administrativa y de sus propios actos; y, **b)** tener confianza en las instituciones públicas y en el orden público en cuanto garantes de la paz social⁴⁷.

- **Derecho a resoluciones motivadas:** Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas; de esta manera, el numeral 13 del artículo 24 de la C.P, recoge **el derecho a la**

⁴⁵ Zavala Egas, Jorge, “Derecho Constitucional”, Tomo I, Ed. I, Edi. Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002; Pág.: 157.

⁴⁶ Jurisprudencia de Casación, “Gaceta Judicial Serie 17 N. 11”, Pág.:3428.

motivación de las resoluciones. En concordancia con lo señalado el artículo 31 de la LM preceptúa que: “(...) La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo (...)” y el artículo 122 del ERJAFE prescribe que: “(...) La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente de éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución (...)”.

- **Derecho a la tutela judicial efectiva:** El numeral 17 del artículo 24 de la C.P., al igual que la constitución española e italiana, reconoce el derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva; en virtud del cual toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. Entonces, según el texto constitucional, este derecho comprende tres momentos de eficacia: **a) Antes de iniciar la acción:** en cuyo caso se refiere al derecho a acceder, derecho que de ninguna manera puede entenderse en el sentido de que es un deber ineludible del juez el dar la razón a la parte que formula su queja⁴⁸; **b) Durante la acción:** implica el derecho a la legítima defensa; y, **c) Dictada la sentencia:** está el derecho a la

⁴⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La Seguridad Jurídica” en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Edi. De Palma, Buenos Aires – Argentina, 1998; Pág.: 207.

⁴⁸ Jurisprudencia de Casación, “Gaceta Judicial Serie 17 N. 11”, Pág.:3428.

ejecución de la sentencia. En otras palabras, la legislación ecuatoriana, a través del derecho a la tutela judicial efectiva protege un conjunto de derechos, formulados como garantías procesales, para posibilitar que toda persona, vulnerada en sus derechos, plantee una demanda⁴⁹, que tenga un contradictor legítimamente defendido y por último que la sentencia sea ejecutada.

Especial importancia tiene este derecho con relación al tema materia de estudio pues, como se verá en lo posterior, el silencio administrativo de efectos negativos garantiza que el administrado acceda al órgano jurisdiccional competente para reclamar por sus derechos.

- **El derecho de petición:** Para Guillermo Cabanellas de Torres es “(...) la facultad que algunas Constituciones conceden a todos los ciudadanos para dirigir peticiones a los poderes públicos, en forma individual o colectiva”⁵⁰. La doctrina identifica éste derecho desde dos perspectivas: **a)** primero como la facultad, universal e inviolable de toda persona para dirigirse a la administración pública y requerir de ella una decisión oportuna; y, **b)** también como el antecedente mediato del silencio administrativo.

⁴⁹ Juan Fernando López Aguilar y otros, “Derecho Constitucional”, Vol. II, Edi. II, Edit. Tecnos, Madrid-España, 2003, Pág.: 213.

⁵⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, “Diccionario Jurídico Elemental”, Edi. 16, Edit. Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 2003, Pág.:121.

Modernamente, el derecho de petición constituye un precepto intrínseco a toda “democracia constitucional”⁵¹; pues, a través de su ejercicio el administrado tiene derecho a quejarse, a controlar a los poderes públicos, a acudir directamente a quienes administran la cosa pública; de lo contrario, el sistema democrático se invalidaría ipso facto.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé el derecho de petición a partir de la Constitución de 1835 (Constitución de Ambato)⁵²; desde entonces la concepción de éste derecho ha presentado las siguientes variantes: **a)** Generalmente, se ejercía individual o colectivamente pero nunca a nombre del pueblo; **b)** Las Constituciones de 1945 –inclusive su reforma- y la de 1967 establecieron, como una garantía del administrado, que la solicitud debía ser atendida dentro del plazo de treinta (30) días; y, **c)** La Constitución de 1998 nada dice respecto del ejercicio individual o colectivo del derecho de petición y en cuanto al plazo para resolver, acertadamente, se remite al fijado por la Ley.

La Constitución Política de la República del Ecuador vigente desde 1998 reconoce, en el numeral 15 de su artículo 23, el derecho civil de petición como el “derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en

⁵¹ Término empleado por Carlos Santiago Nino, “La constitución de la democracia deliberativa”, Edit. Gedisa, Barcelona – España, 1997.

⁵² Juan Larrea Holguín, “Derecho Constitucional”, Ed. IV, Edi. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2000. Pág. 172-173.

ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”.

Para comprender en su total sentido el derecho de petición, me permito analizar, atendiendo el sentido natural y obvio de las palabras y la definición legal, tres términos de la norma constitucional: dirigir, recibir y plazo.

Para el Diccionario Larousse, **dirigir** es “destinar unas palabras (...) por escrito a alguien”; **recibir** es “(...) tener entre las manos lo dado o enviado (...)” y **plazo**, según el artículo 1537 del Código Civil, es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Entonces, el derecho de petición comprende, a su vez, dos derechos fundamentales: **a)** el derecho de la persona, en ningún caso en nombre del pueblo, para dirigirse, acudir, destinar unas palabras, quejarse por escrito – formalidad propia de nuestro sistema- ante el órgano competente determinado por la Constitución y la Ley; y, **b)** el derecho, de quien se queja, a recibir, a obtener una respuesta motivada (Art. 24, numeral 13, de C.P.) y en la época que se fije, a su pedido.

No está por demás recordar que, el derecho a obtener una respuesta no significa que la administración esté obligada a pronunciarse

favorablemente ante la solicitud; pero sí, su obligación de recibir los pedidos, de remover los obstáculos que impidan la suspensión de su trámite, de emitir una resolución fundamentada y atinente al fondo de la pretensión del administrado y de notificarlo durante el plazo previsto por la Ley; el incumplimiento de estas obligaciones acarrea al órgano administrativo las sanciones administrativas, civiles y penales previstas por el artículo 212 del Código Penal⁵³ en concordancia con el inciso segundo del artículo 28 de la LM..

Según lo mencionado, para que la administración pública haga efectivo el derecho de petición debe:

- 1) Recibir todas las peticiones que se le formulen** como paso previo para el ejercicio del derecho del administrado. En tal sentido, el artículo 114.1. en concordancia con el artículo 114.2 del ERJAFE establecen que es obligación de la Administración Pública Central e Institucional que dependen de la Función Ejecutiva “(...) recibir todas las peticiones o solicitudes (...)” que se le presenten aunque estas no cumplan con los requisitos de Ley.

⁵³ “**Art. 212.- Impedimento del ejercicio del derecho de petición.-** Será reprimido con multa de cuarenta a cien sures y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición”.

Los artículos señalados si bien limitan su ámbito de aplicación solo a un sector de la administración pública; soy del criterio que la obligación de “la recepción de toda solicitud” derivada del derecho constitucional de petición vincula a todo funcionario público sin consideración del organismo al que pertenece considerando que los derechos constitucionales son de aplicación directa e inmediata (artículo 18 de la C. P.). Por ejemplo, si en mi calidad de ex - gerente general de “Mi Trámite S.A.” me dirijo a la Superintendencia de Compañías y solicito me proporcionen copias certificadas de los balances de liquidación de una compañía, los funcionarios de dicha institución de control están en la obligación de recibir el pedido aunque tal función no se haya asignado a ninguno de ellos en particular.

Del ejemplo propuesto surgen dos preguntas: **a)** Qué ocurre con el funcionario que se niega a recibir las peticiones?, la negativa a la recepción de una solicitud es una violación al derecho constitucional de petición y el artículo 28 de la LM ante estos casos establece expresamente sanciones administrativas - cuya aplicación deja mucho que desear- (Art. 33 de la LM) y penales (Art. 212 del Código Penal) sin perjuicio de las acciones civiles; **b)**Cuál es la alternativa legal para el peticionario en aquellos casos en que el funcionario se niega a recibir las peticiones?, el mecanismo jurídico que la Ley

prevé para los casos de negativa a la recepción de las peticiones lo encontramos en la Ley Notarial en su artículo 18, numeral 16, según el cual es atribución de los notarios: "Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos (...) por parte de los funcionarios públicos (...)". En la razón el notario "(...) deja constancia de que ha sido presentada la solicitud administrativa, de la fecha de presentación, de que ha declarado de viva voz su contenido, de la negativa del administrador a recibirla, de que incorporará a su protocolo público la petición no admitida a trámite y de que hace conocer al funcionario público de este particular (...) "⁵⁴ como consecuencia de ello, el plazo para resolver correrá a partir de la fecha del acta notarial.

2) La administración debe adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen la tramitación de las peticiones de los administrados; obligación que, a más de ser consecuencia de la aplicación del derecho constitucional de petición también se encuentra reconocida por el ERJAFE en su artículo 114.1⁵⁵. Si la administración debe remover

⁵⁴ Edgar Neira Orellana, "Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos", Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 136.

⁵⁵ **"Art. 114 del ERJAFE: Responsabilidad de la Tramitación: 1.-** Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la, Administración Pública Central que tuvieran a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos disponiendo lo necesario para evitar y

los obstáculos tampoco puede crear impedimentos como aquel de "exigir" a los interesados para el despacho de sus peticiones "otros requisitos" que no sean los establecidos en la Ley (artículo 18 de la LM en relación con el 114.2 del ERJAFE), ni peor aún suspender la tramitación de una petición (primer inciso del artículo 28 de la L.M en concordancia con el Art. 114.1 del ERJAFE).

A pesar de lo mencionado, en cuanto a la suspensión del trámite el ERJAFE (Art. 115.5), norma estatutaria, en contradicción con sus propias normas y con la Ley de Modernización establece que el transcurso del plazo para resolver y notificar una resolución *puede suspenderse* en los siguientes casos: **a)** cuando la administración requiera al interesado aportación de documentos u otros "elementos de juicio necesarios"; **b)** cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean "determinantes del contenido de la resolución"; y, **c)** cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis dirimentes propuestos por los interesados durante el tiempo necesario para su incorporación. Norma que deja en manos del administrador público el decidir cuáles son los "elementos de juicio" o

eliminar toda anomalía o retraso en la tramitación de procedimientos (...). Adicionalmente, los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración Pública Central en la tramitación de los procedimientos administrativos no suspenderán el curso de dicho procedimiento por la falta de requisitos formales, en cuyo caso solicitarán de oficio al ciudadano que complete su petición o escrito, siendo obligatorio el despacho del procedimiento administrativo. "

los informes "determinantes" para el contenido de la resolución y que limita el ejercicio del derecho del petición de los administrados.

En relación con los informes técnicos el artículo 30 de la LM establece que: cuando una disposición legal o reglamentaria expresamente requiera, para la adopción de una disposición, de informes de entidades afines y tales órganos no los expiden en los términos prefijados, o en su ausencia, dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento; entonces, el encargado del procedimiento o el mismo peticionario deben pedir las evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública, a entes públicos o a centros universitarios dotados de capacidad técnica equivalente.

Qué pasa si el funcionario impide, dificulta, retrasa o suspende la tramitación de una petición?, para estos casos el artículo 28 de la LM, otrora mencionado, establece sanción penal y administrativa sin perjuicio de las demás acciones que confieran las leyes.

- 3) Para que se entienda cumplida, en el término señalado por la Ley, la obligación de resolver, **la administración debe emitir una resolución administrativa fundamentada que responda a todas y cada una de las pretensiones del administrado contenidas en el**

pedido y así lo expresa categóricamente el numeral 1 del artículo 156 del ERJAFE cuando dice: "La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo (...)" ; siendo la renuncia de derechos, el desistimiento, la caducidad y la imposibilidad material de continuarlo las únicas causas legales por las cuales la administración no emita resolución atinente a las pretensiones del peticionario. En cualquier otro caso, de no cumplirse con la obligación materia de análisis, se daría lugar a que opere el silencio administrativo respecto al pedido no atendido por la administración.

- 4) La autoridad que emite el pronunciamiento entenderá cumplida su obligación de resolver solamente cuando **notifica⁵⁶ o da a conocer al peticionario la resolución recaída en el trámite dentro del plazo previsto por la Ley**; de no ser así, como lo recoge el doctor Galo Espinosa, en su Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa, el acto administrativo no estaría acabado "(...) porque

⁵⁶ El Diccionario Jurídico de Escriche define a la notificación como " el acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente, para que la noticia dada á la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda ó íntima, ó para que le corra el término (...)".

la notificación es, en cierto modo, la última fase de elaboración de un acto administrativo (...) sin ella, el acto no logra plena sustantividad (...)"⁵⁷.

El artículo 29 de la LM respecto de la notificación establece que siempre y cuando obre del proceso dirección para notificaciones las autoridades administrativas deben comunicar al administrado las resoluciones que se dicten (trámite o definitivas) por el medio que consideren más rápido o expedito. Por su parte el ERJAFE en el numeral 2 de su artículo 125 establece que un acto administrativo que no se notifica es ineficaz y el artículo 127, ibídem, que las notificaciones se practicarán por cualquier medio⁵⁸ que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante de la

⁵⁷ Galo Espinosa, "Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa", publicado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito-Ecuador, 1992, Pág.: 72.

⁵⁸ El ERJAFE respecto de los medios que se puede emplear para las notificaciones establece:

" **Art. 127 del ERJAFE: 2.-** En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar en que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación inicial se practique en el domicilio del interesado. De no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes; **3.-** Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización (...)".

resolución o el acto administrativo que afecten a sus intereses dentro de los términos de Ley.

Por otra parte, el artículo 28 de la LM señala como regla general que ***todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública*** deberá ser resuelto en un término no mayor de quince (15) días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. Este artículo si bien determina las consecuencias de la inercia de la administración en cuanto a reclamos, solicitudes o pedidos, no hace ninguna referencia a los “recursos en sede administrativa”.

Entonces, si presento un recurso de reposición, apelación o de revisión de un acto administrativo cabe o no silencio administrativo?. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 200 - 2002, publicada en el RO. No. 646 del 22 de agosto del 2002, correspondiente al caso Vásquez vs. Municipio de Riobamba, precisa que el artículo 28 de la LM abarca a todos los casos de solicitudes o pedidos a una autoridad y que por tanto “(...) no es aceptable que se pretenda que una reclamación administrativa subida en grado (refiriéndose al recurso de apelación), esté exenta de los efectos del silencio administrativo (...)”⁵⁹. Por mi parte, comparto el criterio mantenido por la

⁵⁹ Resolución N. 200 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el RO No. 646 del 22 de agosto del 2002; Pág.: 31.

jurisprudencia porque el derecho de petición es una expresión genérica que va más allá de las simples solicitudes y reclamaciones e incluye a los recursos en sede administrativa⁶⁰.

La regla general del artículo 28, en cuanto a los quince (15) días que tiene la administración para atender los pedidos –como término genérico-, tiene excepciones en otros cuerpos normativos, que a modo de ejemplo, cito a continuación: El artículo 4 de Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos establece un plazo (todos los días) de quince días para que la administración conteste; el artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas establece un término de veinte días (20) para dar lugar a la aceptación tácita; el Decreto Ley 05 en lo referente a reclamaciones tributarias establece que para que haya una aceptación tácita deben transcurrir ciento veinte (120) días sin que la administración tributaria resuelva el reclamo; y, el ERJAFE, en su artículo 177.2, establece que se entenderá favorable el recurso de apelación si en dos meses la administración no notifica ni resuelve dichos recursos⁶¹.

⁶⁰ Edgar Neira Orellana , “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 136.

⁶¹ En relación con lo señalado el Art. 115.4 del ERJAFE prescribe que la Administración Pública Central debe informar, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud, a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de la contestación a la petición.

Continuando con el análisis, el artículo 28 de la LM con relación al derecho de petición establece que: "(...) En todos los casos vencido el respectivo término **se entenderá** por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante (...)".

Quién "**entenderá**" es la pregunta que debemos plantearnos de la redacción poco clara de la Ley. Lo que el legislador debía decir es: **el peticionario podrá entender**. Entonces, la interpretación del texto legal atribuiría al peticionario la facultad discrecional de entender aceptado o no aceptado su pedido; ello en concordancia con lo previsto por el artículo 11 Código Civil -CC-, según el cual es válida la renuncia de un derecho (derecho de petición) siempre que se refiera al interés individual (del peticionario) y no este prohibida su renuncia (ninguna ley prohíbe la renuncia del derecho de petición). Ergo, el administrado no está obligado a entender que la solicitud o pedido ha sido aceptado.

En consideración de lo mencionado, puedo concluir que: **a)** el derecho de petición es un derecho civil -facultativo del administrado- que puede ejercerse por todo tipo de personas sean nacionales o extranjeros (Art. 13 de la CP); **b)** debe plantearse por escrito – formalidad propia de nuestro sistema- ante los órganos competentes previstos en el artículo 118 de la

Constitución; **c)** el contenido u objeto del derecho de petición no conlleva que lo solicitado por el administrado sea necesariamente aceptado; y que, **d)** la administración pública tiene la obligación de pronunciarse, ante el pedido, reclamo, solicitud o recurso del administrado, en el plazo legal y con la debida motivación.

Si bien es cierto la normativa ecuatoriana no establece un plazo uniforme para que la administración pública conteste las peticiones, ¿qué ocurre en la práctica con las autoridades y el Derecho de Petición?

En la práctica los primeros tienen una actitud reticente a atender las peticiones que se le formulan, ello constituye no sólo una vulneración del derecho civil de petición, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica sino también una fragante evasión de la obligación de resolver que tienen las autoridades públicas. Esa renuencia, según lo manifiesta el doctor José Maythaler, también se traslada a la negativa de los funcionarios públicos de aplicar la aceptación tácita que conlleva el silencio administrativo de efectos positivos; dice el jurista al respecto: "(...) Recuerdo que durante cierto tiempo la justificación que daban los funcionarios públicos del IESS para no aplicar la aceptación tácita, era que su entidad tenía autonomía administrativa; explicación que equivalía a decir, palabras más palabras menos, que al IESS no le tocaba aplicar las leyes ecuatorianas, sino sus propias regulaciones. Absurdo inmenso; pero absurdo que refleja el nivel de

resistencia que tuvo el silencio administrativo, y que lamentablemente subsiste (...)⁶² .

En virtud del antecedente mencionado, ante una solicitud, pedido, reclamo o recurso del administrado; la administración en la práctica puede: **a)** Resolver dentro del término que le otorga la Ley; **b)** Resolver fuera de plazo; **c)** No resolver. El primero de los supuestos configura el ideal constitucional de cumplimiento de obligaciones por parte de la autoridad administrativa pero tanto el enunciado **b)**⁶³ como **c)** rompen el precepto y ubican a la administración al margen del cumplimiento de sus obligaciones.

Connotación jurídica del incumplimiento de la obligación de resolver en la legislación ecuatoriana:

Conforme se ha analizado, del texto constitucional (Art. 23 numeral 15 de la CP) se desprende que las autoridades públicas tienen, como consecuencia de la aplicación del derecho petición, la obligación -vínculo de derecho- de resolver -emitir pronunciamiento y notificarlo- las peticiones de los administrados dentro del plazo legal; obligación que son renuentes a cumplir.

⁶² José Meythaler, “La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo”, “Iuris Dictio” Año III No. 7, Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Quito – Ecuador, 2003, Pág.: 139.

⁶³ Las consecuencias jurídicas de resolver extemporáneamente son analizadas con particular detenimiento en los referente a los elementos que configuran el silencio administrativo.

En este contexto, el silencio administrativo positivo, vigente desde 1993, vincula el derecho de petición con la obligación de resolver de la administración cual paliativo legal implementado para los casos de inacción de la administración. De ahí nace la verdadera connotación jurídica del incumplimiento de la obligación de resolver de la administración.

Viabilidad de la petición:

Para que el pedido –entendido genéricamente- de lugar al silencio administrativo debe reunir ciertos requisitos: **1)** capacidad del peticionario; **2)** competencia del funcionario a quien se dirige; **3)** objeto lícito; y, **4)** causa lícita.

1. **Capacidad del Peticionario:** El peticionario debe ser capaz en los términos del Código Civil –en adelante C.C.- es decir “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces” (Art. 1489 del C.C.). Inclusive el funcionario público, en virtud del principio de igualdad (Art. 23 numeral 3 de la CP.), tiene legítimo derecho de ejercer su derecho de petición en tanto en cuanto pida o solicite derechos personales –intuito persona- y no un derecho derivado de sus funciones como servidor público. De esta manera lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia al decir: “(...) un servidor público puede pedir que se atienda su reclamo de vacaciones no gozadas o de remuneraciones

no canceladas y la falta de respuesta oportuna a ellas se entenderá como el reconocimiento de su derecho (...)”⁶⁴ y agrega, tal petición sería improcedente si el funcionario solicita el reintegro a su cargo a pesar de haber sido separado de aquel por su propia voluntad, renuncia, supresión de partida, suspensión o destitución legítima.

2. **Competencia del funcionario a quien se dirige:** Para que una petición sea aceptada tácitamente, en virtud del acto presunto que genera el silencio positivo, ésta debe haberse dirigido a la autoridad con la atribución de resolver sobre el tema materia del pedido.

El artículo 87 del ERJAFE⁶⁵ establece como obligación del órgano administrativo, cuando fuere incompetente para el conocimiento y resolución del asunto materia del pedido, disponer el archivo del expediente con la debida notificación al peticionario; sin perjuicio de los derechos del peticionario para reclamar sus pretensiones ante el órgano competente. Presentada la solicitud ante autoridad

⁶⁴ Caso Sojos vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Resolución No. 279-2002 publicada en el RO. No.44 de 20 de marzo del 2003; pronunciamiento similar consta en la Sentencia No. 364 de 13 de Diciembre de 1999, publicada en el RO. No. 19 de 17 de febrero del 2000; en la Sentencia No. 274 de 21 de agosto de 2001, publicada en el RO No. 715 de 29 de noviembre del 2002 y en la No. 358, publicada en el RO No. 23 de 17 de febrero de 2003.

⁶⁵ Si bien el ERJAFE limita el ámbito de aplicación de ésta obligación, únicamente, a la Administración Pública Central; el requisito de que la petición esté dirigida al funcionario competente se extiende a toda la Administración Pública; así se colige de la aplicación del art. 18 de la Constitución como de la jurisprudencia (Resolución 200- 2002) citada.

incompetente cabe que el peticionario se beneficie del silencio administrativo? El citado artículo 87 dispone que no operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto. Típico caso de incompetencia de la autoridad sería si solicito al señor Ministro de Gobierno me otorgue su aprobación para la apertura de una farmacia.

La codificación del Código Tributario del 2005, en su artículo 78, establece dos alternativas cuando el órgano administrativo ante quien se presente la petición es incompetente: **a)** Si el órgano competente pertenece a la misma administración tributaria ante quien se presentó el pedido; entonces, debe declarar su incompetencia mediante providencia en un plazo de tres días y remitirlo ante la autoridad competente en un plazo de igual duración; **b)** Si el órgano competente forma parte de otra Administración Tributaria, el órgano incompetente debe devolver el pedido al interesado, con su respectiva providencia, en el plazo de tres días.

Ratificando lo señalado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha establecido como precedente jurisprudencial obligatorio que no se puede obtener derecho alguno

por silencio administrativo si la solicitud se dirige a autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado⁶⁶.

3. **Objeto Lícito:** Es también necesario que la petición tenga objeto lícito⁶⁷; es decir, debe ser posible, real y no contraria al orden público (Art. 1478 de la codificación del C.C del 2005)⁶⁸. Para ilustrar, un ejemplo, si bien puedo pedir al Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito que me venda la Plaza Grande, bien nacional de uso público⁶⁹, de la inatención de tal pedido en el plazo que señale la Ley no devendrá el silencio administrativo pues la petición contiene objeto ilícito de conformidad con el inciso segundo del artículo 1480 de la codificación del C.C del 2005 en concordancia con el inciso segundo del artículo 604 ibídem. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la

⁶⁶ Caso Juárez vs. Prefecto Provincial y el Procurador Síndico del Consejo Provincial del Azuay, Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero del 2003. Pronunciamiento similar lo encontramos en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre del 2002 y, entre otros, en la Resolución No. 200 publicada en el RO. No. 646 del 22 de agosto del 2002.

⁶⁷ Ernesto García Trevijano - Gárnica en relación con la posibilidad de lo pedido señala que: "(...) En segundo lugar el petitum debe referirse a algo posible y real, y no a algo inexistente o contrario al ordenamiento jurídico. Este requisito o característica es especialmente predicable del silencio positivo, que, como tendremos ocasión de observar a abordar los efectos del silencio administrativo, *no puede existir contra legem, es decir no cabe adquirir a través de ésta vía más de lo que puede otorgarse o hubiera podido otorgarse de manera expresa (...)*" (lo resaltado me pertenece) Tomado de Ernesto García Trevijano, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Edi. I, Edit. Civitas, Madrid-España, 1990; Pág.: 137.

⁶⁸ "Art. 1478 de la Codificación del CC.: Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano".

⁶⁹ Según lo establece el segundo inciso del artículo 623 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia al respecto señala que “(...) mediante el silencio administrativo se puede obtener únicamente aquello que la autoridad ante la que se ha presentado la solicitud, reclamación o pedido estaba en condiciones de otorgar sin producir nulidad absoluta en su otorgamiento (...)”⁷⁰. Por tanto, si lo que yo pido atenta el orden público y la autoridad ante quien me dirijo no esta en condiciones de otorgármelo no cabe, bajo ningún supuesto, que el solicitante tenga derecho a la aceptación tácita que genera el silencio administrativo de efectos positivos.

4. **Causa Lícita:** Además la causa o el motivo del pedido para que opere el silencio administrativo debe ser lícita (Art. 1483 de la codificación del C.C. del 2005)⁷¹, es decir la solicitud debe tener un origen legal y no afectar el derecho del propio Estado o de otro administrado⁷². Por ejemplo, si solicito al señor Ministro de Gobierno me otorgue una recompensa económica por haber cometido tal o cual delito, por ser la causa del petitorio –cometer un delito- ilícita no es lógico que el peticionario, transcurridos los quince días sin que la autoridad resuelva,

⁷⁰ Resolución N. 200 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. N. 646 del 22 de agosto del 2002; Pág.: 31.

⁷¹ **Art. 1483, segundo inciso, de la Codificación del CC:** “(...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o al contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁷² Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 147.

entienda aceptada tácitamente su solicitud. De admitirse tal criterio, como lo dice la Corte Suprema de Justicia en el caso Sojos vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda⁷³, estaríamos frente a la posibilidad de que cualquier persona pueda ganar por silencio lo que le ocurra sin tener en cuenta el origen de la solicitud. Ergo, un pedido con causa ilícita impide que opere la institución del silencio administrativo.

En relación con los requisitos de viabilidad de la petición, dada su trascendencia y vinculación con el silencio administrativo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversos fallos explicando, palabras más o menos, que para que el silencio positivo opere se requiere, como condición inexcusable, que la petición sea justa, oportuna, que no esté prohibida por la ley, que se encuentre dentro de las previsiones legales que a ella corresponda, es decir que el administrado tenga derecho a formularla y éste derecho se refiere a la procedencia de dicha petición y que sea dirigida a la autoridad competente⁷⁴.

⁷³ Caso Sojos vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Resolución No. 279-2002 publicada en el RO. No.44 de 20 de marzo del 2003.

⁷⁴ Caso Sojos vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Resolución No.279-2002 publicada en el RO. No.44 de 20 de marzo del 2003. Pronunciamientos similares los encontramos en Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero del 2003. Pronunciamiento similar lo encontramos en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre del 2002 y, entre otros, en la Resolución No. 200 publicada en el RO. No. 646 del 22 de agosto del 2002.

En otras palabras, la jurisprudencia establece dos requisitos generales que determinan la operatividad del silencio administrativo positivo: que la solicitud esté dirigida a la autoridad competente y que lo aceptado por el silencio administrativo, de haber sido aprobado por acto expreso, no adoleciere de nulidad absoluta.

Título II

Definición del silencio administrativo:

Doctrinariamente la técnica procesal, como lo señala Gustavo Penagos, diferencia entre el “silencio de la administración” -género- y “silencio administrativo” -especie-⁷⁵ y a éste último entre una concepción restrictiva -inactividad de la administración- y otra extensiva -inactividad de la administración y del administrado -. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina ecuatoriana han acuñado, en sentido restrictivo, el término silencio administrativo, institución a la que me referiré en lo posterior.

Restrictivamente, el silencio administrativo ha sido definido desde diferentes puntos de vista, por ejemplo, para Ernesto García Trevijano, es “(...) como una presunción o ficción legal en virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición del recurso formulado por los particulares u otras Administraciones”⁷⁶. Siguiendo la misma línea de pensamiento

⁷⁵ Gustavo Penagos al respecto dice: “El silencio de la administración es general y más amplio que el silencio administrativo, por cuanto no toda abstención o pasividad administrativa constituye silencio administrativo(...)”. Tomado de Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997, Pág.: 65.

⁷⁶ Ernesto García Trevijano, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.:70. Autor citado por Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 122.

García de Enterría lo define como “(...) una presunción legal por virtud de la cual ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos dicha voluntad se ha producido con un contenido bien negativo, bien positivo (...)”⁷⁷ y Gustavo Penagos se refiere al silencio administrativo como “(...) la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados”⁷⁸.

La legislación ecuatoriana, a pesar de definir claramente y determinar el verdadero alcance del derecho de petición, en el numeral 15 del artículo 23 de la C.P., no hace lo mismo respecto del silencio administrativo. El artículo 28 de la LM prevé, de manera general, los efectos que produce, salvo excepciones legales, la abstención o demora de la administración, cuando expresa: En todos los casos -en que la autoridad pública no atiende los reclamos, solicitudes o pedidos- vencido el respectivo término -15 días- “*se entenderá*” por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

Más allá de las falencias del artículo 28; de su lectura se colige que, la institución del silencio administrativo se conceptualiza en función del derecho de petición de los administrados y de la forzosa obligación de resolver que

⁷⁷ Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988, Pág.: 82.

⁷⁸ Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997; Pág.: 30.

tiene la Administración⁷⁹. Siguiendo este lineamiento, el silencio administrativo es “(...) la falta de pronunciamiento expreso (*del órgano de la administración*) sobre las peticiones de los administrados dentro de los plazos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en la indefensión (silencio negativo)”⁸⁰ (la cursiva es mía).

Elementos:

En función de la definición de la institución del silencio administrativo séame permitido analizar sus elementos constitutivos:

- 1. Omisión del deber de resolver:** Para referirme a la inactividad de la administración es fundamental considerar, como lo dice lo dice la Segunda Sala del Tribunal Constitucional en la Resolución N.0457-2004-RA, publicada en el Registro Oficial No. 531 de 24 de febrero de 2005, que el artículo 23 numeral 15 de la C.P. reconoce y garantiza el derecho de petición y que “(...) en aplicación de este derecho y como obligación

⁷⁹ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 123.

⁸⁰ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 123.

correlativa al mismo (...) se encuentra la obligación de resolver, frente a peticiones, reclamaciones o recursos, (así establece Giorgio Del Vecchio en: Principios Generales del Derecho) (...).

Establecida la obligación de resolver como lógica consecuencia del derecho civil de petición, si la administración no emite su pronunciamiento y lo notifica al peticionario, dentro del plazo legal, entonces incumple con su deber. En función de lo mencionado puedo concluir que: **a)** Por una parte, la inactividad está supeditada a un espacio en el tiempo que va desde la fecha de la recepción de la petición hasta el día en el cual se la entiende estimada o desestimada por el silencio; y, **b)** Por otra parte, cesará esta inactividad, como lo dice Ernesto García – Trevijano Gárnica, cuando se emite el acto y se lo notifique dentro del lapso previsto⁸¹.

Doctrinariamente la inactividad de la administración puede ser formal o material. Dentro de cuál de ellas se subsume la omisión del deber de resolver?. A. Nieto⁸² explica que la inactividad de la administración es material cuando ella incumple con sus competencias ordinarias y es formal cuando se da dentro de un procedimiento administrativo.

⁸¹ Ernesto García - Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Pág.: 166.

⁸² Autor citado por Ernesto García - Trevijano, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Pág.: 166.

En este contexto, el deber de resolver es un ***deber formal*** porque el momento en que el administrado se dirige ante la administración ésta debe iniciar un proceso que finaliza con la respuesta al peticionario en el plazo legal. Teniendo en mente este presupuesto, si la administración guarda silencio ante el pedido ella estaría incumpliendo con un deber formal: ***emitir pronunciamiento***.

- 2. Dentro del plazo legal:** El deber formal de resolver al que está obligado el órgano administrativo, para evitar abusos y arbitrariedades, debe circunscribirse en un plazo; por eso, acertadamente desde la perspectiva de la técnica jurídica, el texto constitucional (Art. 23 numeral 15) se remite a la Ley para determinar el tiempo dentro del cual el órgano administrativo debe emitir y notificar su pronunciamiento. Entonces, si el propósito constitucional de esta norma es que la administración se pronuncie dentro de un plazo, qué ocurre cuando lo hace fuera de él?. Entonces se origina lo que la doctrina ha denominado como resoluciones expresas tardías o resoluciones tardías.

Dictada una resolución fuera del plazo ésta tiene validez en el mundo jurídico?. Doctrinariamente se han hecho distinciones dependiendo de si el efecto que origina el silencio es positivo o negativo.

En el caso del silencio negativo hay posturas favorables a la inadmisibilidad y a la admisibilidad de las resoluciones tardías⁸³: **a)** Los integrantes de la primera corriente no aceptan la posibilidad de que la administración emita resoluciones tardías porque sería como admitir que la administración vaya contra su propio "acto desestimatorio"⁸⁴ y por otra parte sostienen que la potestad para emitir un pronunciamiento quedó agotada a raíz de la operatividad del silencio negativo; **b)** En cambio, los de la segunda corriente –admisibilidad– son favorables a que la administración emita resoluciones tardías aunque mantienen diversas posturas en cuanto a su impugnabilidad.

En nuestra legislación, el artículo 31, letra c) segundo inciso, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁸⁵ -en adelante LJCA- instauró, en su momento, el silencio negativo. Esta norma, como lo explica el doctor José Julio Benítez en sus "Apuntes de Derecho Administrativo", admitía la posibilidad de que la administración se pronuncie fuera del plazo legal.

⁸³ Las dos posturas son abordadas en extenso por Ernesto García - Trevijano Gárnica, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Pág.: 192 a 198.

⁸⁴ Nótese que los partidarios de ésta línea de pensamiento consideran al silencio administrativo como acto y no como ficción legal.

⁸⁵ **Art. 31 , letra c) segundo inciso, de LJCA.:** "Se entenderá haber negativa si transcurrieren 30 días sin que la autoridad administrativa, que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial".

La facultad que tiene la autoridad para resolver fuera de plazo como consecuencia del silencio administrativo negativo, podrá ser ad-libitum?

No, lo justo y preciso es restringirla dentro de un período que no supere, como lo dice el tratadista Ernesto García - Trevijano Gárnica⁸⁶, el tiempo en que el juez debe resolver. Durante este lapso pueden darse una de las siguientes alternativas⁸⁷: **a)** Que la administración resuelva, desfavorablemente para el administrado, fuera de plazo y antes de que él accione la maquinaria jurisdiccional, en cuyo caso el administrado puede recurrir de ésta ante los tribunales competentes; **b)** Que resuelva rechazando lo solicitado por el administrado fuera del plazo y una vez presentado el respectivo recurso, en tal caso el administrado deberá recurrir de ella independientemente sin perjuicio de la acumulación de autos; **c)** Que resuelva fuera de plazo aceptando la petición del recurrente una vez presentado el recurso; la técnica procesal indica (Art. 56 de la LJCA) que si la administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal el que

⁸⁶ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Pág.: 202-203.

⁸⁷ Las alternativas son detalladas por Ernesto García - Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Pág.: 166.

comprobando lo alegado declarará terminado el proceso y ordenará su archivo.

A manera de conclusión puedo decir que, en el caso del silencio negativo, de no admitirse la posibilidad de que la administración emita resoluciones tardías ello perjudicaría al administrado pues siempre hay la posibilidad de que la administración mediante resolución expresa resuelva en su favor.

En el caso del silencio positivo la doctrina explica que en virtud de su principio de automatismo⁸⁸ deviene “(...) la imposibilidad, en términos generales, de dictar una resolución expresa tardía de signo contrario a lo obtenido por silencio (...)”⁸⁹.

Nuestra legislación, concordante con el señalado planteamiento doctrinario, establece que la consecuencia de una resolución extemporánea de la autoridad administrativa es: **a)** su nulidad

⁸⁸ Para Ernesto García – Trevijano Gárnica en relación con el principio de automatismo dice: “(...) significará que, formulada correctamente una petición no contraria a la legalidad, y agotado en su caso el procedimiento previsto (especialmente el plazo), se entenderá (de manera automática) otorgado lo solicitado. Tomado de Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 207.

⁸⁹ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990.; Pág.: 207.

absoluta⁹⁰, conforme con lo previsto por el literal a) del artículo 94⁹¹ y por el literal b) del numeral primero del artículo 129⁹² del ERJAFE, por falta de competencia - caducidad de la facultad resolutoria⁹³ en razón del tiempo- del funcionario; y, **b)** por otra parte, en virtud del silencio administrativo positivo, a pesar de la resolución expresa tardía, la solicitud, pedido o reclamo se entenderá aceptado tácitamente.

⁹⁰ Para Guillermo Cabanellas de Torres, la nulidad absoluta es la relativa al acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones que por ilícito o dañoso puede originar.

La Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a los efectos de una resolución expresa tardía, citando a Eduardo García de Enterría y a Tomás Ramón Fernández, coautores del Curso de Derecho Administrativo Español, dice: “ (...) Puede decirse, por tanto, del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo (...). Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá que la administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. **Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y en consecuencia nulo de pleno derecho (...)** ” (lo resaltado me pertenece). Tomado del Fallo de Casación No. 341-99, del caso Zapata vs. Ministerio de Finanzas, publicado en el RO. No. 10 de 4 de febrero del 2000.

⁹¹ **"Art. 94 del ERJAFE.: Vicios que impiden la convalidación del acto.-** No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de la materia, territorio o tiempo (...)"

⁹² **"Art. 129 del ERJAFE.: Nulidad de pleno derecho.-** Los actos de la Administración pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) **b)** Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio. (...)"

⁹³ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 157.

Si la Ley califica a las resoluciones tardías como inexistentes esta inexistencia debe ser entendida en un sentido material o jurídico? En este caso no se trata de inexistencia material sino jurídica porque la supuesta resolución que físicamente existe nunca tuvo vida jurídica siendo imposible que surta efectos.

Siguiendo estos planeamientos, constituye, en nuestro país, precedente jurisprudencial obligatorio según consta de la Resolución No. 331-97, publicada en el RO. No. 287 de 31 de marzo de 1998 e idénticos pronunciamientos constan en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre del 2002 y en la Resolución No. 194-04 publicada en el RO. No. 486 de 21 de diciembre de 2004, que en el caso del silencio positivo:

“(...) el derecho que se establece como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por la jurisprudencia tan importante como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen **y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuanto tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio (...)**” (lo resaltado es mío).

En definitiva el ordenamiento jurídico ecuatoriano no admite la posibilidad de resoluciones expresas tardías una vez producido el silencio administrativo positivo.

- 3. Peticiones de los administrados:** La obligación formal de resolver en un plazo, se refiere a las peticiones de los administrados y estas pueden estar contenidas en quejas, solicitudes, reclamos o recursos. Pero, nótese que, como lo mencioné anteriormente, cualquier petición no da lugar al silencio administrativo, para que una petición origine el silencio administrativo debe cumplir con ciertos requisitos esenciales ya mencionados: capacidad del peticionario; competencia del funcionario a quien se dirige, objeto y causa lícita.
- 4. Aceptación tácita o remedio procesal:** Si dentro del plazo previsto por la Ley el órgano administrativo no contesta el pedido del administrado, la legislación ecuatoriana manda, como regla general (Art. 28 de LM), que el administrado *entenderá* que lo pedido fue aceptado configurándose el silencio administrativo positivo o estimatorio. Pero, también, hay la posibilidad de que el pedido se entienda negado formándose la institución del silencio administrativo negativo o desestimatorio.

Fundamentos: ¿En favor de quién está previsto el silencio administrativo?⁹⁴

El silencio administrativo, sea éste de efectos positivos o negativos, fue creado para defender al administrado del injustificado y arbitrario silencio en que incurre la administración. Es decir, la institución del silencio administrativo nace impregnada de una concepción **pro-administrado** dando lugar, en palabras de Ernesto García – Trevijano Gárnica, al florecimiento de jurisprudencia que llena vacíos legales⁹⁵. Tanta verdad encierran estas palabras que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se aplica el mismo concepto.

Naturaleza jurídica:

La naturaleza jurídica del silencio administrativo ha sido estudiada fundamentalmente desde dos puntos de vista: con un tratamiento unitario de la institución o tomando en cuenta los efectos que genera el silencio positivo y el negativo.

A. Tratamiento unitario de la institución: Baena Alcázar afirma que “(...) es insostenible mantener una distinta naturaleza jurídica (*del silencio*

⁹⁴ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.:198.

⁹⁵ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990.; Pág.: 81.

administrativo) sólo porque el texto legal diga << se estimará>> en lugar de << se desestimará>> (...)”⁹⁶ y agrega que, sin perjuicio de los efectos positivos o negativos que pueda producir, en ambos casos sólo existe una sola institución.

Dentro de la perspectiva de "tratamiento unitario" destacaré dos posturas doctrinales: aquellas que entienden al silencio administrativo como “acto” y aquellas que lo entienden como “ficción legal”.

Autores como Guido Zanobini⁹⁷ consideran al silencio administrativo como un **acto administrativo**. Esta concepción ha evolucionado de la siguiente manera: Primero entendieron al silencio administrativo como un “(...) **acto negativo** equivalente a una manifestación tácita de voluntad (...)”⁹⁸. Luego como un **acto presunto** a través del cual una vez transcurrido cierto tiempo sin que la autoridad resuelva se entiende que el órgano ha actuado, por mandato legal, aceptando o negando lo solicitado por el peticionario. Finalmente, como un **acto tácito** según el cual al no haber un pronunciamiento expreso de la administración, el administrado sabe

⁹⁶ Autor citado por Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 80.

⁹⁷ Autor citado por Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988; Pág.: 83.

⁹⁸ Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988; Pág.: 83.

cuál es respuesta de la administración. Modernamente, los actos presuntos pueden ser contentivos de actos tácitos cuando la legislación presume una aceptación a una solicitud o pedido del administrado⁹⁹.

Para otros autores como José Ignacio Morillo o Enrique Sayagués Laso el silencio administrativo no es un acto administrativo porque a aquel le falta voluntad administrativa¹⁰⁰; por ello entienden al **silencio administrativo como una ficción legal**. El “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”¹⁰¹ define a la ficción legal como: “(...) la suposición que la ley hace atribuyendo a una persona o cosa calidad o circunstancia que no le son propias o naturales; se establece así, en consecuencia cierto precepto o conclusión que de otro modo repugnaría a la esencia de una u otra o no cabría admitirlo (...)” y la ficción del silencio administrativo, según esta corriente, fue creada con el fin de permitir “(...) a los interesados el acceso a la instancia siguiente, y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones y recursos (...)”¹⁰².

⁹⁹ Como es el caso, en la legislación ecuatoriana, del silencio administrativo de efectos positivos.

¹⁰⁰ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990.; Pág.: 88.

¹⁰¹ Guillermo Cabanellas, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo IV, Edit. Heliasta, Edi. XXIII, Madrid - España, 1994; Pág.: 60.

¹⁰² Ernesto García- Trevijano, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid-España, 1990, Pág.: 72-73. Obra citada por Edgar Neira Orellana , “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 80.

B. Desde el punto de vista de los efectos: Otro sector doctrinario, dentro del cual encontramos a García de Enterría, Martín Mateo, Corella Monedero y García de Enterría Fernández¹⁰³ por listar a unos pocos; explica que es inadmisibles dar un tratamiento unitario a la institución del silencio administrativo considerando la diversa naturaleza jurídica de sus efectos. Al respecto, Ernesto García – Trevijano Gárnica¹⁰⁴, Letrado del Consejo de Estado Español, señala que, la clave para encontrar la naturaleza diferente entre el silencio positivo y el negativo está en determinar cuál de ellos origina un acto administrativo.

Adoptando esta línea de pensamiento, el ordenamiento jurídico ecuatoriano combina las teorías de acto administrativo y de ficción legal y, atribuye al silencio administrativo de efectos positivos (Art. 28 de LM) naturaleza de “acto presunto contentivo de un acto tácito”¹⁰⁵ y al silencio administrativo de efectos negativos naturaleza de “ficción legal”.

Por qué el silencio administrativo positivo es un acto presunto en la legislación ecuatoriana?

¹⁰³ Autores citados por Ernesto García - Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 80 (pie de página).

¹⁰⁴ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990.; Pág.: 81.

¹⁰⁵ Término usado por el doctor Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003.

Para dar respuesta a esta pregunta primero analizaré si en el caso del silencio administrativo positivo existe o no voluntad administrativa. Ernesto García – Trevijano Gárnica¹⁰⁶, en "El silencio administrativo en el derecho español", señala que en el silencio administrativo la voluntad de la administración está reemplazada por la voluntad de la Ley o la misma legislación presume la existencia de la voluntad administrativa. Respecto a esta última tesis, agrega que, a pesar de tener los mismos efectos prácticos que la primera, en el silencio administrativo no se estaría propiamente ante actos jurídicos con efectos *ex-lege* si no *ex – voluntae* y que por tanto lo que en realidad existe es una sustitución de la voluntad administrativa y no una presunción de ella.

La aceptación tácita prevista por el artículo 28 de la LM sustituye la voluntad de la administración dando lugar al nacimiento de un acto presunto con las mismos elementos y características que los actos expresos. La Corte Suprema Justicia (Resolución N. 341-99 publicada en el RO. No 10 del 4 de febrero del 2000) ha ratificado lo señalado cuando dice: "(...) Conocido en el ámbito del derecho administrativo es que los actos presuntos constituyen una forma de manifestación de la voluntad administrativa que se concreta en el denominado Silencio Administrativo (...)".

¹⁰⁶ Ernesto García- Trevijano Gárnica, "El silencio administrativo en el derecho español", Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 82.

Contestada la pregunta, merece idéntico análisis el silencio administrativo de efectos negativos. El silencio negativo es o no un acto?.

El profesor Ernesto García - Trevijano Gárnica, al comentar sobre el silencio negativo en la legislación española, explica que del silencio negativo "(...) no surge estrictamente acto alguno (ni sus efectos tienen el valor de un acto en toda su la amplitud), pues ni concurre la voluntad (por presunción) de la Administración, ni la Ley la sustituye directamente (...)"¹⁰⁷; caso similar es lo que ocurre con el silencio negativo en la legislación ecuatoriana.

En la normativa ecuatoriana la institución del silencio administrativo negativo fue concebida originalmente como un remedio para que el administrado, ante la inercia de la administración, pueda recurrir en sede judicial o administrativa y no como un acto administrativo que sustituya la voluntad de la administración o que la presuma.

Si el silencio negativo no es un acto administrativo dentro de qué categoría legal está inmerso?. Como ya lo mencioné, la razón de ser del silencio negativo es constituir un remedio, un paliativo legal; es decir, ésta institución no es más que una ficción legal de negativa que permite al

¹⁰⁷ Ernesto García- Trevijano Gárnica, "El silencio administrativo en el derecho español", Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, "El Silencio Administrativo", Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 87.

petionario acceder a los tribunales competentes o recurrir de ella en la misma vía administrativa.

Características:

Determinado que fuera la naturaleza jurídica del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana, entonces es preciso determinar cuáles son sus características también en función de los efectos, positivos o negativos, que produce.

A. Características del silencio administrativo de efectos positivos: Por ser el silencio administrativo positivo un acto administrativo presunto, conforme la legislación y la jurisprudencia (Resolución 341-99 del proceso Zapata vs. Ministerio de Finanzas), comparte las características de los actos administrativos en general y otras que le son propias: **a)** goza de la presunción de **legitimidad y ejecutividad** de todos los actos administrativos En relación con esta característica el artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que la aceptación tácita causa estado; **b) no puede ser desconocido del mundo jurídico** mediante otro pronunciamiento en contrario (Resolución N. 128 publicada en el RO N. 605 de 26 de junio del 2002) **sino luego de un proceso de lesividad** (Resolución 03-2000, publicada en el RO N.49 de 3 de abril del 2000); **c) automatismo**, peculiaridad propia del silencio administrativo de efectos

positivos, en virtud de la cual, transcurrido el plazo legal, “(...)se entenderá (de manera automática) otorgado lo solicitado (...)”¹⁰⁸ siempre y cuando el pedido haya sido “(...) dirigido y presentado ante la autoridad competente y que no contenga pretensiones absurdas o contrarias a derecho(...)”, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 211-04 publicada en el RO. No. 496 del 4 de enero del 2005 y las Resoluciones No. 228-04, N. 229-04 y No. 230 de la Sala de lo Contencioso Administrativo publicadas en el RO. No. 497 del 5 de enero del 2005).

B. Características del silencio administrativo de efectos negativos: Dos son las características del silencio negativo: **a)** tiene **efectos procesales** porque permite que el administrado impugne en vía jurisdiccional la negativa tácita al pedido; y, **b)** **hace efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva** amparado en el artículo 24, numeral 17, de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Clasificación:

Varias han sido las clasificaciones que doctrinariamente se han dado en relación con el silencio administrativo. En lo particular me permitiré señalar dos

¹⁰⁸ Ernesto García- Trevijano Gárnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 80.

de ellas: por la oportunidad en que se plantea el pedido o por los efectos que produce el silencio administrativo.

A. El criterio de la oportunidad: Esta clasificación es en virtud del momento en que concurren los elementos para la formación del silencio administrativo. El silencio administrativo según este criterio puede ser¹⁰⁹: **a) silencio administrativo sustantivo o silencio en vía de petición**, cuando la inacción de la administración se produce ante un pedido del administrado; y, **b) silencio administrativo procesal, adjetivo o en vía de recurso**, cuando la administración calla ante el recurso planteado por el administrado. Pero, sea el silencio administrativo sustantivo o procesal, estos, a su vez, pueden generar efectos positivos o negativos dependiendo de la calificación legal que le ha dado el marco normativo. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la más clara aproximación a esta clasificación la encontramos en el artículo 177.2 del ERJAFE, esta norma prevé un plazo de dos meses para que los órganos de la administración pública central contesten el recurso de apelación; ello, sin perjuicio del respectivo análisis de legalidad de esta norma estatutaria en relación con la Ley de Modernización.

¹⁰⁹ Este tema es tratado por Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988; Pág.: 88.

B. En función de los efectos que produce: El silencio administrativo puede ser¹¹⁰: **a) de efectos positivos o estimatorios**, cuando el inactuar de la administración dentro del plazo legal genera la aceptación tácita de lo pedido por el administrado; y, **b) de efectos negativos o desestimatorios** cuando transcurrido el plazo legal sin pronunciamiento del funcionario el pedido se entiende negado

La legislación ecuatoriana como regla general establece en el artículo 28 de la LM que, si la administración, dentro de los quince días (15), no contesta al administrado el último *entenderá* que su petición ha sido aceptada; otorgando la Ley un efecto positivo o estimatorio al silencio de la administración. Por excepción, los efectos del silencio administrativo son negativos; así por ejemplo, el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Título III

Silencio administrativo de efectos negativos:

Para el doctor Patricio Secaira Durango el silencio administrativo negativo en la legislación ecuatoriana “(...) es una institución jurídica mediante la cual la ley determina un efecto jurídico negativo a la falta de pronunciamiento oportuno de la administración (...)”¹¹¹. En otras palabras, la Ley crea una ficción jurídica, de contenido y efectos esencialmente procesales¹¹², a partir de la cual, transcurrido cierto tiempo sin que la administración se pronuncie, el administrado entiende negada su pretensión. Esta negativa garantiza el derecho del administrado a recurrir de ella en sede administrativa o judicial.

Fundamentos:

El origen de toda institución jurídica atiende a nobles principios; por ello debo preguntarme qué pasaría si la institución del silencio negativo no existiese. Si esta premisa fuera cierta dos serían las consecuencias: **a)** La administración podría evadir el control jurisdiccional guardando silencio; y, **b)** El administrado

¹¹⁰ Ana Carolina Cadena Barreto, “El silencio administrativo”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988; Pág.: 88.

¹¹¹ Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág: 213.

¹¹² Ernesto García- Trevijano Gárnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 90.

quedaría indefenso (Art. 24, ordinal 10 de la C.P.) y no podría ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24, numeral 17, de la C.P.) al no contar con una decisión administrativa que le permita recurrir ante la misma administración o acceder a los jueces de la materia¹¹³.

Delimitado aquel contexto, puedo decir que la creación de la ficción jurídica del silencio administrativo negativo –negativa tácita - en la legislación ecuatoriana responde a la "(...) exigencia de un acto previo para acceder a la jurisdicción contencioso - administrativa (...)"¹¹⁴. Así lo preceptúa el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –en adelante LJCA-: “El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, **actos** y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y **vulneren un derecho o interés directo del demandante** (...)” (lo resaltado en mío). Entonces, al contar el

¹¹³ Los jueces en materia contencioso administrativa son considerados como controladores o revisores de la legalidad. Ernesto García - Trevijano Gárnica en cuanto al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa hace la siguiente disquisición: "(...) Es cierto que la jurisprudencia mantiene como principio fundamental el carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso - administrativa, entendiendo que se incurre en desviación procesal si se plantean cuestiones nuevas en sede jurisdiccional respecto a las planteadas en vía administrativa. Sin embargo, no es absolutamente exacto que se exija una total identidad entre las cuestiones suscitadas ante la administración y posteriormente en sede jurisdiccional (...) Esta relativa flexibilidad da lugar a que en ocasiones nos preguntemos si es verdaderamente correcto hablar de una jurisdicción revisora, o si sería más exacto hablar de una jurisdicción que simplemente exige la existencia previa de un acto administrativo (...)". Tomado de Ernesto García- Trevijano Gárnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 98-99.

petionario con la ficción jurídica de negativa tácita puede plantear contra ella un recurso o impugnarla – recurso subjetivo¹¹⁵- en vía contencioso administrativa (Art. 38 de la LM). Accionada tal jurisdicción, el juez bien podría reconocer el derecho originalmente negado al petionario o ratificar la legalidad de la negativa de la administración.

Trayectoria del silencio administrativo negativo: Base Legal

La abstención en que incurre la administración no es reciente, la institución del silencio administrativo de efectos negativos o desestimatorios tuvo origen en Francia en el Decreto 2 de 1864 y en la Ley de julio 17 de 1900; Ley que estableció que la administración tenía cuatro meses para contestar los pedidos de los administrados caso contrario tal solicitud se entendería denegada.

La legislación ecuatoriana, según lo reseña la jurisprudencia¹¹⁶, de manera general, hasta 1993, otorgaba al silencio de la administración un efecto negativo en virtud de lo previsto por el artículo 31 de la LJCA, norma que, en su

¹¹⁴ Ernesto García- Trevijano Gárnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 97.

¹¹⁵ **Art. 3 de la LJCA.:** “(...) El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata (...)”.

¹¹⁶ Resolución No. 130-2004, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente al caso Matute y otra en contra del Ilustre Municipio del Cantón Guachalá, publicada en el Registro Oficial No. 504 de 14 de enero del 2005, en relación con la Resolución N. 279 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicada en el Registro Oficial N.44 de 20 de marzo del 2003.

letra c) segundo inciso, dice: ***“Se entenderá haber negativa si transcurrieren 30 días sin que la autoridad administrativa, que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial.”*** Por otra parte, la mencionada jurisprudencia señala que, a raíz de lo dispuesto por el “(...) artículo 28 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, el antes referido artículo 31 letra c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue modificado (...)”, con lo cual el efecto general que la Ley da, desde entonces, al silencio administrativo ya no es negativo sino positivo. Caso similar es lo que ocurre con el sistema de la codificación del Código Tributario del 2005, según me referiré en un análisis posterior.

Análisis del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado:

A pesar de lo mencionado, en la legislación ecuatoriana aún encontramos vestigios de la aplicación del silencio negativo en el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹¹⁷ - en adelante LOCGE- que establece: **“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

¹¹⁷ Ley 73, publicada en el ROS No. 595 de 12 de Junio del 2002. Esta Ley reemplazo a la otrora LOAFYC.

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.” Así por ejemplo, si dentro de los noventa (90) días plazo de emitida la orden de reintegro, de conformidad con lo previsto por el artículo 53 de la LOGGE, solicito su reconsideración¹¹⁸ adjuntando las pruebas correspondientes y señalando por escrito los fundamentos de hecho y de derecho de mi petición; entonces el funcionario de la Contraloría **debe pronunciarse en el plazo de treinta días contados a partir de su recepción**. De no contestarla dentro del plazo señalado (30 días), el recurrente entenderá negada su petición –definitiva en sede administrativa- pudiendo impugnarla en la vía contencioso administrativa.

¹¹⁸ De conformidad con el artículo 53 las órdenes de reintegro son emitidas en el caso de pago indebido, cuya definición legal es la siguiente: **Art. 53 LOGGE:** (...) Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de **noventa días** para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. **La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contado a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva**, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.” (lo resaltado me pertenece).

Por qué se aplica el efecto negativo del silencio previsto en la LOGGE del 2002 y no el positivo previsto por la LM de 1993?

En Derecho ciertas reglas son ocupadas para resolver conflictos entre leyes; en este caso, según lo dispone el segundo inciso del artículo 143 de la C.P.¹¹⁹, por ser las disposiciones de la Ley de la Contraloría de naturaleza orgánica torna inaplicable el efecto positivo previsto por el artículo 28 de la LM. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, con relación a la no vigente Ley Orgánica de Administración Financiera y Control –en adelante LOAFYC-, en el caso No. 265-01 en el cual en su parte pertinente dispone que: “(...) El cambio del efecto del silencio administrativo de negativo a positivo se da en el artículo 28 de la Ley de Modernización, que por no ser Ley Orgánica no afectó al efecto negativo del silencio previsto en la LOAFYC, que es Ley Orgánica, en razón de lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política (...)”¹²⁰.

¹¹⁹ **Art. 143 de la C.P., segundo inciso:** “(...)Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial (...)”.

¹²⁰ Jurisprudencia de Casación publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. XVIII, Pág.: 2579.

Título IV

Silencio administrativo de efectos positivos:

El silencio administrativo de efectos positivos o estimatorios se produce cuando ante la falta de respuesta oportuna de la administración se genera, por ministerio de la Ley, un verdadero acto administrativo que “(...) presume por el silencio la tácita aceptación del pedido formulado (...)”¹²¹. En otros términos, por mandato legal se presume de derecho¹²² (iuris et iuris) que por no existir un pronunciamiento expreso de la administración, en el término fijado por la Ley, la reclamación del administrado ha sido aprobada; dando lugar, en palabras de Ernesto García – Trevijano Gárnica¹²³, al surgimiento de un genuino acto administrativo presunto.

¹²¹ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 129.

¹²² El **Art. 32 de la Codificación del CC.** con respecto a las presunciones de derecho establece que: “(...) Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

La presunción de derecho que origina el silencio administrativo de efectos positivos está explicada en la Resolución No. 331-97 publicada en el RO No. 287 de 31 de marzo correspondiente al caso AGIP Ecuador- Ministerio de Energía y Minas.

¹²³ Ernesto García- Trevijano Gárnica, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 81.

La teoría del silencio administrativo positivo como acto presunto ha sido refutada tomando en consideración, fundamentalmente, que al silencio administrativo le falta la voluntad administrativa. Entonces, es pertinente analizar si en el silencio administrativo positivo existe o no voluntad administrativa?. Siguiendo el pensamiento de Ernesto García – Trevijano Gárnica¹²⁴ soy del criterio que, en el silencio administrativo positivo la voluntad de la administración es sustituida por la voluntad de la Ley.

En conclusión, el silencio administrativo positivo es un acto administrativo de aquellos denominados presuntos en tanto en cuanto la Ley presuma una aceptación tácita de lo solicitado por el peticionario.

Fundamentos:

La razón de ser del silencio administrativo de efectos positivos, como lo dice el doctor Edgar Neira es “(...) dar lugar al nacimiento de un verdadero acto, con carácter de presunto (...)”¹²⁵ que contiene una aceptación tácita.

El principio señalado en el epígrafe anterior se aplica de la siguiente manera: transcurrido el término legal sin que exista contestación al peticionario, como

¹²⁴ Mirar el análisis que hago al respecto en el acápite B) del subtema “Naturaleza del silencio administrativo”.

consecuencia del silencio administrativo positivo, éste podrá entender que su petición ha sido aceptada tácitamente a través de un acto presunto que da lugar al nacimiento de un derecho autónomo¹²⁶ y que faculta al peticionario a demandar su ejecución¹²⁷.

De lo expresado se colige que, admitir la posibilidad de que una vez ganado un derecho por silencio administrativo se discuta sobre éste en un proceso de conocimiento –declarativo de un derecho- sería negar la existencia del derecho constitucional de petición.

Trayectoria del silencio administrativo positivo: Base Legal

Para estudiar la trayectoria del silencio positivo en la legislación ecuatoriana me permitiré analizar: la situación actual del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana, el artículo 28 de la LM, el artículo 177.2 del ERJAFE en relación con el artículo 28-A de la LM, el sistema del Código Tributario y el artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas.

¹²⁵ Edgar Neira Orellana , “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 129.

¹²⁶ Con relación al derecho autónomo la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes fallos: Resolución No. 331-97, publicada en el RO. No. 287 de 31 de marzo de 1998 e idénticos pronunciamientos constan en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre del 2002 y en la Resolución No. 194-04 publicada en el RO No. 486 de 21 de diciembre de 2004.

¹²⁷ Resolución No. 124-99 publicada en el RO. No. 237 de 20 de julio de 1999. Idénticos pronunciamientos constan en la Resolución No. 17-99 publicada en el ROS. No. 214 de 17 de julio de 1999 y en la Resolución No. 331-97 publicado en el RO. No. 287 de 31 de marzo de 1998.

Situación actual del silencio positivo:

Como mencioné anteriormente, hasta el 30 de diciembre de 1993, el efecto general que la legislación ecuatoriana (artículo 31 de LJCA) otorgaba a la inercia de la administración era negativo; este efecto, desde la publicación de la LM (RO. No. 349 de 31 de diciembre de 1993), tornó en positivo (artículo 28 LM). Con esta reforma "(...) el legislador decidió abandonar un sistema odioso que premiaba la vagancia y el autoritarismo de los agentes estatales en desmedro de los intereses de los individuos (...)"¹²⁸ para adoptar un sistema que castiga al administrador que incumple con sus obligaciones constitucionales y legales.

En concordancia con el sistema del silencio positivo previsto por el artículo 28 de la LM otros cuerpos legales también lo hacen, así por ejemplo: el artículo 21 del Decreto Ley 05¹²⁹ publicado en el RO. No. 396 de 10 de marzo de 1994;

¹²⁸ José Meythaler, "La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo", "Iuris Dictio" Año III No. 7, Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Quito – Ecuador, 2003, Pág.: 138.

¹²⁹ "Art. 21 del Decreto Ley 05.- Sustitúyase la disposición final primera de la Ley No. 51 (Ley Reformatoria), por la siguiente:

A partir del primero de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario y demás leyes tributarias prevean o no plazos específicos para resolver o atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse.

Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos.

El funcionario por cuya causa se hubiere producido una aceptación tácita, por silencio administrativo, podrá ser removido de su cargo sin perjuicio de las acciones a que haya lugar contra él, de conformidad con las normas legales pertinentes".

el artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas¹³⁰ publicada en el ROS. No 219 de 26 de Noviembre del 2003; el artículo 46 del Reglamento a la Ley del Régimen del Sector Eléctrico¹³¹, Decreto Ejecutivo No. 754 publicado en el ROS No. 182 de 28 de octubre de 1997; el artículo 63 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones¹³², Decreto Ejecutivo 1790 publicado en el Registro Oficial 404 de 4 de Septiembre del 2001; en el artículo 13 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas¹³³, Acuerdo Ministerial

¹³⁰ “**Art. 77 de la LOA: Resolución.-** El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días.

La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio del recurso de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar.

La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo.

La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impondrá una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, a los funcionarios responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar”.

¹³¹ “**Art. 46 del Reglamento a la Ley del Sector Eléctrico.- Solicitud.-** Para contratos de exportación e importación, una vez presentada la solicitud por parte del interesado, el CENACE dispondrá de un término de quince (15) días para estudiar dicha solicitud y pronunciarse al respecto. Dentro de este período estará obligado a responder al interesado con detalle de las razones que fundamentan su aprobación o negación. El silencio administrativo será considerado positivo de conformidad con la Ley de Modernización”.

¹³² “**Art. 63 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones.-** Todo solicitante tiene derecho a recibir oportuna respuesta a su pedido. El incumplimiento de los términos que se señala en los artículos anteriores dará lugar al silencio administrativo positivo a favor del administrado”.

¹³³ “**Art. 13 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas: Aprobaciones del Ministerio de Energía y Minas:** En cualquier caso de requerimiento de aprobación del Ministerio de Energía y Minas o de la Dirección Nacional de Hidrocarburos dispuesta por la ley, reglamentos o contratos, PETROECUADOR y las contratistas deberán presentar las solicitudes correspondientes ante el Ministerio de Energía y Minas, utilizando los formatos que para cada caso determine el Ministerio acompañando los documentos de sustento respectivos”.

No. 389 publicado en el RO. No. 671 de 26 de septiembre del 2002; el artículo 177.2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹³⁴, publicada en el RO. No. 733 de 27 de diciembre del 2002.

El artículo 28 de la LM en su redacción original, conforme consta en el RO. No. 349 de 31 de diciembre de 1993, dispone: “**Derecho de petición.-** Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un **término no mayor de quince días**, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un pronunciamiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces de la jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 213 (212) del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad

Las solicitudes de autorización a las que se refiere este reglamento, deberán ser atendidas dentro de los plazos que fije la ley o dentro de los estipulados en los contratos o en su defecto dentro del término de quince (15) días de recibido el pedido. El silencio administrativo se entenderá como favorable para el peticionario.

Las aprobaciones o autorizaciones que expida el Ministro de Energía y Minas o el Director Nacional de Hidrocarburos, según el caso, se expresarán en acuerdos ministeriales y resoluciones”.

¹³⁴ El artículo 177.2 del ERJAFE respecto del plazo para contestar el recurso de apelación establece lo siguiente: “El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso”.

administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor de quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite al correspondiente enjuiciamiento” (lo resaltado me pertenece).

Luego de 7 años de aplicación, el tantas veces mencionado artículo 28 de la LM fue reformado por el artículo 12 del Decreto Ley 2000-01, publicado en el suplemento del Registro Oficial No.144 de 18 de agosto del 2000, en el siguiente sentido: “**Derecho de petición.-** Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un **término no mayor de quince días**, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.**(viene la reforma) Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.** En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un

petitorio, suspendiere un pronunciamiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces de la jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 213 (212) del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor de quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite al correspondiente enjuiciamiento”¹³⁵ (lo resaltado y subrayado es mío).

La reforma efectuada al artículo 28 tiene dos perspectivas: **a) Por una parte**, se limita a introducir “(...) una modalidad de prueba del silencio administrativo positivo –una certificación- y estipula una sanción para el supuesto de que el servidor público se niegue a concederla –su destitución- (...)”¹³⁶; otorgando, en mi criterio, mayor importancia a la sanción al funcionario que a la aplicación de los efectos del silencio administrativo positivo; y, **b) Por otra parte**, dio lugar a que la certificación de la fecha –recaudo formal¹³⁷- sea interpretada por la Corte

¹³⁵ Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N.130-04, publicada en el RO N.504 del 14 de enero del 2005; Pág.: 29.

¹³⁶ José Meythaler, “La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo”, “Iuris Dictio” Año III No. 7, Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Quito – Ecuador, 2003, Pág.: 139.

¹³⁷ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 149.

Suprema de Justicia (Caso Juárez - Consejo Provincial del Azuay)¹³⁸ como un “requisito” de operatividad del silencio administrativo positivo para ejecutar, ante el respectivo Tribunal Distrital, el derecho ganado.

En virtud de lo señalado es preciso dilucidar cuáles son las implicaciones de la errónea interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia. Acaso se está confundiendo la ejecución de derechos patrimoniales con la ejecución de un derecho de naturaleza civil?

Si el silencio administrativo garantiza el derecho civil de petición y si los derechos y garantías constitucionales, como manda el primer inciso del artículo 18 de la C.P., son de aplicación directa e inmediata ante cualquier juez, tribunal o autoridad; de qué requisito estamos hablando. La lógica nos enseña a concluir que es inconstitucional supeditar a una modalidad de prueba la ejecución de un derecho civil cuya aplicación debe ser directa e inmediata (Art. 18, primer inciso, de la C.P.).

La errónea interpretación de la Corte, con relación al caso Juárez- Consejo Provincial del Azuay¹³⁹, no sólo entiende como requisito del silencio

¹³⁸ Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero de 2003.

¹³⁹ Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero de 2003 que en su parte medular dice:

“(…) **TERCERO:** Ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiere logrado obtener en sede administrativa tal

administrativo a la certificación del vencimiento del término sino que inclusive reforma la Ley porque:

- a) Crea un alternativa a la falta de certificación:** La certificación puede ser reemplazada por “(...) el ministerio de la Ley (...)”¹⁴⁰ con la diligencia previa de requerimiento judicial al funcionario que debe otorgar la certificación o, en caso de que esta no sea atendida, con la reiteración de este requerimiento bajo prevenciones legales. La pregunta que surge de la lectura de este texto es: por el ministerio de cuál Ley el requerimiento sustituye la certificación?. El artículo 28

certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la Ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará la ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art.28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes, dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de la fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y la falta de respuesta oportuna, prueba esta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demostrare la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto de recurso de casación (...).”

¹⁴⁰ Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero de 2003.

que sustenta la Resolución de la Corte nada dice respecto del reemplazo de la certificación;

b) Establece un proceso de conocimiento: A falta de certificación, del requerimiento o de su reiteración bajo prevenciones legales establece que, la acción que debe deducir el peticionario será “(...) de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de la fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y la falta de respuesta oportuna, prueba esta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demostrare la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto de recurso de casación (...)”¹⁴¹.

La creación de un proceso de conocimiento para un derecho ganado por silencio administrativo: **a)** peca de inconstitucional por atentar contra la aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales (Art. 18 de la C.P.) ; **b)** implica un retroceso al silencio negativo; y, **c)** desconoce numerosas sentencias de la Corte, inclusive la sentencia en análisis, en las cuales, acertadamente,

¹⁴¹ Resolución No. 358 publicada en el RO. No. 23 de 17 de febrero de 2003.

recurriendo a la doctrina determina que el derecho que nace como consecuencia de haber obtenido lo solicitado mediante silencio es un derecho autónomo que debe ejecutarse.

Entonces, el legislador al reformar el artículo 28: **a)** no consideró los importantes avances jurisprudenciales realizados por la Corte Suprema de Justicia en materia de silencio administrativo de efectos positivos; y, **b)** dejó a la norma con los mismos vacíos jurídicos que originalmente tenía puesto que la reforma otorgó mayor importancia a la sanción al funcionario que a la aplicación de la institución del silencio administrativo en casos concretos.

Los vacíos del artículo 28 radican fundamentalmente en temas referentes a: la naturaleza y el alcance del silencio administrativo positivo, "(...) el efecto del acto administrativo expreso posterior al tácito; la competencia de las autoridades después de verificado el acto tácito; la calidad jurídica del acto tácito (...)"¹⁴², el derecho autónomo que nace como consecuencia del silencio, el cumplimiento forzado del derecho autónomo; vacíos que, a falta de disposición expresa, han sido colmados por fallos de la Corte Suprema de Justicia que se refieren en extenso aquellos temas y que si bien, en la mayoría de los casos, atinadamente recogen la doctrina surgida en torno de la institución del silencio administrativo en ningún caso pueden modificar la Ley pues sabido es que lo favorable u

¹⁴² José Meythaler, "La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo", "Iuris Dictio" Año III No. 7, Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Quito – Ecuador, 2003, Pág.: 138.

odioso de una disposición no puede ser considerado por el juzgador para ampliar o restringir su interpretación (regla 5ta del art. 18 de la Codificación del C.C.).

Análisis del artículo 28 de la Ley de Modernización:

El artículo 28 de la LM establece por una parte requisitos esenciales sin los cuales la institución de la aceptación tácita no podría operar y por otra parte un recaudo formal.

i. Requisitos esenciales:

Dentro de los requisitos esenciales tenemos: existencia de previsión legal, cumplimiento de los requisitos de viabilidad de las peticiones y transcurso del tiempo legal sin resolución administrativa.

1. **Previsión legal:** Como requisito sine qua non para la existencia del silencio administrativo de efectos positivos es indispensable que la aceptación tácita integre el ordenamiento jurídico del lugar en el cual se pretende surta efecto; caso contrario, sería incongruente decir que los efectos estimatorios del silencio devienen de la Ley.
-

El artículo 28 de la LM establece la incorporación de la institución de la aceptación tácita en la legislación ecuatoriana.

En lo concerniente a la necesidad de previsión legal que consagre el silencio positivo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 130-2004 publicada en el ROS. No. 504 de 14 de enero de 2005) recoge lo dicho por Emilio Fernández Vásquez, en su Diccionario de Derecho Público: “(...) únicamente cabe extraer consecuencias positivas, o mejor dicho afirmativas del silencio cuando así lo establece una disposición expresa (...) de esta manera se abre paso a la idea de atribuir al silencio, excepcionalmente un valor positivo (...)”.

2. Cumplimiento de los requisitos de viabilidad de las peticiones:

Como ya lo indiqué, para que una petición de lugar al silencio administrativo debe reunir requisitos de viabilidad: capacidad del peticionario, competencia del órgano, objeto lícito y causa lícita.

3. Transcurso del tiempo legal sin resolución administrativa:

El artículo 28 de la LM establece, de manera general, que para que opere el silencio administrativo de efectos positivos debe transcurrir un término de 15 días sin que el órgano administrativo se pronuncie sobre la pretensión del peticionario; cumplido dicho término el administrado *entenderá* que su pedido ha sido aceptado.

ii. Recaudo formal: Certificación del vencimiento del término para resolver:

La reforma al artículo 28 de la LM incorporó el siguiente texto: "(...)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 (...)". De su tenor puedo concluir que: **a)** La certificación del vencimiento del término para resolver no puede tenerse por requisito de operatividad del silencio administrativo positivo pues éste constituye un simple recaudo formal, una modalidad de prueba que "(...) le permite al peticionario usar el derecho que ya ganó por el silencio administrativo (...) "¹⁴³ y que en ningún caso puede condicionar la ejecución de un derecho de naturaleza civil; **b)** La certificación del vencimiento del término, bajo pena de destitución, debe ser realizada por el funcionario competente que no necesariamente es el mismo funcionario que debe emitir la resolución. Por ejemplo, si en el término de quince días el funcionario delegado por el señor Superintendente de Compañías no contesta mi solicitud de constitución de la compañía "XX SA." quien debe emitir el certificado de vencimiento del término para resolver es el Secretario General de la Superintendencia de Compañías;

¹⁴³ Edgar Neira Orellana, "Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos", Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 149.

y, c) Hay dos penas de destitución, la una para el funcionario que debiendo emitir la resolución no lo hace y la otra para el funcionario que debiendo emitir la certificación del vencimiento del término no lo hace.

Si la certificación es un recaudo formal en qué casos puedo hacer uso de ella?. El doctor Edgar Neira Orellana puntualiza, al respecto, lo siguiente: “(...) la certificación es una formalidad exigida para aquellos casos en que el particular deba hacer valer su derecho ganado por silencio, ante otros órganos de la administración o en registros públicos que requieran de un acto administrativo para desplegar las actuaciones que requiera el peticionario (...)”¹⁴⁴. Por ejemplo, como ex – Liquidador de “Solicitudes S.A.” acudo ante la Superintendencia de Compañías y pido me confieran una copia certificada de la Resolución de Liquidación de la Compañía para proceder a su cancelación en el Registro Mercantil del Cantón Quito. Si no me atienden dicho pedido dentro de los quince días término que establece el artículo 28 de la LM; entonces, a falta de contestación, el Registrador Mercantil no podrá exigirme la copia certificada de la Resolución bastando sólo la entrega de la certificación del vencimiento del plazo para resolver.

Alcance de lo ganado por silencio positivo:

¹⁴⁴ Edgar Neira Orellana, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”, Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 149-150.

Como lo dice la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁵ y el jurista ecuatoriano doctor José Julio Benítez, en sus apuntes Instituciones del Derecho Administrativo, existen tres posiciones que explican cuál es el verdadero alcance de lo ganado mediante silencio administrativo de efectos positivos:

- A. La primera**, argumenta que lo ganado mediante silencio administrativo alcanza a toda la pretensión del peticionario sin excepción, ello en virtud del principio de seguridad jurídica.
- B. La segunda**, sostiene que alcanza solamente a aquello que se encuentre enmarcado dentro de la Ley como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad.
- C. Finalmente**, la tercera corriente, como punto intermedio de las anteriores, explica que el alcance de lo ganado se extiende a todo lo pedido siempre que lo así obtenido no tenga vicios de nulidad absoluta.

Esta línea de pensamiento ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁶, palabras más o menos, de la siguiente manera: “(...) mediante el

¹⁴⁵ En las Resoluciones No. 450-00 publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1782 y en la Resolución No. 274-01 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre de 2002.

¹⁴⁶ Resolución N. 200 publicada en el RO. No. 646 de 22 de agosto del 2002; Resoluciones N. 274-2002 y 309-2002 de la Gaceta Judicial Serie XVII N.11 y Resolución No. 279-2002 publicada en el RO No. 44 de 20 de marzo de 2003.

silencio administrativo se puede obtener únicamente aquello que la autoridad ante la que se ha presentado la solicitud, reclamación o pedido estaba en condiciones de otorgar sin producir nulidad absoluta en su otorgamiento (...); criterio concordante con el pensamiento de Ernesto García - Trevijano Garnica quien sostiene que: “(...) en modo alguno puede adquirirse mediante tal vía –refiriéndose al silencio administrativo- aquello que no hubiera podido otorgarse de manera expresa (...)”¹⁴⁷.

Estoy de acuerdo con el criterio sostenido por la jurisprudencia pues de admitirse que mediante silencio administrativo positivo se puede obtener lo que a bien tenga el interesado sería coadyuvar a que el peticionario solicite lo que se le ocurre cuando el silencio administrativo “(...) no es una panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie de los vicios y defectos contenidos en la esencia misma del acto (...)”¹⁴⁸.

Análisis del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Administrativa:

¹⁴⁷ Ernesto García- Trevijano, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid-España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 52.

¹⁴⁸ Tomás Ramón Fernández citado por Eduardo Barrachina en su “Compendio de Derecho Administrativo” Tomo I, consta en la Resolución No. 279-2002 publicada en el RO No. 44 de 20 de marzo del 2003, correspondiente al caso Sojos y otros – Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

El artículo 177.2 del ERJAFE, en concordancia con el artículo 28-A¹⁴⁹ de la LM, establece que dos meses es el plazo máximo que tienen los funcionarios de la Administración Pública Central para dictar y notificar la absolución al recurso de apelación. Además expresamente señala que, si tales funcionarios no cumplen con su obligación dentro del periodo legal el peticionario podrá entender aceptado su recurso.

El artículo 175.2 ibídem, respecto del recurso de reposición, dice: “El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses”, norma que se complementa y entiende en función de la regla general prevista por el artículo 28 de la Ley de Modernización en cuanto se refiere al efecto positivo de la inatención a la petición.

Por otra parte, el ERJAFE no establece el plazo que tienen las mencionadas autoridades para resolver recursos de revisión. Soy del criterio que aquellos funcionarios de conformidad con el artículo 28 de la LM tienen el término de quince días para emitir su pronunciamiento y notificarlo al peticionario.

Análisis del sistema del Código Tributario de 1975 y de la Codificación del Código Tributario del 2005:

¹⁴⁹ “Art. 28-A de LM.: La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”.

Con el propósito de describir cuál ha sido la trayectoria del silencio administrativo en el régimen tributario me permito hacer la siguiente reseña:

A. Sistema del Código Tributario de 1975: Larga y confusa ha sido la trayectoria del Código Tributario¹⁵⁰ - en adelante C.T.- en materia de silencio administrativo, por dieciocho años su artículo 102¹⁵¹ contempló la figura de la negación tácita para los pedidos, reclamos y recursos no atendidos oportunamente por la autoridad tributaria y su artículo 127¹⁵² estableció la figura de la denegación presunta otorgando también un efecto de negativa tácita a las resoluciones administrativas sin motivación.

B. Reformas al Sistema del Código Tributario de 1975: Todo el sistema del Código Tributario, como lo dice el doctor Edgar Neira Orellana¹⁵³, quedó

¹⁵⁰ Publicado en el ROS No. 958 de 23 de diciembre de 1975.

¹⁵¹ "Art. 102 del CT.: La falta de Resolución por la Autoridad Tributaria, en los plazos fijados en los artículos 125, 136 y 137, podrá considerarse como negativa tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda. Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija Resolución de la Administración, el silencio de la Autoridad no puede suplirla".

Los artículos 136 y 137, referentes al recurso de reposición, fueron derogados expresamente por el Art. 1 de la "Ley Para la Reforma de las Finanzas Públicas" -Ley 99-24- publicada en el ROS No. 181 de 30 de abril del 1999.

Los artículos 145, 146, 147, 148 y 149, referentes al recurso de apelación, fueron derogados expresamente por el Decreto Ley 04-94 publicado en el RO No. 396 de 10 de marzo de 1994.

¹⁵² " Art. 127 del CT.: Si las Resoluciones no cumplieren los requisitos señalados en el artículo anterior, se entenderá también negativa tácita, como en el supuesto del artículo 102".

¹⁵³ Edgar Neira Orellana, "Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos", Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 163.

en entredicho a raíz de la expedición de Ley de Modernización del Estado cuyo artículo 66 estableció que: "(...) Las disposiciones del Código Tributario y de otras leyes se entenderán modificadas en cuanto se opusieren a la presente".

Acaso el silencio positivo previsto en el artículo 28 de la LM no se opone al caduco sistema de la negativa tácita del Código Tributario?.

El artículo 28, efectivamente, está en franca oposición con la institución del silencio negativo por lo cual, a partir de su promulgación, reformó tácitamente el artículo 102 y el 127 del Código Tributario. Es oportuno señalar que la alegación efectuada con base en el artículo 2 del C.T. (mismo artículo en codificación 2005) en sentido de que las disposiciones del Código Tributario prevalecen sobre otras leyes generales o especiales es inaplicable puesto que nuestro marco constitucional, en su artículo 272, establece igual jerarquía para todas las leyes ordinarias¹⁵⁴.

Pero aquella no fue la única ni la última reforma al sistema del Código Tributario puesto que, en el mismo Registro Oficial en que se publica la Ley

¹⁵⁴ Respecto de la aplicación del artículo 2 del Código Tributario la Corte Suprema de Justicia en el Juicio No. 19-97, correspondiente al caso Conservas Isabel Ecuatoriana S.A. vs. El Director General de Rentas Internas, manifiesta que: "(...) El Código Tributario que fue expedido con Decreto No.1016-A de 6 de Diciembre de 1975, no puede condicionar las atribuciones que corresponden al legislador, consagradas en la Carta Política aprobada con posterioridad mediante referéndum, publicada en el Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Según lo contempla el artículo 82 d) de la Carta Política, Codificación vigente hasta el 10 de agosto de 1998, es atribución del Congreso Nacional, "Expedir, reformar y derogar las

de Modernización consta también la Ley Reformatoria a la Ley del Régimen Tributario Interno¹⁵⁵ (Ley 51) cuya "Disposición Final Primera", en su segundo inciso, establece que: "(...) Salvo que las pertinentes normas tributarias prevean expresamente otro efecto, el silencio administrativo en el ámbito tributario siempre será considerado como **negativa tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo**, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda". Entonces, cuál disposición legal se aplica la LM o la Ley 51? En materia tributaria según parece el efecto positivo del artículo 28 de la LM quedó enervado con la Ley Reformatoria a la Ley del Régimen Tributario Interno.

Poco tiempo después, el artículo 21 del Decreto Ley de Emergencia No. 5¹⁵⁶, publicado en RO. No. 396 de 10 de Marzo de 1994, sustituyó la "Disposición Final Primera" de la Ley No. 51, por la siguiente: " A partir del primero de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario y demás Leyes Tributarias prevean o no plazos específicos para resolver o atender **peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes**, la administración fiscal tendrá **el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse**. Si vencido el plazo señalado no hubiese pronunciamiento expreso respecto de las

leyes", sin que quepa considerar limitación alguna a esta facultad, como la que obra en el artículo 2 del Código Tributario (...)". Publicada en la Gaceta Judicial Serie XVI No. 14; Pág.: 3942.

¹⁵⁵ Ley 51, Reformatoria a la Ley del Régimen Tributario Interno, publicada en el RO No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

¹⁵⁶ Ley Reformatoria a la Ley No. 51 Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno, a la Ley No. 56 de Régimen Tributario Interno y al Código Tributario.

peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como **aceptación tácita** de los mismos. El funcionario por cuya causa se hubiere producido una aceptación tácita, por silencio administrativo, podrá ser removido de su cargo, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar contra él de conformidad con las normas legales pertinentes" (lo resaltado me pertenece). Entonces con esta reforma y a partir del primero de enero de 1995, de manera general, todas las **peticiones, reclamaciones o recursos** no atendidos en 120 días término se entenderán aceptados tácitamente cambiándose, en materia tributaria, el efecto del silencio administrativo de negativo a positivo. En este sentido se ha pronunciado la sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en el Fallo No. 19-97, correspondiente al caso Conservas Isabel Ecuatoriana S.A. en contra del Director General de Rentas Internas, en el cual expresa que el artículo 21 de la Ley 05 aplica el silencio positivo establecido por el artículo 28 de la LM y que siendo evidente la intención del legislador toda norma que se le oponga ha quedado modificada dejando de regir los artículos 102,125,127,136 y 137 del Código Tributario en tanto en cuanto den al silencio administrativo el efecto de negativa tácita de la pretensión del recurrente¹⁵⁷.

A pesar de haberse dado gran avance en materia de silencio administrativo con el tantas veces mencionado Decreto Ley 05, tal como ocurrió con la

¹⁵⁷ Fallo 19-97 publicado en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 14, Pág.: 3942 y 3943; iguales pronunciamientos constan en los Fallos No. 58-96 y 30-97 publicados en la misma Gaceta Judicial.

publicación paralela de la Ley de Modernización y de la Ley 51, en el mismo RO. consta también el Decreto Ley 04 con el cual se expide la Ley Orgánica de Aduanas¹⁵⁸ cuyo artículo 102 literal ch) reforma los artículos 102 y 127 del Código Tributario disponiendo que comiencen con la frase: "salvo lo que dispongan leyes especiales ". Con ello "(...) se pretendió establecer como regla general de los procedimientos tributarios el silencio de efectos negativos y dejaba al silencio positivo como excepción para los casos en que una ley especial así lo previere (...)"¹⁵⁹.

Si bien el Decreto Ley 05 es muy claro al otorgar el efecto positivo a peticiones, reclamaciones y recursos nada dice respecto de las consultas tributarias. Presentada una consulta, la autoridad competente podrá contestarla sin tener límite de tiempo?. No. En mi criterio la autoridad competente deberá contestar las consultas en el término de quince días que prevé el artículo 28 de la LM pues no se puede menoscabar el ejercicio del derecho de petición de los administrados so pretexto de amparar la ineficacia de los funcionarios públicos.

¹⁵⁸ Sustituido por la Ley 99, publicada en el RO. No. 359 de 13 de julio de 1998, con el cual se expide la nueva Ley Orgánica de Aduanas.

¹⁵⁹ Edgar Neira Orellana, "Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos", Ruptura N. 46, Asociación Escuela de Derecho de Pontificia Universidad Católica, Quito- Ecuador, 2003, Pág.: 165.

Ya en 1999, la Ley No. 24¹⁶⁰, publicada en el ROS. No. 181 de 30 de abril de ese año, reforma el artículo 21 del Decreto Ley 05 suprimiendo la palabra "peticiones" y la Ley 41¹⁶¹, publicada en el ROS. No. 325 de 14 de mayo de 2001, suprime también la palabra "recursos". Estas modificaciones trataron de menoscabar el derecho de petición de los administrados reduciéndolo en el ámbito tributario sólo a los reclamos administrativos.

Una vez reducido el ámbito de aplicación del Decreto Ley 05 a los reclamos, qué sucede con las peticiones y los recursos?. Dos son las puntualizaciones al respecto: **a)** Para el caso de las peticiones se aplicará el término de 15 días previsto por el artículo 28 de la LM; **b)** En el caso de los recursos hay que distinguir entre el recurso de revisión y el de reposición; respecto del primero la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado reiterativamente¹⁶² en el sentido que "(...) no procede el silencio administrativo en los casos de recurso de revisión (...)" y

¹⁶⁰ El **literal b) del artículo 49 de la Ley No. 24** dispone que: "En el primer inciso del artículo 21 del Decreto - Ley 05, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994, suprimir la frase "o atender peticiones"".

¹⁶¹ El **literal b) del artículo 60 de la Ley No. 41** dispone que: "En los dos primeros incisos del artículo 21 del Decreto - Ley No. 05, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994, elimínese las palabras: "o recursos"".

¹⁶² En los Fallos No. 68-2003, publicado en el RO. No. 555 de 31 de marzo de 2005; No. 133-93, publicado en el RO. No. 377 de 6 de agosto de 1998; No. 25-01, publicado en el RO. No. 680 de 10 de octubre del 2002; No. 79-99, publicado en el RO. No. 52 de 1 de abril de 2003; No. 58-2001, publicado en el RO. No. 53 de 2 de abril del 2003.

el segundo (Art. 136 y 137 del C.T.) fue derogado expresamente por el artículo 1 de la "Ley Para la Reforma de las Finanzas Públicas"¹⁶³.

- c. Sistema de la Codificación del Código Tributario del 2005.-** La novísima codificación del Código Tributario publicada en el RO. No. 38 de 14 de junio del 2005 respecto del silencio administrativo hace las siguientes precisiones: **a)** recoge acertadamente en su artículo 104¹⁶⁴ la institución de la aceptación tácita en concordancia con el Decreto Ley 05; **b)** codifica erradamente el artículo 104 puesto que, de manera general establece el término de 120 días para que las autoridades resuelvan peticiones, reclamos y recursos sin considerar que el Decreto Ley 05 luego de las reformas efectuadas por la Ley 24-99 y por la Ley 41-2001 sólo se aplica a los reclamos administrativos (120 días), que para las peticiones corre el término de 15 días previsto por el artículo 28 de la Ley de Modernización; **c)** no considera que el Decreto Ley 05 nada dice respecto de las consultas

¹⁶³ Ley 99-24, publicada en el ROS No. 181 de 30 de abril del 1999.

¹⁶⁴ “**Art. 104 de Codificación del Código Tributario.- Aceptación tácita:** La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda. El funcionario responsable será sancionado conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada ”.

“**Art. 132 de la Codificación del Código Tributario.- Plazo para resolver:** Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos: **1)** Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que decida prescindir de ellos; **2)** Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día

tributarias y que por tanto la norma aplicable a ésta especie de peticiones es el término de 15 días previsto por el artículo 28 de la LM siendo inaplicable el artículo 137¹⁶⁵ de la codificación; y, **d)** el legislador al codificar el artículo 134 comete un error puesto que copia el segundo inciso del artículo 127 del Código Tributario de 1975 otorgando al funcionario público, en su sistema de silencio administrativo positivo, la facultad de resolver fuera de plazo lo que es simplemente inadmisibles como lo he explicado a lo largo de este trabajo.

En virtud de lo dicho puedo concluir que en materia tributaria los reclamos administrativos deben ser resueltos en 120 días hábiles; las peticiones y consultas tributarias en quince días término según lo previsto por el artículo 28 de la LM y respecto de los recursos de revisión –Ley y jurisprudencia- y de reposición - derogado expresamente por Ley 24 del 99- no cabe silencio administrativo.

Análisis del artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas¹⁶⁶:

hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y, **3)** Las reclamaciones aduaneras, en las que la resolución se expedirá en 120 días hábiles por el Gerente Distrital de Aduana respectivo".

¹⁶⁵ “**Art. 137 de la Codificación del Código Tributario.- Absolución de consultas:** Las consultas, en el caso del inciso 1º. del artículo 135, se absolverán en la forma establecida en el artículo 81 y dentro del plazo de treinta días de formuladas. Respecto de las previstas en el inciso 2º. del mismo artículo 135 se entenderán en igual plazo, a menos que fuere necesario la expedición de reglamento o de disposiciones de aplicación general".

¹⁶⁶ Ley Orgánica de Aduana publicada en el RO No.359 de 13 de julio de 1998.

El artículo 77 de la Ley Orgánica de Aduanas¹⁶⁷ -en adelante LOA- también reconoce el silencio positivo para las reclamaciones en cuyo caso el Gerente que conoce de ella deberá resolverla en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, que no excederá de diez días. La falta de resolución dentro de tal período causará la aceptación tácita del reclamo. Por ejemplo, en el caso Inverplata S.A. contra el Gerente del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en Fallo No. 4-2004, publicado en el RO. No. 557 de 4 de abril del 2005, atendiendo el recurso de casación interpuesto por la CAE considera: que el 8 de diciembre del 2000 la empresa solicita al Gerente de la CAE la devolución de cierta suma de dinero; que la respuesta negativa a la misma fue notificada el 24 de enero del 2001 y que entre al presentación de la reclamación y la notificación con su resolución

¹⁶⁷ “**Art. 77 de la LOA: Resolución.-** El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días.

La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio del recurso de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar.

La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo.

La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impondrá una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, a los funcionarios responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar”. Vigente desde ROS. No 219 de 26 de Noviembre del 2003.

transcurrieron treinta y un días habiéndose producido el silencio administrativo previsto en el artículo 77 de la LOA. Por lo que desechó el recurso interpuesto.

El artículo 77 en concordancia con el artículo 28 de la LM establece como obligación del Gerente General de la CAE imponer una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales al funcionario responsable de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar. En cambio, a diferencia de la LM, establece de manera expresa dos de los efectos del silencio administrativo positivo - acto administrativo presunto-: **a)** da a la aceptación tácita el carácter de acto firme que causa estado; y, **b)** en virtud del derecho autónomo que origina el silencio positivo, producida la aceptación tácita, excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa.

Efectos:

Las consecuencias jurídicas de haber ganado lo solicitado a través de la institución del silencio administrativo de efectos positivos son los siguientes:

- a) Nacimiento de un acto administrativo:** Como ya lo expliqué el silencio administrativo positivo da lugar al nacimiento de un acto administrativo presunto. Jurisprudencia de casación de la Sala de la Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, al respecto dice:

“(...) **el silencio administrativo positivo es un verdadero acto administrativo**, equivalente a una autorización o aprobación a la que sustituye. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio, (...) que la administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Este acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia nulo de pleno derecho (...)”¹⁶⁸.

Por ser el silencio administrativo de efectos positivos un acto administrativo presunto, conforme la legislación y la jurisprudencia (Resolución 341-99 del proceso Zapata vs. Ministerio de Finanzas), comparte también las características de los actos administrativos en general¹⁶⁹.

b) Nacimiento de un derecho autónomo: Ernesto García - Trevijano Gárnica explica que para el peticionario el acto presunto por silencio

¹⁶⁸ Resolución No. 341-99, publicada en el RO No.10 de 4 de febrero del 2000, correspondiente al caso Zapata vs. Ministerio de Finanzas.

La Resolución No. 80-99, publicada en el RO No. 346 de 13 de junio del 2001, de la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en el caso Confiteca vs. SRI también establece que "(...) el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de la autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo **que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo**, equivalente a la aprobación o autorización a las que sustituye legalmente (...)".

¹⁶⁹ Para mayor abundamiento respecto de este tema mirar el análisis de las características del acto administrativo y del silencio positivo.

positivo es un acto declarativo de derechos al cual no se lo podrá extinguir del mundo jurídico sino empleando "(...) las vías legalmente previstas para los actos expresos (...)"¹⁷⁰. Siguiendo esta posición doctrinaria, en nuestro país, constituye precedente jurisprudencial obligatorio según consta de la Resolución No. 331-97, publicada en el RO. No. 287 de 31 de marzo de 1998 e idénticos pronunciamientos constan en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No. 715 de 29 de noviembre del 2002, en la Resolución No. 194-04 publicada en el RO. No. 486 de 21 de diciembre de 2004 y en la Resolución No. 297-04 publicada en el RO No. 56 de 8 de julio del 2005; que:

"(...) el derecho que se establece como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, **es un derecho autónomo**, que (...) nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al **que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuanto tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio (...)**" (lo resaltado es mío).

Por tanto, agrega la jurisprudencia, no puede ser desconocido del mundo jurídico mediante otro pronunciamiento en contrario (Resolución N. 128 publicada en el RO No. 605 de 26 de junio del 2002) sino luego de un

¹⁷⁰ Ernesto García- Trevijano, "El silencio administrativo en el derecho español", Edit. Civitas, Madrid-España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, "El Silencio Administrativo", Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 208.

proceso de lesividad (Resolución 03-2000, publicada en el RO N.49 de 3 de abril del 2000).

Quedó claro que a raíz de haber ganado lo solicitado por silencio administrativo positivo se genera un derecho autónomo o independiente que: **a)** no puede ser arbitrariamente suprimido –irrevocabilidad- sino luego de un proceso de lesividad¹⁷¹ en atención a lo dispuesto por el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva y por el artículo 23, literal d), de la LJCA; y, **b)** origina una acción procesal independiente la que puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional (Resolución No. 358 publicada en el RO. No.23 de 17 de febrero de 2003 igual pronunciamiento en la Resolución No. 274 publicada en el RO. No 715 de 29 de noviembre del 2002 y en la Resolución No. 297-04 publicada en el RO. No. 56 de 8 de julio del 2005) pues en virtud del **automatismo**, peculiaridad propia del silencio administrativo de efecto positivo, transcurrido el plazo legal “(...)se

¹⁷¹ Resolución No. 03-2000 publicada en el RO No. 49 de 3 de abril del 2000 correspondiente al caso Raad- IESS: En lo particular, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su parte resolutive entre otros puntos, declara ilegales los actos administrativos mediante los cuales el Consejo Superior de Administración del IESS destituyó, por supuesto abandono, al señor Raad del cargo de Director Nacional Médico (sic) Social del IESS. Para emitir este fallo la sala consideró que el Consejo Superior en vista del silencio administrativo, ante la solicitud del señor Raad para que se le acepte su renuncia, la pretensión del peticionario fue tácitamente aceptada y siendo así no podía iniciar un sumario por abandono en contra del recurrente cuando el último ya estaba cesado en sus funciones por el Ministerio de la Ley. Además la Sala es muy precisa al señalar en lo medular que “(...) **los efectos del acto administrativo antes señalado –refiriéndose al silencio administrativo- que indudablemente benefician al actor, no podían ser arbitrariamente suprimidos sino luego de un proceso de lesividad (...)**” (la cursiva es mía).

entenderá (de manera automática) otorgado lo solicitado (...)”¹⁷² 115
siempre y cuando el pedido haya sido “(...) dirigido y presentado ante la
autoridad competente y que no contenga pretensiones absurdas o
contrarias a derecho(...)” en conformidad con los pronunciamientos de la
Corte Suprema de Justicia¹⁷³.

- c) Perdida de la competencia del funcionario:** Visto fue que en el
ordenamiento jurídico ecuatoriano son inadmisibles las resoluciones
expresas tardías; pero en lo que respecta a éste epígrafe es preciso
analizar por qué la administración torna incompetente para resolver el
pedido?.

El legislador al establecer un tiempo (15 o 120 días término) dentro del
cual el órgano administrativo debe resolver sobre una petición limitó su
competencia particular (facultad resolutive) a un período que comienza
con la recepción de la queja y que concluye al fenecer el plazo legal para
conocer sobre el asunto a él sometido. Entonces, transcurrido el plazo
legal, sin que medie resolución expresa notificada, qué ocurre?. Dos son
las consecuencias de la omisión del órgano administrativo: **a) caducidad**

¹⁷² Ernesto García- Trevijano, “El silencio administrativo en el derecho español”, Edit. Civitas, Madrid-España, 1990. Obra citada por Gustavo Penagos, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1997; Pág.: 51.

del derecho del funcionario para emitir una resolución y la consecuente pérdida de la competencia -en razón del tiempo- para hacerlo¹⁷⁴; y, **b)** a falta de acto expreso, por disposición de la Ley, éste es sustituido por el acto presunto del silencio administrativo positivo.

Si el funcionario incompetente emite resolución expresa de signo contrario al ganado por silencio qué efecto tiene? El efecto de inexistencia que producen las resoluciones expresas tardías fue tratado dentro del tema “elementos” del silencio administrativo.

d. Derecho a la ejecución de lo ganado mediante silencio: Como consecuencia del derecho autónomo que surge del silencio administrativo positivo, el administrado tiene el derecho a ejecutar su derecho subjetivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente¹⁷⁵.

¹⁷³ Resolución N. 211-04 publicada en el RO. N. 496 del 4 de enero del 2005 y las Resoluciones N. 228-04, N. 229-04 y N. 230 de la Sala de lo Contencioso Administrativo publicadas en el RO. N. 497 del 5 de enero del 2005.

¹⁷⁴ Según lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia tanto en sala de lo Contencioso Administrativo como en la de lo Fiscal, la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa dentro del plazo legal ocasiona la pérdida de su competencia para hacerlo. Fallo de la Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo (caso Zapata vs. Ministerio de Finanzas) No. 341-99, publicado en el RO. No. 10 de 4 de febrero del 2000; Fallo de la Sala Especializada de lo Fiscal (caso Confiteca vs. SRI) No. 80-99, publicado en el RO. No. 346 de 13 de junio de 2001; Fallo de la Sala Especializada de lo Fiscal (caso Flopec vs. Director General de Rentas) No. 38-96, publicado en el RO. No. 39 de 8 de abril de 1997 y Fallo de la Sala Especializada de lo Fiscal (caso Dan Química vs. Director General de Rentas) No.58-96, publicado en el RO. No. 55 de 27 de octubre de 1998.

¹⁷⁵ La Ley de Modernización del Estado establece cuál es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. “**Art. 38 LM:** Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y

Así lo ha sentado la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁶.

de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector Público. **El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio.** El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativa o en el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa” (lo resaltado me pertenece).

Por otra parte, mediante Resolución No. 000, publicada en el RO. No. 310 de 5 de Noviembre de 1993, la Corte Suprema de Justicia determinó las Jurisdicciones de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal de la siguiente manera:

- A) Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo:** **1)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito tendrá jurisdicción en las provincias de: Pichincha, Imbabura, Carchi, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Pastaza, Napo y Sucumbios; **2)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.2 con sede en la ciudad de Guayaquil tendrá jurisdicción en las provincias de: Guayas, Los Ríos, El Oro y Galápagos; **3)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca tendrá jurisdicción en las provincias de: Azuay, Cañar, Loja, Morona Santiago y Zamora Chinchipe; **4)** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo tendrá jurisdicción en las provincias de: Manabí y Esmeraldas.
- B) Tribunales Distritales de lo Fiscal:** **1)** Tribunal Distrital con sede en la ciudad de Quito tendrá jurisdicción en las provincias de: Pichincha, Imbabura, Carchi, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Pastaza, Napo y Sucumbios; **2)** El Tribunal Distrital de lo Fiscal con sede en la ciudad de Guayaquil tendrá jurisdicción en las provincias de Guayas, Los Ríos, El Oro y Galápagos; **3)** El Tribunal Distrital con sede en la ciudad de Cuenca tendrá jurisdicción en las provincias de: Azuay, Cañar, Loja, Morona Santiago y Zamora Chinchipe; **4)** El Tribunal Distrital de lo Fiscal con sede en ciudad de Portoviejo tendrá jurisdicción en las provincias de: Manabí y Esmeraldas.

¹⁷⁶ Fallo No. 331-97 (caso Agip vs. Petrocomercial), publicado en el RO. No. publicada en el RO. No. 287 de 31 de marzo de 1998 , en la parte pertinente dice: “(...) la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, **de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a una de ejecución (...)**”. Idénticos pronunciamientos constan en los Fallos No. 124-99 (caso Proycons vs. Emetel) publicado en el RO. No. 237 de 20 de julio de 1999, en el Fallo No. 17-99 (caso Mortensen vs. Emetel) publicado en el RO. No. 214 de 17 de junio de 1999 y en el Fallo No. 297-04 publicada en el RO No. 56 de 8 de julio del 2005.

Ya en la práctica procesal, si el administrado tiene un derecho subjetivo ganado por silencio administrativo qué debe hacer?

Antes de contestar la pregunta planteada me permito exponer dos consideraciones: **a)** la Corte Suprema de Justicia ha señalado en sus fallos¹⁷⁷ que el administrado debe proponer un recurso subjetivo para la ejecución del derecho ganado mediante silencio administrativo; y, **b)** los casos patológicos¹⁷⁸ de ejecución del derecho ganado por silencio administrativo presentados ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, con sede en Quito, evidencian que es error recurrente en las demandas su mal planteamiento (recurso).

En virtud de lo señalado; soy del criterio que, el administrado no debe plantear un recurso subjetivo cuyo objeto es impugnar el acto desestimatorio y sí debe plantear una acción de ejecución “(...) tendente a obtener el cumplimiento práctico del derecho (...) que no se confunde con el proceso ejecutivo reglado por el Código de Procedimiento Civil el cual es una especie de aquel (...); advirtiéndose, por tanto, que conforme se analiza la acción es de ejecución, no de conocimiento de donde fluye sin esfuerzo que no ha lugar al recurso de casación (...)”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Resolución No. 128-02, publicada en el RO No. 605 de 26 de junio del 2002.

¹⁷⁸ Con el nombre “casos patológicos” me refiero a las demandas que plantean un recurso subjetivo para la ejecución del derecho ganado por silencio administrativo.

¹⁷⁹ Fallo No. 297-04, publicado en el RO. No. 56 de 8 de julio del 2005.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no prevé expresamente un procedimiento para ejecutar un derecho ganado por silencio administrativo positivo. La praxis ¹⁸⁰ revela que, en estos casos, el procedimiento aplicado es el previsto por los artículos 32 y siguientes de la LJCA con el objeto de que la administración pública tenga la posibilidad de alegar la ilegalidad del acto administrativo presunto. Como consecuencia de lo mencionado “(...) conviene anotar que en el proceso de ejecución del derecho adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo las dos circunstancias que se debe establecer en dicho proceso son si la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente para dejar sin efecto el acto impugnado y si lo aprobado por el silencio administrativo se halla afectado por nulidad insubsanable, asuntos ambos que son de pleno derecho, por lo que el trámite de ejecución no debe tener prueba. Consiguientemente, si se alega alguno de estos asuntos hay lugar a que se conceda, únicamente respecto de ellos, el recurso de casación (...)”¹⁸¹.

Contestada la pregunta anterior deviene de ella el determinar dentro de qué tiempo el peticionario puede plantear la acción de ejecución?

¹⁸⁰ Casos tramitados en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.1 con sede en Quito.

¹⁸¹ Fallo No. 297-04, publicado en el RO. No. 56 de 8 de julio del 2005.

La jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia¹⁸² ha señalado que el peticionario debe ejecutar su derecho ganado por silencio administrativo en el término de 90 días. Pero, si bien la Corte ha circunscrito la acción dentro de un plazo legal no ha determinado desde cuándo el peticionario ha de comenzar a contar tal período; al respecto creo que dicho término debe contarse desde el día siguiente a la fecha en que venció el término para resolver.

Concluido el proceso el juez administrativo tiene dos opciones: **1)** Dictar sentencia ordenando la ejecución del derecho subjetivo del peticionario; o **2)** Declarar inadmisibile la demanda de ejecución por nulidad del acto presunto. Me pregunto si en este caso cabe la aplicación supletoria de una resolución expresa tardía de signo contrario? La respuesta es no. Según he venido sosteniendo, transcurrido el plazo legal sin que medie resolución expresa: **a)** se entiende aceptado lo solicitado; y **b)** el funcionario público pierde su competencia para resolver deviniendo inaplicable la resolución expresa tardía de signo contrario, aunque no exista acto presunto, quedando a salvo el derecho del administrado para pedir en derecho lo propio.

¹⁸² Fallo 297-04, publicado en el RO. No. 56 de 8 de julio del 2005; Fallo 272-04, publicado en el ROS. Del 6 de mayo del 2005 y Fallo 128, publicado en el RO. No. 605 de 26 de junio del 2002. Estos fallos

CAPITULO TERCERO
DERECHO COMPARADO

Título I

Silencio administrativo en la legislación española

Título II

Silencio administrativo en la legislación colombiana

Derecho Comparado

Título I

El silencio administrativo en la legislación española:

La Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución Española, referente a “los derechos fundamentales y las libertades públicas”, consagra el derecho de petición: **“Artículo 29: 1.** Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley; **2.** Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”.

Más adelante el texto constitucional en su artículo 103.2 en relación con el artículo 149.1.18¹⁸³ establece que los órganos de la Administración del

¹⁸³ **“Art. 149 de la Constitución Española:** 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

Estado¹⁸⁴ se regirán de acuerdo con su Ley. Dos son los cuerpos normativos

que norman tal actuar: La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

La institución del silencio administrativo consta en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa¹⁸⁵ y en los artículo 94 y 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Según la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOAFAGE) la Administración General del Estado está integrado, entre otros, por: **a)** órganos centrales integrado por ministerios; **b)** órganos territoriales integrado por ejemplo por delegados del gobierno en comunidades autónomas; **c)** administración general del estado en el exterior.

¹⁸⁵ "**Art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española:** **1.-** Cuando se formule alguna petición ante la administración y ésta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. **2.-** En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada.".

¹⁸⁶ "**Art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo Española:** **1.-** Cuando se formule alguna petición ante la administración y esta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá renunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. **2.-** Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo. **3.-** En uno y otro caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá

De la lectura de la normativa relacionada con el tema materia de estudio se desprenden las siguientes conclusiones: **1.-** El derecho de petición es un derecho fundamental que puede ser ejercido individual o colectivamente salvo los miembros de las fuerzas o institutos armados que lo harán individualmente y conforme a su propia ley; **2.-** Para la Administración del Estado¹⁸⁷ rige el

deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente".

"Art. 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo Española: Por último, el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y de tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no preveían para el silencio positivo un plazo especial, este será de tres meses, a contar desde la petición."

¹⁸⁷ Ernesto - García Trevijano con relación al régimen aplicable a las Comunidades Autónomas hace las siguientes consideraciones: "Esta regulación legal (refiriéndose a los artículos pertinentes de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la Ley de Procedimiento Administrativo) es plenamente aplicable a la Administración del Estado, si bien, tras la constitución de 1978, cabe plantearse cuál es el régimen aplicable a las comunidades autónomas, así como a las propias Corporaciones locales. En este sentido debe recordarse que el artículo 149.1.18 de la Constitución establece que es competencia exclusiva del Estado la regulación del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas, recogiendo esta previsión constitucional, la Ley 12/1983 de 15 de octubre, del Proceso Autonómico, dispone en su artículo 12.1 que será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas, y a los organismos que de ella dependan, la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquellas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por Ley de la respectiva Comunidad Autónoma sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal a favor del administrado. La cuestión estribará entonces en determinar si cabe incluir al silencio administrativo dentro del denominado <<procedimiento administrativo común>>. Y, en efecto, a mi juicio la regulación del silencio administrativo tanto positivo como negativo, forma parte del <<procedimiento administrativo común a los efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución, constituye precisamente una forma específica de terminación del procedimiento

silencio administrativo de efectos negativos con denuncia de mora; **2.-** Cabe también silencio positivo, sin denuncia de mora, siempre que lo establezca norma expresa o cuando se trate de aprobaciones o autorizaciones¹⁸⁸ por acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de órganos superiores sobre los inferiores.

A diferencia del régimen jurídico ecuatoriano (Art. 28 LM) la legislación española: **a)** Establece expresamente que el derecho de petición se ejerce individual o colectivamente –nada dice nuestro texto constitucional-; **b)** Establece de manera general que el computo del tiempo para que opere el silencio negativo y positivo se mide en plazos y no en términos (LM o decreto Ley 05); **c)** Contempla, en el artículo 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la figura de la denuncia de la mora como requisito indispensable

administrativo mismo, muy habitual (...)" . Tomado de Ernesto García – Trevijano Gárnica, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 114-115.

¹⁸⁸ Por ejemplo, el Real Decreto - Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales, respecto de licencias y autorizaciones en su artículo 1 dispone: " Las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo se entenderán otorgadas por silencio administrativo positivo, sin necesidad de denuncia de mora, transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, salvo que previamente tuvieran establecido un plazo inferior, siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentados y éstas se ajusten al ordenamiento jurídico (...)" . Tomado de Ernesto García – Trevijano Gárnica, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 117.

para que opere el silencio negativo. Para Ernesto García - Trevijano Gárnica¹⁸⁹ la denuncia de la mora es el escrito de advertencia o recordatorio que se formula a la administración, transcurrido determinado plazo, de la existencia de una petición aún no absuelta que puede devenir en la ficción del silencio negativo. La consecuencia de emitir una "resolución expresa tardía" sin que medie recordatorio implica que ella deviene en una resolución emitida fuera de plazo.

¹⁸⁹ Ernesto García – Trevijano Gárnica, “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990; Pág.: 144.

Título II

El silencio administrativo en la legislación colombiana:

El derecho de petición y la institución del silencio administrativo en la legislación colombiana están previstos, respectivamente, en los artículos 23 de la Constitución¹⁹⁰ y 40¹⁹¹, 41¹⁹² y 42¹⁹³ del Código Contencioso Administrativo.

¹⁹⁰ **"Art. 23 de la Constitución Colombiana:** Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

¹⁹¹ **"Art. 40 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Silencio Negativo.-** Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto (60)".

¹⁹² **"Art. 41 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Silencio Positivo.-1** Solamente en los actos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación. El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71,73 y 74".

"Art. 71 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Oportunidad: La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativo, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda".

De la lectura de los citados artículos puedo concluir que: **a)** Por regla general, transcurridos tres meses sin pronunciamiento de la autoridad el pedido se entiende negado; y; **b)** Solamente en los actos expresamente previstos en disposiciones especiales cabe el silencio positivo.

"Art. 73 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Revocación de los actos de carácter particular y concreto.- Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular o concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. **Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (41)".**

"Art. 69 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Causales de revocación: Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: **1)** Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley; **2)** Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; **3)** Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

"Art. 74 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Procedimiento para la revocación de los actos de carácter particular y concreto: Para proceder a la revocación de los actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes. El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca".

¹⁹³ **"Art. 60 del Código Contencioso Administrativo Colombiano: Silencio administrativo.-** Transcurrido un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas. La ocurrencia del

En relación con la legislación ecuatoriana encuentro las siguientes variantes: **a)** El derecho de petición ante autoridades colombianas puede ser por motivos de interés general o particular; **b)** La ocurrencia del silencio negativo no impide la decisión ulterior de la autoridad salvo que el peticionario haya recurrido en sede administrativa teniendo por fundamento el acto presunto; **c)** El silencio negativo y el positivo son considerados de manera expresa por la legislación como actos presuntos; **d)** En el silencio positivo y negativo el término (plazo) para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación; y, **e)** Cabe revocatoria del acto presunto positivo por motivos de constitucionalidad, legalidad, cuando atenten contra el interés público o cuando afecten terceros.

silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1° no exime a la autoridad de responsabilidad; ni impide resolución mientras no se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (40)".

CAPITULO CUARTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Título I

Conclusiones generales.-

Conclusión particular.-

Título II

Recomendaciones: Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y al Código Tributario.-

Conclusiones y Recomendaciones

Título I

Conclusiones Generales:

1. La Constitución Política de la República del Ecuador, al igual que sus similares Española y Colombiana, reconoce el derecho de petición (Art. 23, numeral 15) y garantiza su cumplimiento a través de un conjunto de preceptos que le dan vida y de un engranaje jurídico que regula su ejercicio;
2. El legislador, guiado por el precepto constitucional de responsabilidad general de los funcionarios públicos, configuró en los artículos 28 y 33 de la LM sanciones civiles, administrativas y penales para todo funcionario que incumpla con sus deberes relaciones con el derecho de petición diferenciando entre las sanciones atribuidas al funcionario que no resuelve y aquellas atribuidas al funcionario que no entrega la certificación del vencimiento del plazo para resolver;
3. Si bien la institución del silencio administrativo positivo busca viabilizar la aplicación del derecho de petición, la praxis revela que los beneficios de la aceptación tácita no logran su cometido cuando los administrados, por desconocimiento de las garantías que implica un efectivo ejercicio del

derecho de petición, abandonan su derecho ante negativas de los administradores públicos;

4. No todo pedido inatendido da lugar al silencio administrativo solo aquel que está dirigido a autoridad competente y que no adolece de nulidad absoluta;
5. El efecto general que la legislación ecuatoriana otorga al silencio administrativo es positivo (Art. 28 de la LM) y por excepción negativo (Art. 85 de la LOGGE);
6. El silencio administrativo positivo es un acto presunto contentivo de una aceptación tácita –derecho subjetivo del peticionario- que: **a)** impide que la autoridad emita resoluciones expresas tardías de signo contrario a lo ya ganado por silencio; **b)** que permite que el peticionario obtenga sólo aquello que la autoridad podía otorgar; y, **c)** que faculta al peticionario a ejecutar su derecho ganado por silencio;
7. El silencio negativo es una ficción legal que: **a)** no enerva al obligación de la administración de emitir pronunciamiento sobre las peticiones de los administrados; y, **b)** que faculta al peticionario a ejercer su derecho de tutela judicial efectiva;

8. El legislador al reformar el artículo 28 de la Ley de Modernización otorgó mayor importancia a la sanción al funcionario moroso de sus obligaciones que a los efectos de la institución del silencio administrativo positivo dejando a la norma huérfana de conceptos y dando lugar, inclusive, a que la misma Corte Suprema de Justicia aplique en casos concretos interpretaciones extensivas y erróneas al artículo 28 de la LM;
9. El plazo de dos meses previsto por los artículos 175.2 y 177.2 del ERJAFE sólo rigen para recursos de reposición y apelación no atendidos en tal periodo y para el recurso de revisión se aplica el término general previsto por el artículo 28 de la Ley de Modernización;
10. En materia tributaria los reclamos administrativos deben ser resueltos en 120 días término (Decreto Ley 05); las peticiones y consultas en quince días término (Art. 28 de la LM) y respecto del recurso de revisión o de reposición no cabe silencio administrativo;
11. Del análisis de los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Corte Suprema se desprenden dos posiciones: **a) La primera**, antes de la reforma del artículo 28, según la cual en virtud del principio del automatismo del silencio administrativo positivo, teniendo como presupuesto el cumplimiento de los requisitos de viabilidad de la petición, el derecho subjetivo del administrado es de ejecución inmediata; y, **b) La segunda**,

luego de la reforma del artículo 28, según la cual el peticionario cuenta con la acción de ejecución si tiene la certificación del vencimiento del plazo para resolver, el requerimiento judicial de esa certificación o su reiteración bajo prevenciones legales; caso contrario, es decir si el peticionario no tiene alguno de los tres instrumentos, debe plantear una acción de conocimiento;

12. La segunda postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha dado lugar a un retroceso en materia de silencio administrativo positivo por condicionar la acción de ejecución de un derecho subjetivo al cumplimiento de un recaudo formal que no es elemento esencial a la institución del silencio administrativo;

13. La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no contempla en ninguna de sus normas un proceso de ejecución para un derecho ganado por silencio administrativo lo cual ha determinado que, en la práctica, los Ministros del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, con sede en Quito, apliquen el procedimiento previsto por el artículo 32 y siguientes de la LJCA;

Conclusión particular:

Siendo aquel el panorama jurídico del silencio administrativo positivo en la legislación ecuatoriana puedo concluir que: **a)** En materia Contenciosa

Administrativa no existen las vías expeditas para que el peticionario ejecute su derecho tornando ineficaz la institución; y, **b)** En materia Tributaria para facilitar el ejercicio del derecho de petición es necesario reformar la novísima codificación del Código Tributario de tal manera que compile todas las reformas de la institución.

Título II

Recomendaciones:

En función del análisis realizado sugiero el siguiente:

Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y al Código Tributario:

El Congreso Nacional

Considerando:

Que en aplicación del derecho constitucional de petición es imperativo expedir normas que regulen todo lo atinente a la institución del silencio administrativo de efectos positivos;

Que igualmente debe establecerse en forma precisa el alcance, características y efectos de la institución del silencio administrativo de efectos positivos y el procedimiento para que el peticionario ejecute su derecho subjetivo;

Que la Ley de Modernización reformada ha dado lugar a que la Corte Suprema de Justicia realice interpretaciones extensivas al artículo 28 de la Ley de Modernización;

Que, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968 no contempla una acción que permita al peticionario ejecutar su derecho ganado por silencio administrativo positivo;

Que la actual codificación del Código Tributario no recoge todas reformas que ha tenido la institución del silencio administrativo e cuanto a pedidos, reclamos y recursos;

Que, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el proceso de ejecución del derecho ganado por silencio administrativo cabe recurso de casación tan sólo de asuntos de puro derecho y no de la acción de ejecución; y,

Que, la sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado en fallos de triple reiteración que respecto del recurso de revisión no cabe silencio administrativo de efectos positivos.

En uso de sus atribuciones constitucionales

Expide:

La siguiente Ley Reformativa a la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y al Código Tributario:

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 28 de la Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por el siguiente:

Art. 28.- Del derecho de petición: A efectos del ejercicio del derecho de petición se entenderá por petición todo reclamo, solicitud, queja, consulta o recurso presentado por el peticionario y por tal a quien ejerza su derecho de petición.

Artículo 2.- Agréguese a continuación del artículo 28 de la Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada los siguientes artículos innumerados:

Art.....- Del ejercicio del derecho de petición: El ejercicio del derecho de petición se regirá por las siguientes normas:

- 1) El pedido debe dirigirse a la autoridad competente y no estar viciado de nulidad absoluta;

- 2) Todo pedido a una autoridad pública deberá resolverse en un término no mayor de quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto;
- 3) Ningún órgano administrativo suspenderá la tramitación ni negará la expedición de una decisión sobre las peticiones presentadas por los administrados;
- 4) En todos los casos, vencido el respectivo término, el administrado podrá entender, por el silencio administrativo, que la reclamación ha sido aprobada o resuelta en su favor.

Art.....- Requisitos.- Se entenderá silencio administrativo de efectos positivos por la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Pedido dirigido a autoridad competente y sin causas de nulidad absoluta;
- 2) Transcurso del plazo legal sin resolución administrativa.

El derecho autónomo así ganado faculta al peticionario a su ejecución.

Art.....- De la ejecución del derecho ganado por silencio administrativo:

La ejecución del derecho autónomo ganado por silencio administrativo se regirá por las siguientes normas:

- 1) El acto presunto contentivo de la aceptación tácita faculta al peticionario a ejecutarlo directamente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso

Administrativo competente e impide que la autoridad emita resoluciones expresas tardías de signo contrario a lo ganado por silencio administrativo;

- 2) El peticionario podrá ejecutar su derecho ante otra entidad, organismo, institución del Estado o en registros solicitando por escrito al funcionario competente, bajo pena de destitución, le entregue una certificación del vencimiento del término para resolver;
- 3) La certificación del vencimiento del término para resolver sólo se la tendrá como prueba de que el pedido ha sido resuelto favorablemente en favor del administrado.

Art.....- De las sanciones: En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un pronunciamiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, el interesado queda facultado para denunciar el hecho a los jueces de la jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor de quince días a partir de la fecha de su presentación, sancionará administrativamente al culpable de ser el caso

comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite al correspondiente enjuiciamiento.

Artículo 3.- Sustitúyase el primer inciso del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el siguiente:

Art. 3.- (Clases de recurso y acción de ejecución).- El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. Para ejecutar el derecho autónomo ganado por silencio administrativo la persona natural o jurídica debe interponer una acción de ejecución.

Artículo 4.- Agréguese al final del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los siguientes incisos:

La acción de ejecución de lo ganado mediante silencio administrativo positivo viabiliza la aplicación del derecho de petición. Puede proponerse por quien tenga interés directo para deducirla de conformidad con los artículos 32 y siguientes de ésta Ley.

De la acción de ejecución de lo ganado por silencio administrativo no cabe recurso de casación salvo de los asuntos de puro derecho propios del proceso de ejecución.

Artículo 5.- Agréguese en la parte final del artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el siguiente inciso:

Las cuestiones de derecho que se ventilarán en el proceso de ejecución de lo ganado por silencio administrativo son dos:

- 1) Que el pedido hubiese estado dirigido a autoridad competente;
- 2) Que el pedido no esté viciado de causas de nulidad absoluta.

Artículo 6.- Agréguese al final del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo el siguiente inciso:

El término para deducir a acción de ejecución del derecho ganado por silencio administrativo será de 90 días contados desde el día siguiente a aquel en que venció el término para que el funcionario emita la resolución correspondiente.

Artículo 7.- Sustitúyase el artículo 104 del Código Tributario por el siguiente:

Artículo 104.- Aceptación tácita: La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado por el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de los reclamos. Igualmente, se entenderán aceptadas tácitamente las peticiones y consultas tributarias no atendidas en el término de quince días.

En todo caso, aceptada la petición el peticionario quedará facultado para el ejercicio de la acción que corresponda.

El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto por el artículo 28 en concordancia con el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

Artículo 8.- Agréguese a continuación del artículo 104 del Código Tributario el siguiente artículo innumerado:

Art.....- No cabe aceptación tácita respecto del recurso de revisión.

Artículo 9.- Suprímase el artículo 134 del Código Tributario.

Artículo 10.- Vigencia: Las reformas aprobadas en virtud de esta Ley, entrarán en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

CAPITULO QUINTO

BIBLIOGRAFIA

Base Legal

Jurisprudencia

Base Doctrinaria

Base Legal:

- ✓ Constitución Política de la República del Ecuador.
- ✓ Ley Orgánica de Aduanas.
- ✓ Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.
- ✓ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- ✓ Ley de Modernización del Estado y sus posteriores reformas.
- ✓ Codificación del Código Civil 2005.
- ✓ Codificación del Código Tributario 2005.
- ✓ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Jurisprudencia:

- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia N. 17-99 publicada en el ROS N. 214 de 17 de junio de 1999.
- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia N. 341-99 publicada en el RO N. 10 de 4 de febrero de 2000.
- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia N. 03-2000 publicada en el RO N. 49 de 3 de abril del 2000.

- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia N. 128 publicada en el RO N. 605 de 26 de junio del 2002.
- ✓ Resoluciones N. 274-2002 y 309-2002 de la Gaceta Judicial Serie XVII N.11.
- ✓ Resoluciones del Tribunal Constitucional N. 363-RA-01-IS, N. 408-RA-01-IS y N. 528-RA-01-IS publicadas en el RO N. 493 del 14 de enero del 2002.
- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo N. 200, publicada en el RO N. 646 de 22 de agosto del 2002.
- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo N. 194-04, publicada en el ROS. N. 486 del 21 de Diciembre del 2004.
- ✓ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo N. 211-04, publicada en el RO. N. 496 del 4 de enero del 2005.
- ✓ Resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo Ns. 228-04, 229-04 y 230-04 , publicada en el RO. N. 497 del 5 de enero del 2005.
- ✓ Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N.130-04, publicada en el RO N.504 del 14 de enero del 2005; en relación con la Resolución N. 279 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el RO N.44 de 20 de marzo de 2003.

Base Doctrinaria :

- ✓ **Cadena Barreto, Ana Carolina**, “El silencio administrativo”,
Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia
Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, 1988.
- ✓ **Bedón, René**, “Monitoreo de Normas y Sentencias”, Tomo II, Edit
Publicación de la Fundación Hacia la Seguridad – Imperio de la Ley,
Diciembre/2004.
- ✓ **Benda, Maihofer, Vogel y otros**, “Manual de Derecho Constitucional”,
Edi. II, Edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2001.
- ✓ **Benítez, José Julio**, “Instituciones del Derecho Administrativo”, apuntes
de clase de Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- ✓ **Cabanellas, Guillermo**, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”,
Tomo IV, Edit. Heliasta, Edi. XXIII, Madrid - España, 1994.
- ✓ **Dromi, Roberto**, “Derecho Administrativo”, Edi. VII, Edit. Ciencia y
Cultura, Buenos Aires – Argentina, 1998.
- ✓ **Ekkehart, Stein**, “Derecho Político”, Edi. Aguilar, Madrid- España, 1973.
- ✓ **Espinosa, Galo**, “Diccionario de Jurisprudencia Contencioso
Administrativa”, publicado por el Tribunal de lo Contencioso
Administrativo, Quito-Ecuador, 1992.
- ✓ **García de Enterría, Eduardo**, “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. X,
Edi. Civitas, Madrid- España, 2000.
- ✓ **García- Trevijano Gárnica, Ernesto**, “El Silencio Administrativo en el
Derecho Español”, Edi. I, Edit. Civitas, Madrid- España, 1990.

- ✓ **Garrido Falla, Fernando**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Vol III, Ed. I, Edi. Tecnos, Madrid- España, 2001.
- ✓ **Gordillo, Agustín**, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Edi.IV, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1999.
- ✓ **Granja Galindo Nicolás**, “Fundamentos del Derecho Administrativo”, Ed. IV, Edi. Jurídica del Ecuador, Quito- Ecuador, 2002.
- ✓ **Hidalgo López, Luis**, “La Telaraña Legal”, Ed. I, Edi Jurídica del Ecuador, Quito- Ecuador, 1999.
- ✓ **Kemelmajer de Carlucci, Aída**, “La Seguridad Jurídica” en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Edi. De Palma, Buenos Aires – Argentina, 1998.
- ✓ **Larrea Holguín, Juan**, “Derecho Constitucional”, Ed. IV, Edi. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2000.
- ✓ **López Aguilar, Juan Fernando y otros**, “Derecho Constitucional”, Vol. II, Edi. II, Edit. Tecnos, Madrid- España, 2003.
- ✓ **Meythaler, José**, “La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo”, “Iuris Dictio” Año III No. 7, Publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Quito – Ecuador, 2003.
- ✓ **Muñoz, Guillermo**, “Silencio de la Administración y Plazos de Caducidad”, Colección Ensayos Jurídicos, N.27, Edi. I, Edi. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1982.

- ✓ **Neira, Edgar**, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos” en “Ruptura N. 46”, PUCE, Quito- Ecuador, 2003.
- ✓ **Ossorio, Manuel**, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Edit. Heliasta, Buenos Aires – Argentina.
- ✓ **Penagos, Gustavo**, “El Silencio Administrativo”, Ed. I, Edi. Doctrina y Ley Ltda., Santafé de Bogotá-Colombia, 1997.
- ✓ **Secaira Durango, Patricio**, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Edi. I, Edit. Universitaria, Quito – Ecuador, 2004.
- ✓ **Vera José Bermejo**, “Derecho Administrativo Parte Especial”, Ed. I, Edi. Civitas, Madrid- España, 1994.
- ✓ **Zavala Egas, Jorge**, “Derecho Constitucional”, Tomo I y II, Ed. I, Edi. Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002.