UNIVERSIDAD TÈCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Análisis de los efectos jurídicos del silencio administrativo en la legislación Ecuatoriana.

TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

AUTOR: Bernal Avila, Xavier de Jesús

DIRECTOR: Carrión González, Paul Edvaldo, Dr

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor
Paul Edvaldo Carrión González.
DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: **"**Análisis de los efectos jurídicos del silencio administrativo en la legislación Ecuatoriana**"** realizado por Bernal Avila Xavier de Jesús, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, marzo de 2014.

f) . . . . . .

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Bernal Avila Xavier de Jesús declaro ser autor (a) del presente trabajo de fin de maestría: Análisis de los efectos jurídicos del silencio administrativo en la legislación Ecuatoriana, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo Paul Edvaldo Carrión González director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f. .....
Autor: Bernal Avila Xavier de Jesús
Cédula: 0104133368

DEDICATORIA

Dedicado a mi mejor amiga Martha C.M

Xavier de Jesús Bernal Avila

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi mejor amigo DIOS, por estar siempre conmigo, a mis Padres por su apoyo y ejemplo de humildad y sencillez.

Dr. Xavier de Jesús Bernal Avila

ÌNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS iii
DEDICATORIA iv
AGRADECIMIENTO v
ÌNDICE DE CONTENIDOS vi
RESÚMEN 8
ABSTRACT 9
INTRODUCCIÓN 10
CAPÍTULO 1 12
SILENCIO ADMINISTRATIVO 12
1.1.- Origen 13
1.2.- Concepto 13
1.3.- Clases 15
a) Positivo. 16
b) Negativo 18
CAPÍTULO 2 35
NATURALEZA CARACTERÍSTICAS 35
2.1.- Acto administrativo tácito 36
2.2.- Presunción legal 37
2.3.- El derecho de petición 39
2.4.- Acceso a la información pública 42
CAPÍTULO 3 47
SUPUESTOS PARA SU INVOCACIÓN 47
1.- Transcurso del tiempo 48
3.2.- Falta de Notificación 50
3.3.- A solicitud del Interesado 53
3.4.- De oficio por la Administración 54
3.5.-Supuestos para la Invocación del Silencio Administrativo 55
3.5.1.- La garantía constitucional del derecho civil de petición a las autoridades. 55
3.5.2.- La existencia de un reclamo. 56
3.5.3.- Que el reclamo reúna los requisitos dispuestos por Ley. 56
3.5.4.- Que la autoridad pública no haya resuelto dentro del término legal. 57
3.6.- Suspensión del Término 57

3.7.- Acreditación 58
3.8.- Revocatoria 59
3.9.- Supuestos en los que no procede invocar el silencio administrativo positivo en la legislación Ecuatoriana 59
CAPÍTULO 4 64
EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 64
4.1.- Constitución de la República del Ecuador 65
4.2.- Ley de Modernización del Estado 65
4.3.- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo. 66
4.4.- Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social 68
4.5.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 68
4.6.- Análisis de Casos en el Tribunal Contencioso Administrativo del Azuay o en Otros Tribunales. 71
CAPÍTULO 5 85
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 85
5.1.- Conclusiones 86
5.2.- Recomendaciones 87
5.3.- Proyecto de Reformas 88
BIBLIOGRAFÌA 91

RESÚMEN

El presente trabajo tuvo desde un inicio el objetivo de analizar cómo aplicar en la práctica el silencio administrativo, tomando en cuenta que esta figura jurídica surgió en nuestro país en un momento en que nos regíamos con una Constitución de corte liberal, pero actualmente contamos con una Constitución garantista de derechos enmarcada en la corriente neo constitucionalista, por lo que en este trabajo se da importancia a la aplicación del silencio administrativo en la corriente neo constitucionalista. Por lo que en este trabajo se pone énfasis en cómo puede el administrado beneficiarse del silencio administrativo en sus relaciones con la administración pública.

PALABRAS CLAVES: silencio, administrativo, positivo, negativo, constitución, legislación, supuestos, invocación, no, cabe.

ABSTRACT

This work was from the beginning in order to analyze how to apply in practice the administrative silence, considering that this legal in our country came at a time when we regíamos a liberal constitution, but we currently have a Free guarantor Constitution framed in the current neo constitutionalist, so in this paper emphasis is placed on the application of administrative silence in the current neo constitutionalist. So in this work the emphasis is on how to be managed to benefit from the silence in their relations with the public administration.

KEYWORDS: silence, administrative, positive, negative, constitution, legislation, cases, invocation, not fits.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de fin de maestría consiste en realizar un análisis de los efectos jurídicos del silencio administrativo en la legislación Ecuatoriana, pues es conocido que la legislación Ecuatoriana se encuentra en constante cambio y evolución, pese aquello no se ha logrado viabilizar una adecuada administración de Justicia, pero concretamente dentro del campo administrativo en donde sabemos que lamentablemente no existe una codificación de todas las regulaciones administrativas, lo cual sin duda dificulta que la administración pública sea ágil.

Así en el primer capítulo se analiza el origen histórico de esta figura, su concepto y clases de silencio administrativo que existen y han sido desarrollados por la doctrina y el que regula nuestra legislación.

En el segundo capítulo se explica la naturaleza, características del silencio administrativo abordando el acto administrativo tácito, presunción legal el derecho de petición y el acceso a la información pública.

Por otra parte en el tercer capítulo se trata de los supuestos requisitos que deben presentarse a fín de poder invocar que ha operado el silencio administrativo y hacer valer lo obtenido mediante el silencio administrativo.

Mientras que en el cuarto capítulo explicar cómo se encuentra regulado el silencio administrativo en la diversa normativa legal vigente en nuestro país.

Para finalmente en el capítulo cinco abordar las conclusiones, plantear recomendaciones respecto de esta figura del silencio administrativo y finalmente plantear un proyecto de reforma a la legislación que permita una aplicación más eficaz de los efectos del silencio administrativo en nuestro país.

Así la importancia de esta investigación radica en proporcionar al público en general la información suficiente a fín de poder ejecutar apropiadamente la figura del silencio administrativo en nuestro país, siendo una guía muy útil tanto para los administrados y funcionarios públicos que tienen que tratar con este tema a diario en el cumplimiento de sus funciones.

Respecto al problema de las dificultades que surgen en la práctica a la hora de aplicar el silencio administrativo se ha dado respuesta a estos inconvenientes, con una explicación como

debe abordarse este tema en un Estado constitucional garantista de derechos, dejando a un lado el criterio netamente legalista, de igual manera se ha planteado reformas a la legislación que rige el silencio administrativo a fin de que se acople al Estado constitucional de derechos y se pueda cumplir en la práctica el efecto positivo del silencio administrativo, reduciendo las trabas que hoy existen en la práctica para la aplicación del mismo.

Por lo expuesto se ha cumplido con el objetivo de dar una salida práctica a la aplicación de los efectos del silencio administrativo, dentro de nuestro país, pues el problema siempre ha consistido en que no se podía aplicar fácilmente los efectos del silencio administrativo cuando este se producía y el administrado quería ejecutarlo.

Así durante el desarrollo del presente trabajo debido a los medios tecnológicos con los que actualmente contamos, se ha dado la oportunidad de acceder a más información y fuentes doctrinarias que abordan el tema y permiten dar más alternativas de solución a las vicisitudes que surgen en la práctica a la hora de aplicar los efectos del silencio administrativo. Sin que esto signifique que no hayan existido dificultades pues recordemos que debido a la variedad de cuerpos legales que en nuestro país regulan este tema y con contradicciones entre los mismos se complica el hecho de poder dar una única aplicación a los efectos del silencio administrativo.

La metodología que se usó en el desarrollo de este trabajo ha sido el análisis doctrinario, jurisprudencial y legal. Usando técnicas de interpretación constitucional acordes al Estado constitucional de derechos regulado en la Constitución vigente, sin descuidar otros métodos de interpretación como son los principios generales del derecho, la equidad, la unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. Para la recopilación de la información se ha usado técnicas documentales como la recolección y análisis de la doctrina, leyes, jurisprudencia, etc. La información necesaria se obtuvo de libros físicos y digitales, bases de datos, registros oficiales, páginas de internet, revistas, etc.

.

CAPÍTULO 1

SILENCIO ADMINISTRATIVO

1.1.- Origen

“Mientras que el acto administrativo es expresión de voluntad de la administración pública, existen ocasiones en las cuales los órganos administrativos, por negligencia u otras causas no hacen expresión de esa voluntad requerida por los administrados; esto es guardan silencio frente a las peticiones, reclamaciones y recursos formulados para su decisión. El derecho de los ciudadanos debe ser atendido por la administración; por lo que la legislación pretende dar algún efecto jurídico a esa falta de atención pública, en razón de que los asuntos no deben quedar irresolutos.

Si bien en un primer momento la legislación no contempló efecto alguno a la incuria administrativa, seguramente por cuanto la arbitrariedad del ejercicio de las funciones estatales y de sus órganos era una especie de institucionalidad práctica que, aunque no estaba normada, había sido aceptada casi por todos, posteriormente se determinó la necesidad de encontrar una salida jurídica a esa institucionalidad irregular del poder público, entregando en la ley efectos que sustituyan a la omisión administrativa”[1].

Así la figura del silencio administrativo se origina en una situación concreta que es la falta de oportuna o clara respuesta por parte de la administración ante las peticiones que dirigen los administrados, por lo que de ninguna manera se puede entender esta ficción legal del silencio administrativo como una concesión voluntaria de la administración sino todo lo contrario como una forma de corrección de la incuria de la desidia de la administración pública, pues no es dable que el ciudadano común tenga que soportar esta deficiencia de la administración pública, más aún en un Estado constitucional de derechos como es el nuestro.

1.2.- Concepto

“Se denomina silencio administrativo al hecho de que cuando un ciudadano solicita algo a la Administración Pública (Estado, Ayuntamiento, Gobierno) puede darse el caso de que ésta no responda. La ley establece que en ciertos casos el silencio administrativo es *positivo*, lo que significaría que lo que se solicita es concedido. Sin embargo lo más corriente es que el silencio

[1]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 160.

administrativo sea *negativo*, en cuyo caso el ciudadano sabe que, transcurrido el plazo legal, puede recurrir la referida negativa ante instancias superiores.

El silencio administrativo es una de las formas posibles de terminación de los procedimientos administrativos. Lo característico del silencio es la inactividad de la Administración cuando es obligada a concluir el procedimiento administrativo de forma expresa y a notificar la resolución al interesado dentro de un plazo determinado.

El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio.

No están sujetos al régimen de silencio los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, así como aquellos terminados por pacto o convenio. Esta técnica es correlativa, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, al deber de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, que pesa sobre la administración pública y ha sido expuesto con anterioridad; deber que existe en todo procedimiento, cualquiera que se su forma de iniciación”[2].

“En el mundo del derecho, el silencio ha tenido y tiene varias interpretaciones.

a) En el derecho común, el silencio frente a una demanda que ha sido citada, se considera negativa pura y simple.

b) En el derecho administrativo tradicional, el silencio se consideraba como denegación tácita de la solicitud y abría la posibilidad de emprender una acción para cambiar su signo.

---

[2]http://es.wikipedia.org/wiki/Silencio_administrativo

c) Modernamente, en cambio, el silencio de la administración es equivalente a una respuesta positiva, a una aceptación tácita, que nace por mandato de la ley, es decir, ipso jure, y no requiere ningún otro pronunciamiento de la administración para ser reconocido”[3].

“Se denomina silencio administrativo a la falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una denegatoria ficta que habilita al administrado el acceso a la instancia superior vía recurso impugnativo”[4]

“El silencio administrativo es entonces la falta de pronunciamiento de los poderes públicos, respecto de las solicitudes o reclamos formulados por los administrados. Se sostiene también que existe silencio administrativo cuando existiendo pronunciamiento de la administración pública, este es de tal manera ambiguo, que no permite determinar con precisión si la decisión es positiva o negativa a los intereses del sujeto pasivo del procedimiento administrativo”.[5]

COMENTARIO:

Como se aprecia la Administración pública tiene la obligación de dar respuesta oportuna a las peticiones de los ciudadanos y normalmente lo hace a través de la notificación en un plazo oportuno, pero cuando esto no ocurre se produce el silencio administrativo que en nuestra legislación actualmente se le ha dado un efecto positivo ya que anteriormente antes de la promulgación de la Ley de Modernización se le otorgaba un efecto negativo, de tal suerte que con el efecto positivo se pretende corregir la incuria administrativa que en más de una vez ha guardado silencio ante las peticiones de los administrados.

1.3.- Clases

---

[3]ARBOLEDA TERÁN, Néstor. El SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA“www.derechoecuador.com”

[4]PARADA, R: Derecho Administrativo. Tomos I & II. 14º edición. Ed. Marcial Pons

[5]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 160.

a) Positivo.

"*Mediante el silencio administrativo positivo, se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, como se halla consagrado en la Constitución Política del Estado. Por ello el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo*"[6].

"El silencio administrativo positivo se genera cuando la administración pública por incuria o negligencia no emite resolución dentro del tiempo asignado por la ley. En este caso la Ley crea una ficción jurídica que suple la voluntad expresa de la administración, cuando confiere un efecto positivo a ese silencio, determinando que ocurrido éste se presume que la o las pretensiones del administrado han sido atendidas favorablemente. En definitiva el silencio genera un acto administrativo presunto, afirmativo al interés de quien promovió la solicitud, reclamo o recurso administrativo. Se podría entender como una especie de castigo legal a la administración o sus funcionarios que omitieron pronunciarse sobre el asunto que debió generar el movimiento y decisión pública.

Este efecto positivo del silencio puede prestarse, como en efecto ocurre, a que los servidores públicos deliberadamente incumplan su obligación para favorecer intereses particulares; razón por la cual la propia ley debe encargarse de limitarlo de modo que no sea un canal legitimador de arbitrariedades incluso colusorias.
Producido el silencio positivo el beneficiario de ese acto administrativo presunto queda en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo"[7].

"*La inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas por los interesados produce ciertamente una lesión al derecho constitucional de petición*"[8].

---

[6]Gaceta Judicial N° 15 Serie XVI.
[7]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 165.

[8]GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Fernández, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo II", cuarta edición, Madrid, páginas 571 y 572.

Carlos Pachón manifiesta: "*El silencio administrativo positivo implica que la petición o el recurso interpuesto se considera atendido favorablemente. Se aplica en los casos expresamente determinados por las normas. El beneficio del silencio positivo se formaliza protocolizando copia de la solicitud o la constancia de haber sido presentado y una declaración jurada de no habérsele notificado la decisión dentro del plazo legal"*[9].

"Producido el silencio positivo el beneficiario de ese acto administrativo presunto queda en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo. Existen sin embargo requisitos insoslayables que deben cumplirse para que este acto presunto sea válido. Evidentemente, no puede nacer el efecto positivo del silencio administrativo cuando la petición, reclamo o recurso administrativo ha sido presentado ante autoridad sin competencia para resolverlo; tampoco surge el efecto positivo cuando las pretensiones del administrado son contrarias al ordenamiento jurídico o la moral pública. De suerte que la pretensión siempre debe ser lícita y susceptible de ejecución"[10].

"Conforme a la doctrina del silencio positivo, éste origina un verdadero derecho autónomo sin relación a sus antecedentes y sobre el cual no tiene efecto alguno una declaración extemporánea de la administración"[11].

COMENTARIO:

De lo expuesto nos damos cuenta que la obligación que tiene la administración pública es dar una respuesta oportuna a las solicitudes, peticiones de los administrados, siendo el caso que ante la falta de oportuna respuesta de la administración surge el silencio administrativo.

---

[9]PACHÓN Carlos, "Diccionario de la Administración Pública", Bogotá, 1999.

[10]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 165.

[11]http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=422&Itemid=101

b) Negativo.

“La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la administración tiene un origen y una funcionalidad muy concretos, estrechamente ligados a la singular configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori.

Este singular planteamiento, ofrecía ab initio una quiebra importante: La administración podía eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva; en tal caso el particular afectado por la inactividad de la administración quedaba inerme ante ella, privado de toda garantía judicial.

Esta fisura del sistema de garantías es, justamente la causa y el origen de la técnica del silencio administrativo, instaurada en Francia por vez primera por una Ley de 17 de julio de 1900. Pasado un cierto plazo sin que la administración se pronuncie expresamente, la ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual permite a este promover contra esta denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales.

Dicha regulación era, en síntesis, la siguiente: Formulada una petición ante la administración, si ésta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses, podía su autor denunciar la mora y, transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta alguna, podía considerar desestimada la 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>>. En caso de recurso administrativo la ley otorgaba <<igual facultad de opción>> al interesado que lo hubiere interpuesto, sin necesidad en este caso de denunciar la mora. En ambos supuestos, no obstante, la ley subrayaba que la denegación presunta no excluía el deber de la administración de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados.

De esta regulación se desprendía con toda claridad que el silencio negativo de la administración no era un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir, la ausencia de toda actividad volitiva de la administración, ante lo cual no era admisible proceso interpretativo alguno destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente. No siendo el silencio negativo propiamente un acto, sino la usencia de acto alguno, no era posible ligar a él ningún tipo efectos jurídico-materiales, ni cabía tampoco añadirle los

adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para decir que ha quedado firme o consentido o que ha sido posteriormente confirmado.
El silencio negativo era, pues, solamente una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso. Sustituía, pues, el acto expreso, pero solo a estos concretos fines y en beneficio del particular únicamente. Era rigurosamente explícita en esta línea la Exposición de Motivos de la LJ 56 en un pasaje inequívoco: <<la ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación>>.

Dos únicos problemas planteaba la figura así dibujada por la ley: El de los plazos de producción del silencio y del ulterior acceso a la vía jurisdiccional y el de las resoluciones tardías, esto es, de las dictadas por la administración con posterioridad a la producción del silencio, que como, ya hemos notado, no excusaba a aquella de su deber general de dictar una resolución expresa.

Los plazos de producción del silencio negativo fijados por el artículo 39 LJ 56 y por el artículo 94 LPA eran, sin duda, excesivos. Seis meses son muchos meses de espera. Si la petición se dirigía además a una autoridad cuyos actos no causaban estado en la vía administrativa, a esos seis meses había que unir la necesidad de impugnar en alzada el acto presunto ante el superior jerárquico de aquella, lo cual implicaba una nueva espera de tres meses (plazo fijado para el silencio negativo en caso de recurso de alzada) para poder entenderse también desestimada por silencio dicha alzada y dejar expedito en consecuencia el acceso a la vía jurisdiccional. Una reducción de esos largos plazos era pues obligada.

No era esto sin embargo, con serlo bastante, lo más grave. Lo lógico, dado que el silencio negativo no era un acto propiamente tal, era admitir que el acceso a la vía jurisdiccional una vez cumplidos los plazos indicados quedaba abierto indefinidamente en tanto la administración no dictara la resolución expresa de la que, según la ley, no podía en ningún caso excusarse. Sin embargo el artículo 58 LJ 56, de forma arbitraria, limitó a un año el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo en caso de silencio (un año contado desde la producción del silencio en el supuesto de peticiones y un año a partir de la interposición del recurso de reposición, solución esta última aplicada también al silencio del recurso de alzada por la jurisprudencia para llenar por analogía la laguna dejada en este punto por el precepto citado), lo

que venía a impedir al interesado en cuyo beneficio se diseñó el silencio como una facultad incondicionada de optar entre impugnar de inmediato la desestimación presunta o esperar a la resolución expresa, la interposición del recurso contencioso-administrativo una vez transcurrido ese tiempo.

En lo que respecta a las resoluciones tardías, la jurisprudencia, tras una primera etapa en la que mantuvo sistemáticamente una postura contraria a la admisión de los recursos interpuestos contra aquellas, terminó aceptando que estas <<reabrían>> el plazo de recurso, con lo cual quedó definitivamente resuelto el problema que en un primer momento planteó la segunda de las opciones otorgadas al interesado por la ley, la de esperar a la resolución expresa de su petición o recurso”[12].

“Es una institución jurídica mediante la cual la ley determina un efecto jurídico negativo a la falta de pronunciamiento oportuno de la administración. Este efecto contempla la presunción de que las pretensiones del administrado han sido negadas, cuando la administración no emitió pronunciamiento dentro del tiempo que la ley le concede a ese objeto. La Ley entonces suple el silencio de la administración y crea una ficción jurídica a la que se le denomina acto administrativo negativo presunto.

El propósito de este efecto negativo, es posibilitar al administrado que ejerza su derecho de oponibilidad en vía administrativa o judicial, según sea el caso. Esto se explica por cuanto los administrados con interés directo en un asunto, sin la existencia de un acto administrativo, no están en capacidad jurídica para recurrir ante las competentes autoridades a fin de que sus derechos sean reconocidos. De tal modo que el acto negativo presunto, que es una ficción, permite o viabiliza al interesado, impugnar dicha negativa ante otros órganos públicos a fin de que, dejándolo sin efecto jurídico, sus derechos sean estimados del modo que corresponde al ordenamiento jurídico.

En la medida en que resulta indispensable proteger el interés colectivo representado por el Estado; así como el equilibrio de los derechos subjetivos, sin duda alguna que el silencio administrativo negativo es el que más se ajusta a la realidad de la administración pública; puesto que el interés general no puede ni debe ser afectado por la incuria de los servidores

[12] García de Enterría, Eduardo – Ramón Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo 1, 10 Edición, Civitas Ediciones, S.L – Madrid. Págs. 591 a 593.

públicos, por su negligencia y aún por sus inconfesables intereses en los casos puestos a su resolución. De suerte que, siendo los recursos contencioso administrativos, un mecanismo encaminado a tutelar la legalidad de los negocios del poder público, el silencio negativo, permite a los órganos judiciales determinar la procedencia o no de las pretensiones de los administrados; pudiendo entonces, de ser el caso, dejar sin efecto la negativa presunta y reconocer el derecho del interesado o ratificar la legalidad del acto negativo presunto, cuando las pretensiones sean contrarias al ordenamiento jurídico”[13].

“El silencio administrativo negativo surge paralelamente a la carga de agotar la vía administrativa, como requisito previo para acudir a la vía jurisdiccional, y se configura como un medio de defensa de los derechos del administrado frente a la autoridad que, con el simple expediente de callar, podría evitar el juzgamiento de sus actos. De esta manera, transcurrido cierto tiempo dentro del cual la Administración no se haya pronunciado, se entiende que ha negado lo requerido y el administrado tendría abiertas las puertas para demandar ante la denominada ¨jurisdicción contenciosa administrativa.

Cabe destacar que la ocurrencia del silencio no otorga ni resta ningún derecho del administrado y por ello, como dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se trata de una ficción legal de efectos exclusivamente procesales. Este régimen jurídico imperó en nuestro país, hasta la promulgación de la Ley de Modernización del Estado y la Ley 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994), salvo ciertas excepciones como la del artículo 486 inciso tercero de la Ley de Régimen Municipal.

A partir de la vigencia de las mencionadas leyes se generalizó, tanto en materia administrativa general como en materia tributaria, los efectos estimatorios del silencio administrativo para cualquier petición, reclamación o recurso y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, surge una ficción de acto administrativo en el cual la voluntad de la Administración es suplida por la de la ley, mientras que el administrado adquiere un derecho subjetivo que, en principio, no podría ser desconocido por aquella. Tal acto administrativo facto, por consiguiente, liga de tal modo a la Administración que está únicamente podría eliminarlo del mundo jurídico o a través de la declaración de lesividad y la formulación de la acción correspondiente ante los tribunales competentes.

[13]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 164.

Justificadas críticas:

La particular problemática de la susodicha generalización del silencio positivo, ha sido objeto de justificadas críticas, no sólo por la amplitud de su aplicación, sino también por la falta absoluta de una regulación que haga efectivo lo ganado por el silencio administrativo. En torno a lo primero, cabe destacar que no siempre puede hacerse valer los derechos adquiridos por la figura en cuestión, sino sólo cuando la petición o pretensión sean posibles, conformes a derecho, y no excedan de lo que expresamente se pudiere haber obtenido. En efecto, aun cuando el legislador no lo haya dicho, resulta ilógico que una creación de la ley, el silencio administrativo, se utilice para conculcar al ordenamiento jurídico, y se obligue a la autoridad a violar el deber fundamental de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

Solicitud o pretensión lícita y posible:

En cuanto a lo segundo, en el supuesto de que la solicitud o la pretensión sean lícitas y posibles, habrán casos en que se pueda llevar a la práctica lo adquirido por el silencio positivo, como puede ser una autorización o un permiso, pero existirán también situaciones en que se requiera de la voluntad de la administración para tales fines, como por ejemplo la reincorporación de un funcionario público destituido: y entonces, ¿cómo puede obligarse a la Administración a acatar algo que no ha consentido?. Téngase presente también que el proceso contencioso administrativo es considerado como impugnatorio de actos previos, y absurdo sería que quien ganó algo por el silencio positivo impugne algo que le favorece. La solución puede ser el plantear una nueva reclamación para que se otorgue lo que se adquirió por el silencio, y si éste ocurre nuevamente, proponer una demanda ante los tribunales competentes por violación de derechos adquiridos.

El silencio administrativo negativo:

Todos los inconvenientes que se han puesto de manifiesto, obligan a una necesaria revisión del sistema en vigencia y reincorporar a nuestro sistema jurídico el silencio administrativo negativo. Pero con ello no decimos que se trate de eliminar por completo al silencio administrativo positivo, sino de lograr un equilibrio que nazca de una auténtica prudencia legislativa que

sopese las situaciones en las cuales dicha figura pueda ser aplicable con aquel criterio de Justicia y Bien Común que debe guiar al ordenamiento jurídico”[14].

“Hasta hace algunos años en el Ecuador existía aun la tesis del silencio administrativo negativo, es decir que cualquier reclamo o petición presentada, que no tenía una contestación oportuna por parte de la administración, era considerada como una decisión negativa al pedido de los particulares.(salvo casos excepcionales, el silencio administrativo positivo no tenía aplicación en nuestro sistema legal, sólo en la legislación de contratación pública especialmente respecto de los efectos del silencio tanto del Procurador cuanto del Contralor General del Estado). El efecto de esta voluntad presunta negativa era allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa. Un requisito fundamental era agotar la vía administrativa de forma previa a presentar cualquier acción judicial en contra del Estado. De allí que una de las exigencias para intentar una acción contencioso administrativa era el de que el acto que se atacara hubiere causado estado, esto es, que ya no fuera susceptible de recurso alguno en vía administrativa.' Como es obvio, si el Estado guardaba silencio, jamás podría existir una demostración de que se había agotado la instancia administrativa, por lo que habría sido imposible iniciar la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa. Actualmente con el reconocimiento pleno del derecho de petición y sin que exista más la necesidad de agotar la vía administrativa para demandar al Estado ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo. Es por esto que, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada ha consagrado el efecto positivo a la omisión de la Administración en atender las peticiones o reclamos de los administrados y el efecto es considerar la petición como aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario por cuya omisión el efecto positivo del silencio de la Administración por la inactividad u omisión de los Órganos Administrativos.

---

14 http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/vicisitudes-del-silencio-administrativo

Si nuestro sistema siguiera reglándose por la institución del silencio administrativo negativo equivaldría a desconocer el derecho de petición y con ello se atentara contra uno de los fundamentos constitucionales del Estado de derecho”[15].

“La situación del particular que ha formulado una solicitud para que se dicte en su favor un acto administrativo, o que ha interpuesto un recurso administrativo contra un acto que lo afecta, quedaría al arbitrio de las autoridades si éstas se abstuvieran de resolver las instancias que les fueran dirigidas, pues como el particular no puede recurrir administrativa o judicialmente mientras no haya un acto que niegue expresamente lo solicitado, prolongando la abstención se nulificarían prácticamente los derechos que las leyes otorgan.

Para evitar ese resultado, la doctrina se ha inclinado preponderantemente a la solución de que sí en el término señalado en la ley la Administración permanece en silencio debe, a falta de disposición expresa, presumirse que hay una resolución negativa y se ha considerado que ésta es la única solución razonable puesto que con ella queda a salvo el principio de que sólo la Administración administra, de tal manera que no viniendo el acto positivo sólo resta interpretar el silencio como una negativa. De otra manera tendría que ser el particular o los Tribunales los que se sustituyeran a la Administración, presumiendo una resolución favorable, con la consecuencia de que el particular subordinará a sus intereses privados los intereses públicos, o que los Tribunales se convertirían en administradores con violación flagrante del principio de separación de los Poderes”[16].

Así nuestra Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:“ *Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra “no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo.*

Por esta razón, el silencio administrativo no puede ser entendido como resolución o pronunciamiento de la administración, ya que éste no define ni material ni sustancialmente la solicitud de quien propone la petición, circunstancia que hace evidente que dentro del núcleo

---

[15] http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=422&Itemid=101
[16]FRAGA Gabino, “Derecho Administrativo”, página 272, México, 1980.

del derecho de petición se concrete la materialización de una obligación de hacer por parte de la administración, - la de contestar y comunicar-, que ha sido reconocida claramente por la doctrina constitucional.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades, cuando el juez de tutela deniega la protección solicitada, aduciendo que la falta de respuesta configura un silencio administrativo negativo, abriéndose así la vía contenciosa administrativa, contraviene la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el derecho de petición es de contenido formal, pues predica la pronta resolución de una solicitud."[17]

Cierto es que el Art. 38 de la Ley de Modernización transformó el efecto del silencio administrativo, cuando éste se ha producido en positivo, reformándolo del carácter negativo que establece el art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Mas *no es menos cierto que de acuerdo con esta norma, cuando transcurrían 30 días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo no haya dado solución al mismo, se entenderá que se ha producido una denegación a lo solicitado, normatividad que evidentemente continúa vigente en los casos en los cuales, si bien no es posible aplicar la figura que da origen al silencio administrativo positivo, sin embargo no ha sido posible obtener, pese a la reclamación pertinente, la resolución favorable del reclamo*. R. No. 55-04. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 11 de febrero de 2004 (90-03): PETROECUADOR interpone recurso de casación contra sentencia de Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo en el juicio propuesto por el señor José Burbano Moyas, gerente y representante de SALMOPESCA Cía. Ltda. R.O. No. 366.29 de junio de 2004.

"La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema en fallos de triple reiteración, por tanto de acatamiento obligatorio por parte de jueces y magistrado, ha establecido que el efecto positivo del silencio administrativo genera un accionar procesal autónomo de carácter ejecutivo cuya competencia la tienen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Jurisprudencia que fijaría un camino de solución a la ejecución de ese reconocimiento legal.

Sin embargo cabe precisar que tales pronunciamientos, en la práctica, podrían resultar inaplicables, por las siguientes razones:

[17](Sentencia T-301 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero)

• La Constitución Política determina que los funcionarios públicos, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias “no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley” Norma que expresa de modo incontrovertible que las atribuciones, entendidas como competencias de los órganos públicos tienen reserva constitucional y legal expresa; de modo que solo la Ley o la Carta Política están en capacidad de imperio jurídico de determinarlas.
Por manera que, no es a través de sentencia judicial que se pueda establecer competencias no asignadas de modo expreso por esos cuerpos jurídicos.

• La acción ejecutiva, en el país es propia de la órbita jurisdiccional civil y no de la contencioso administrativa que se rige en materia procesal a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuerpo normativo que de modo expreso señala los recursos impugnatorios que puede conocerlos y resolverlos que no son otros que aquellos que niegan, desconocen o no reconocen derechos de los recurrentes. Salvo el caso de las competencias especiales asignadas en la Ley de Propiedad Intelectual o la General de Instituciones Financieras que contienen procedimientos especiales atinentes a cada materia; los relativos a controversias derivadas de la contratación pública o las excepciones a coactivas iniciadas por la Contraloría General del Estado.

Adicionalmente, no existe normativa legal alguna que establezca tal acción ejecutiva, su procedimiento y competencia de los Tribunales Distritales de los Contencioso Administrativo para conocerlas y resolverlas.

• Sí el asunto es de carácter ejecutivo la Corte Suprema no tendría competencia para conocer y resolver asuntos relativos a casación por expresa disposición de la Ley de Casación, pues en su Art. 2 señala que el recurso procede solo en los procesos de conocimiento.

• Sí los fallos reiterados han expresado que el efecto positivo del silencio administrativo opera, cuando la petición o reclamo que lo genera, ha sido presentado ante autoridad competente y siempre que la pretensión del administrado no sea contraria a derecho, resulta obvio entender que el Juez tiene obligación de analizar estos hechos procesales; esto es determinar la competencia de la autoridad ante quien se formuló la solicitud y la pertinencia de la pretensión; cuestiones que, evidentemente se relacionan al estudio y análisis de solemnidades sustanciales del procedimiento administrativo; así como también a los derechos pretendidos por el

administrados; las cuales son asuntos típicos de juicios de conocimiento y no de ejecuciones. Por tanto, siendo, los dos casos, atinentes al conocimiento la Corte Suprema tiene competencia para conocer y resolver, los recursos de casación elevados a su conocimiento y decisión.

• Por otra parte si los fallos referidos, señalan que al juzgador solo le corresponde analizar la presentación de la petición, la preclusión del tiempo, y la falta de resolución administrativa, para evidenciados esos hechos, colegir la existencia del derecho reconocido por el ministerio de la ley y ordenar su ejecución. Resulta claro que el juzgador estaría en incapacidad de analizar la competencia de la autoridad administrativa y la legalidad de las pretensiones del administrado.

• Igualmente si los fallos estiman inexistentes o nulos de pleno derecho los actos emanadas de la administración que se opongan al efecto positivo del silencio, emitidos con posterioridad a su ocurrencia resultaría que desapareció la presunción de legalidad y de ejecutoriedad que reviste a los actos administrativos. Si bien, la administración está impedida de revocar actos administrativos que benefician a los administrados, salvo que se cuente con su consentimiento, no es menos cierto que, si de modo posterior a la ocurrencia del silencio administrativo se expidiere, de autoridad competente, una resolución contrapuesta al efecto positivo del silencio; este acto nace también con las presunciones de legalidad y ejecutoriedad para ser cumplido y solo puede ser eliminado de la vida jurídica por autoridad competente y observando el procedimiento debido; tornándose anulable y no inexistente. La administración en ese caso, con seguridad observará y aplicará el acto administrativo expreso y no reconocerá el presunto; de modo que, el administrado tendrá la facultad de concurrir a la jurisdicción contencioso administrativa para que anule el acto y reconozca su derecho nacido del silencio administrativo por el ministerio de la ley. Si se considera que el silencio administrativo genera un acto administrativo presunto, es evidente que este existe por mandato legal y puede ser eliminado de la vida jurídica, sea por razones de legalidad o de oportunidad, en el primer caso la propia administración tendría competencia para obrar en ese sentido y siempre que no se haya ejecutado el acto; en el segundo, la administración podría declararlo lesivo al interés público y demandar su anulación al órgano jurisdiccional. El administrado, en consecuencia no podría beneficiarse del derecho nacido del silencio administrativo por existir un acto de expresión de voluntad que estorba su derecho, debiendo, necesariamente acudir jurisdiccionalmente en búsqueda de la ilegalidad o nulidad del último. Todo esto, por cuanto la legislación nacional no contempla, para estos casos la categoría de acto administrativo inexistente.

• De otro lado, la legislación nacional consagra el derecho de la administración pública a declarar lesivos sus propios actos, cuando no puede revocarlos por sí misma; para lo cual debe además recurrir judicialmente a fin de que se anule la decisión lesiva al interés público. De aplicarse ad integrum los fallos reiterativos, en lo relativo a la inexistencia o nulidad de pleno derecho de todos los actos que se opongan al efecto positivo del silencio administrativo, expedidos con posterioridad a su ocurrencia, la administración quedaría imposibilitada de ejercer el derecho a expedir un acto administrativo que declare la lesividad del acto presunto y de concurrir judicialmente para lograr su anulación por vía jurisdiccional; derecho que se halla previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Literal d) Art. 23).

Lo expresado muestra la complejidad de la aplicación del silencio administrativo positivo más todavía si se considera que al reformarse el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (Art. 12 de Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de Agosto del 2000) que lo consagra, se establecieron otros requisitos para hacer efectivo el derecho del administrado. En efecto, la norma dice:
"Art. 28.- DERECHO DE PETICIÓN.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan."

La disposición legal introduce varios elementos que deben tomarse en cuenta:

1.- La petición o reclamo del administrado debe tener la constancia de presentación ante el órgano público competente; esto es la "fe de presentación" en el original del documento entregado a la administración.

Siendo preciso que el administrado obtenga del órgano público un documento, generalmente un formulario de correspondencia, que demuestre la acción o, la constancia en la copia de la solicitud que queda en poder del administrado. Dicha constancia debe contener la fecha, lugar y la firma del servidor público que recepta el documento.

2. A partir del siguiente día de presentado el petitorio empieza a decurrir el término fatal de quince días para que la administración decida, salvo que la ley determine otro distinto.

3. La administración no puede suspender ni negar la expedición de su decisión.

4. Vencido el término y de no existir resolución, se presume que la petición ha sido aceptada o que el reclamo ha sido atendido a favor del reclamante.

5. El interesado debe solicitar al servidor competente de la administración, certificación sobre el vencimiento del término de quince días.

6. El servidor competente, bajo pena de destitución, está obligado a conferir la certificación respecto del vencimiento del término.

7. Esta certificación sirve como instrumento público para demostrar que la petición o reclamo ha sido resuelto favorablemente por efecto del silencio administrativo.

8. Con la certificación el interesado puede ejercer la titularidad de los derechos reconocidos por la ocurrencia del silencio administrativo.

Debe señalarse que la disposición que se comenta agregó como requisito para el ejercicio del derecho reconocido por el ministerio de la ley la certificación del vencimiento del término de quince días que debe otorgarla el funcionario de la misma entidad que no emitió resolución. Situación que pese a la pena de destitución del cargo, en la práctica no se cumple ya que la administración siempre será renuente a aceptar su incuria y por tanto el derecho de ella derivado.

A más de lo expresado nótese que la certificación solo da fe del vencimiento del término; es decir deja constancia únicamente de la fecha en que se presentó la petición y cuando

fenecieron los quince días, pues la norma no obliga a que la administración certifique si se ha emitido o no resolución relativa a la materia de la solicitud.

Siendo así el caso, el administrado que no obtenga dicha certificación no puede ejercer su derecho quedando en imposibilidad de lograr que la administración lo ejecute.

Ahora bien, ¿ante quién el administrado debe demostrar su derecho? Existirían al menos dos respuestas: a) Ante la misma administración y, b) Ante terceros.

En el primer caso, sí es la misma administración incumplidora de su obligación la que tiene en su poder la documentación que justifica la presentación de la solicitud y la falta de respuesta, a quien le corresponde ejecutar el derecho reconocido por el silencio; va de suyo que aquella no requiere de documento alguno que demuestra que no se ha pronunciado en el término legal. En el segundo caso, resulta indispensable para la seguridad de terceros que el administrado beneficiario del silencio justifique su derecho.

Ejemplificando el problema: En ejercicio de sus atribuciones el Comisario de Salud clausura una farmacia y coloca los sellos respectivos para que ésta no pueda atender al público. El propietario del establecimiento pide la revocatoria de la decisión administrativa y no es resuelta dentro del término de quince días, se produce el acto presunto de aceptación del pedido, entendiéndose que la clausura ha sido revocada. Sí, obviamente la constancia documental de la presentación del pedido y la falta de respuesta obra en el expediente administrativo, cuya custodia corresponde a la Comisaría. El beneficiario del silencio deberá obtener la certificación del secretario del órgano público, para justificar ante el mismo Comisario el incumplimiento de su deber administrativo y la ocurrencia del silencio, a fin de que lo reconozca y emita un acto administrativo por el cual estima revocada clausura. O en su defecto, obtenida la certificación el administrado queda habilitado para aperturar la farmacia, retirando los sellos de clausura, y demostrando ante sus clientes y proveedores, con dicho documento, que su derecho ha sido reconocido.

Sin duda en aplicación de la lógica jurídica, la segunda opción es la que se impone a la razón; pues si la propia ley ha suplido la incuria administrativa, los administrados no pueden someterse a la misma autoridad morosa para demostrarle su incumplimiento y pueda, solo de este modo, ejercer su derecho, caso en el cual la certificación resulta un requisito inútil y restrictor de los

derechos constitucionales de: petición, del relativo a tener servicios públicos eficaces y oportunos, así como el de la seguridad jurídica.

La falta del certificado también incidirá en la posibilidad de recurrir judicialmente para que se ejecute ese derecho, por ser requisito indispensable para la ejecución únicamente, ya que el derecho, como hemos señalado ha sido reconocido por la ley.

Habrá desde luego la posibilidad de que el interesado pueda proponer un recurso constitucional de habeas data, una constatación notarial del expediente administrativo o una exhibición judicial, para que pueda justificarse la ocurrencia del silencio, en los dos últimos casos; pues a través del primero; esto es del habeas data, será factible la orden judicial para que se otorgue el certificado.

No obstante existiría jurídicamente un camino más adecuado y técnico que se verificaría con la petición de cumplimiento del derecho a la administración, la cual puede atender favorablemente la petición, con lo cual el caso se cierra; en su defecto, la administración puede emitir un acto negativo, surgiendo el derecho de impugnación en el administrado; aunque también será factible que la autoridad no responda y se produzca un silencio negativo, transcurrido el término de treinta días, conforme establece el Art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, generándose el acto negativo presunto. Situación que hace nacer el derecho de oponibilidad del administrado para impugnar la negativa ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y lograr de esta manera que, dejándoselo sin efecto, se disponga la ejecución del derecho operado por el silencio positivo, siempre que concurran los requisitos comentados anteriormente.

Desde luego, como se ha manifestado, este procedimiento sería contrario a los fallos de triple reiteración que, establecen la inexistencia o nulidad de pleno derecho de aquellos actos expedidos por la administración, orientados a impedir la ejecución del efecto positivo del silencio administrativo, o que contengan pronunciamiento negativo, relativo a la petición cuando operó el silencio.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con relación a los nuevos requisitos previstos en el transcrito Art. 28 de la Ley de Modernización, en los juicios ha expresado. “Finalmente la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso

siguiente al primero del Art. 28, según el cual la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha `producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos señalados anteriormente.- 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 certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atendérsele luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará 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 deducidas 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.”. (Resolución No. 358/02, correspondiente a la sentencia de 25 de septiembre de 2002 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia dentro el juicio seguido por G. J. L. en contra del Consejo Provincial del Azuay. Texto similar consta en la Resolución No. 382/02 correspondiente a la sentencia dictada por la misma Sala el 25 de octubre de 2002 Juicio seguido por G.C.C. contra el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.)

En resumen, la decisión de la mencionada Sala, contiene dos situaciones que permiten determinar la clase de acción contencioso administrativa a proponerse:

ACCIÓN EJECUTIVA.- Cuando se ha obtenido la certificación otorgada por el competente servidor público dando fe del vencimiento del término; o cuando se ha efectuado la diligencia previa de requerimiento judicial para que la autoridad emita el certificado e insistida, bajo prevenciones legales, no lo cumpliere. En ese caso, la acción es ejecutiva y se resuelve en sentencia sin discutir el derecho reclamado por el interesado; de la cual no habrá recurso de casación.

ACCIÓN DE CONOCIMIENTO.- Opera cuando a la demanda no se apareja, como documento habilitante, la certificación otorgada por el competente servidor, o la constancia de haber precedido el requerimiento judicial con la insistencia. En este caso se discute el derecho del interesado constante en su petición administrativa, debiendo, en el periodo de prueba, justificarse la fecha de presentación de la solicitud, la falta de respuesta administrativa o la respuesta extemporánea. De la sentencia, habrá recurso de casación.

De todo lo expresado puede concluirse que, para la efectiva ejecución de los derechos de los administrados es más atinado que la legislación retome los efectos negativos del silencio administrativo, para que sean los órganos judiciales competentes los que, en ejercicio de la tutela de la legalidad que les corresponde, dejen sin efecto estos actos presuntos, reconozcan los derechos y manden ejecutarlos; evitando de esta manera el entorpecimiento de los mismos y el pleno ejercicio de los reconocimientos jurídicos previstos en la legislación.

En suma, el silencio administrativo con efecto positivo, en la práctica resulta un verdadero obstáculo para los administrados; siendo que, paradójicamente, el efecto negativo del silencio, garantiza de mejor manera los derechos de los administrados.

Otras naciones que aceptan el efecto positivo mantienen legislaciones acordes con esa realidad, puntualizando competencias y procedimientos adecuados para su efectivo ejercicio y sobre todo estableciendo las restricciones para su ocurrencia, ya que solo de esa manera se puede dar la seguridad jurídica que los individuos requieren para una armónica relación con los entes públicos.

No puede dejarse de lado que la administración ecuatoriana adolece de limitaciones, como las relativas a la infraestructura física e informática, un bajo nivel de preparación de sus servidores y en varios casos el desconocimiento real de la legislación administrativa. Factores que inciden en la actividad de sus órganos y en la retardada resolución de los reclamos y peticiones de los administrados; los cuales no fueron considerados al expedirse el Art. 28 de la Ley de Modernización que sin limitación alguna impuso el efecto positivo del silencio administrativo”[18].

COMENTARIO:

Como se aprecia de esta figura del silencio negativo surge de alguna manera con el afán de precautelar el interés colectivo sobre el particular, sin que aquello signifique dejar en la indefensión al ciudadano que ha dirigido su petición a la administración y de la cual no ha obtenido respuesta oportuna, pues no se trata de que se permita que la administración sea incompetente.

[18] SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Págs. 170 a 178.

CAPÍTULO 2.

NATURALEZA CARACTERÍSTICAS

2.1.- Acto administrativo tácito

Comencemos precisando el concepto de acto administrativo, así: "El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido" (Citado por Roberto Dromi en Derecho Administrativo . 4ta. Edición Ediciones ciudad Argentina pág.203)"[19].

Del concepto nos percatamos que lo fundamental es determinar lo que constituye la administración pública que según nuestra actual Constitución en su Art. 225 serían:

"Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos"[20].

Así pues si el acto administrativo es una declaración de voluntad, resulta ser que en el caso del silencio administrativo por el contrario no existe una declaración de voluntad pues "*El silencio administrativo no es un acto tácito, pues lo tácito implica un comportamiento que revele, por vía indirecta, una voluntad distinta de la que se exterioriza de modo expreso. Además, en el acto tácito hay un acto a través del cual se induce la voluntad, mientras que en la situación del silencio ante el derecho, lo que se da es una inactividad compleja, en sí y por sí indiferente y equívoca.*

No se trata de interpretar presuntivamente el silencio de la administración, sino de sustituir la declaración de voluntad que la administración debió producir y no produjo, por el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la ley".[21]

---

[19]SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág.130.

[20] Constitución Política de la República del 2008.

[21]PENAGOGOS Gustavo, obra citada, página 176.

“Un acto presunto en Derecho administrativo es la consecuencia jurídica de la inacción de la Administración. Si bien no se trata de un acto administrativo propiamente dicho, la ley da valor al silencio administrativo (la falta de respuesta a favor o en contra) asimilándolo a un acto administrativo, permitiendo al administrado seguir defendiendo sus intereses mediante los recursos pertinentes.

- En el caso del *silencio administrativo positivo*, la ley dicta que se presume que la administración ha respondido afirmativamente a la petición realizada, con todas sus consecuencias jurídicas.
- En el caso del *silencio administrativo negativo* (la ley entiende denegada la petición) es en realidad una ficción procesal, que permite acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso, al proceso contencioso-administrativo.

La instauración del acto presunto es una garantía en favor del administrado, que le permite defenderse en vía contenciosa y evitar que la administración, en lugar de responder y enfrentarse a un presumible recurso, directamente no conteste y no de lugar a plantear un recurso a su respuesta”[22].

2.2.- Presunción legal

Partamos de manifestar que es una presunción legal; la cual es entendida como “la afirmación o conjetura legal que puede ser destruida por prueba en contra"[23], así pues en el caso del silencio administrativo ante la falta de respuesta de la administración se presume que lo solicitado por el administrado ha sido aceptado o negado configurando el silencio positivo y negativo.

> “Silencio es presunción de voluntad, *iuris tantum;* es también sustitución de voluntad, *iuris et de iure,* para no dejar desamparado al reclamante. "La nota dispositiva puede, en determinados casos, prescribir a un sujeto el cumplimiento de un acto concreto — agrega Trentin—, con lo cual la inercia de aquél legitima una responsabilidad o especiales efectos jurídicos"; pero esto no basta,

[22]http://es.wikipedia.org/wiki/Silencio_administrativo

[23]CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario jurídico Elemental, Décimo quinta Edición, 2001, Editorial Heliasta S.R.L. Pág. 318.

es preciso obtener el punto de partida para proteger un derecho o un interés del ciudadano ante el silencio administrativo, interpretando ese silencio en sentido negativo generalmente.

El silencio administrativo puede entrañar no una presunción de actividad administrativa, sino una responsabilidad para la autoridad obligada a dictarlo en. determinados plazos, promoviéndose a una institución judicial o administrativa superior que obligue a la inferior a resolver, bajo tal responsabilidad; pues puede dejar indefenso indirectamente al particular, que se le ata de pies y manos, al no obtener una decisión satisfactoria"[24].

"El derecho de petición conlleva el deber del Estado y sus instituciones de atender las peticiones o *reclamaciones de manera pertinente* y dentro de un *plazo adecuado.*
Así se podría sostener que existen dos conceptos principales en el citado artículo: 1.- La obligación de contestar de *manera pertinente,* lo que dará origen al deber de motivación de los actos administrativos.
2.- La obligación de resolver en un *plazo adecuado* surgiendo así la teoría del silencio administrativo que constituye una presunción de derecho"[25].

En nuestro país "desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 66 numeral 23 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da

[24]SABINO ÁLVAREZ Gendín, Tratado General de Derecho Administrativo, Tomo IV, Bosch, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis – Barcelona – 1977. Pág.52 y 57.

[25]http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=422&Itemid=101

origen a un accionar procesal autónomo"[26].

2.3.- El derecho de petición

Partamos precisando que se entiende por este derecho así: “Petición o derecho de petición es aquel derecho que tiene toda persona individual o jurídica, grupo, organización o asociación para solicitar o reclamar ante las autoridades competentes -normalmente los gobiernos o entidades públicas- por razones de interés público ya sea individual, general o colectivo.

En sentido coloquial, una petición es un documento presentado a alguna autoridad oficial y firmada por uno o varios individuos. Es posible también hacer una petición vía oral en vez de por escrito y hoy en día, puede ser formalizada a través de internet. El término, en algunos países, tiene también un significado específico en el ámbito legal como un pedido dirigido a una corte o tribunal administrativo, solicitando algún tipo de medida tal como una orden de la corte.

En los países anglosajones las peticiones fueron una forma muy común de protestar y solicitar algo a la Cámara de los Comunes durante los siglos XVIII y XIX, siendo la más grande, la petición de los Cartistas. Aún hoy se presentan peticiones aunque en menor cantidad.

La Cláusula de Petición de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América garantiza el derecho de a las personas "de pedir al gobierno por una compensación por quejas". El derecho a petición ha sido extendido para poder mantener disputas con el Gobierno estadounidense”[27].

“Es un derecho fundamental según nuestra Constitución Política consiste en el derecho que tienen todos los habitantes del territorio de hacer peticiones respetuosas a las autoridades del país y a obtener pronta respuesta. En algunos casos especiales las autoridades pueden exigir que determinadas peticiones se hagan por escrito. Si el peticionario manifesté no saber escribir, de su petición verbal se debe levantar acta.

---

[26]http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2376:procedencia-del-silencio-administrativo&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

[27]http://es.wikipedia.org/wiki/Petici%C3%B3n

El derecho de petición, desde el punto de vista del interés que con él se persigue, puede ser: en interés general y en interés particular. Dependiendo el número de firmantes de la petición esta puede ser de peticionario única o múltiple. Según la naturaleza del asunto, las peticiones pueden ser de dar, hacer o no hacer algo por parte de las autoridades. Existe también las peticiones de información y la petición consulta o derecho a la formulación de consultas a las autoridades acerca de las actividades que conforman sus objetivos y funciones.

Para efectos del término para resolver, solamente se establece diferencia entre las peticiones de información, peticiones consulta y las demás. Las respuestas a las peticiones de consulta, deben darse dentro del término de treinta días hábiles contados a partir del día siguiente al de su recibo.

Las respuestas a las peticiones de información deben ser dadas dentro del término de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente al de su recibo en la entidad. Es importante destacar que respecto de este tipo de peticiones la ley consagra el silencio administrativo positivo consistente en que si transcurre el término legal para resolver la entidad no ha dado respuesta, se debe entender que la respuesta es positiva. En consecuencia ocurrida esta circunstancia, el documento debe ser entregado dentro de los tres días hábiles siguientes. !el funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo¡ Este derecho a la información conlleva el derecho a tener acceso a documentos de la entidad que no tengan carácter de reservados por expreso mandato de la Constitución o de la ley y a pedir copia o fotocopia de los mismos. El carácter de reservado de un documento no les es oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. En tales casos corresponde a tales autoridades garantizar la reserva de los asuntos.

El término para responder las demás peticiones es de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de su recibo en la entidad. El hecho de haber sido recibida una petición por funcionario que no es competente no lo exime de responsabilidad pues a más tardar al día siguiente debe enviar el asunto a quien considere que es competente para resolver.

Finalmente en cuanto a la manera de responder las peticiones es importante tener en cuenta que las autoridades deben referirse de manera puntual y completa sobre cada asunto evitando respuestas evasivas o confusas. Así mismo deben ser congruentes con lo que se pide o pregunta. Pero no basta con que se produzcan las respuestas sino que las autoridades deben

asegurarse de que los peticionarios reciben tales respuestas. La manera formal es adoptar la decisión mediante acto motivado y citar al peticionario para que comparezca a notificarse de la respuesta. Si no lo hiciere dentro del término fijado para ello, se deberá noticiar mediante edicto. Con el fin de tener seguridad, si no existe otro medio más eficaz, se deberá emplear el correo certificado.

Dependiendo del tipo de petición, por ejemplo si se refiere a la entrega de documentos, es posible enviarlos a la dirección anotada por el peticionario en su petición, por correo certificado"[28].

En nuestra legislación el Derecho de Petición se encuentra regulado partiendo desde la Constitución de la República en su Art. 66 N° 23 que señala: "El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo"[29]. Y también en la Ley de modernización del Estado en su Art. 28 que señala: "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

---

[28]http://www.fopae.gov.co/portal/page/portal/docs_intranet/DOC_Juridica/derechoPeticion.pdf

[29]Constitución de la República del Ecuador, Art. 66, numeral 23

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”[30].

2.4.- Acceso a la información pública

Partamos precisando que esta acción en nuestra Constitución se la ubica en el Titulo III, Garantías Constitucionales, Capítulo III, Garantías Jurisdiccionales en el Art. 91, de la siguiente manera: “La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley”[31].

Mientras que en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), en su Art. 22 se refiere al recurso de acceso a la Información así: “El derecho de acceso a la información, será también garantizado en instancia judicial por el recurso de acceso a la información, señalado en esta Ley, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional:

Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere denegado en forma tácita o expresa, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la derogatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.

El recurso de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida.

El Recurso de Acceso a la Información, contendrá:

[30]Ley de Modernización del Estado, Art. 28
[31]Constitución de la República del Ecuador, Art.91.

a) Identificación del recurrente;
b) Fundamentos de hecho y de derecho;
c) Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y,
d) La pretensión jurídica.

Los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en esta Ley.

El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee el Recurso de Acceso a la Información, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes.

La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no asistiere a ella.

Admitido a trámite el recurso, los representantes de las entidades o personas naturales accionadas, entregarán al juez dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.

En el caso de información reservada o confidencial, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice la legal y correcta clasificación en los términos de esta Ley. Si se justifica plenamente la clasificación de reservada o confidencial, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información.

En caso de que el juez determine que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la presente Ley, dispondrá la entrega de dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. De esta resolución podrá apelar para ante la Corte Constitucional la autoridad que alegue que la información es reservada o clasificada.

Dentro del recurso de acceso a la información, instaurado por denegación de acceso a la información pública, por denuncia o de oficio, cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez de oficio o a petición de parte, dictará cualquiera de las siguientes medidas cautelares:

a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y,
b) Aprehensión, verificación o reproducción de la información.

Para la aplicación de las medidas cautelares antes señaladas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

De considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

De la resolución al acceso de información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante la Corte Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada. El recurso de apelación, se interpondrá dentro de los tres días hábiles siguientes, será concedido con efecto devolutivo, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial.

Negado el recurso por el juez o Corte Constitucional, cesarán las medidas cautelares.

La Ley de Control Constitucional, será norma supletoria en el trámite de este recurso”[32].

“La petición de Acceso a la Información Pública debe ser concreta en cuanto al objeto o materia (información) a la que se quiera acceder. Por lo tanto, peticiones genéricas y carentes de especificidad han sido rechazadas por el Juez Constitucional. Así, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en el Caso No. 015-07-AI, según sentencia de fecha 28 de Abril del 2008, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial No. 55 del 29 de Mayo del 2008, resolvió en los siguientes términos: “SEXTA.- El accionante, en el punto cuatro de su pretensión solicita ‘todos los documentos que tengan relación, directa o indirecta con los supuestos efectos negativos generados con motivo de la expedición del Decreto Presidencial No. 1492 (…)’. Del análisis se desprende en primer lugar que la petición recae nuevamente en la imprecisión conforme hemos señalado en la consideración cuarta, por lo que no amerita redundar en las reflexiones (…)” (lo resaltado es nuestro).

[32]Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP).Art. 22.

El representante legal de la institución o persona demandada, y a quien se requiere la entrega de la información pública, debe contestar dicha solicitud en el plazo perentorio de 10 días, pudiendo extenderse dicho plazo por 5 días más, siempre y cuando existan causas debidamente justificadas e informándoselas al peticionario. Tal ha sido el criterio del Tribunal Constitucional que, la Segunda Sala del mismo, en el Caso No. 015-2006-AI y bajo la ponencia del Dr. Edgar Zárate Zárate dictó el 21 de Junio del 2007 una sentencia que, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 102 del 9 de Julio del 2007, en su parte pertinente disponía: "El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso. Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de 10 días, mismo que puede prorrogarse por 5 días más por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario (…)" (Lo resaltado es nuestro).

Resaltamos que la prórroga solo sería válida siempre que existan causas razonables que la justifiquen, y siempre que se le informe al peticionario que la repuesta a su requerimiento se hará, no en el plazo normal u ordinario, sino en el prorrogado o extraordinario por las causas antes aludidas.

Para cumplir la exigencia del requerimiento extrajudicial previo, el interesado deberá dirigir al titular o representante legal de la institución de la cual se requiere la información pública, una solicitud escrita en la que se identifique el solicitante, se fije su dirección y se determine concretamente la información que solicita.

El artículo 19 de la Ley, en su segundo inciso, prescribe que el solicitante deberá determinar la ubicación de los datos motivo de la petición; si bien ese requerimiento consta en la Ley, debemos entender que esa información no siempre está al alcance del peticionario, el cual puede desconocer en qué registro o archivo se encuentra la información, el nombre del funcionario a cargo de la misma y hasta el nombre exacto de la dependencia que la posea. Por lo tanto, este requerimiento deberá ser evaluado de manera razonable y prudencial por parte

del Juez Constitucional, sin que tal exigencia pueda llevarnos al extremo de anular el derecho de acceso a la información pública.”[33]

[33]http://salmonabogados.com/otros/98-anotaciones/derecho-procesal-constitucional/96-nociones-acerca-de-la-accion-de-acceso-a-la-informacion- publica-en-el-ecuador

CAPÍTULO 3

SUPUESTOS PARA SU INVOCACIÓN

1.- Transcurso del tiempo

"El Derecho de Petición como Derecho Fundamental deber ser aplicado acorde con las directrices Constitucionales que demandan un cumplimiento efectivo de la figura que se ve vulnerada cuando la petición no es contestada a tiempo o la respuesta ofrecida se aleja de los contenidos solicitados"[34].

Siendo así al analizar Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado se aprecia que esta contempla que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

Como se observa uno de los aspectos básicos para que se produzca el silencio administrativo es el transcurso del tiempo que en la Ley de Modernización del Estado es de 15 días, sin embargo en la misma ley se contempla excepciones pues menciona que salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, como por ejemplo en los artículos 175 y 206 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva establecen que el plazo máximo para resolver los peticiones y procedimientos sometidos a las entidades sujetas al Estatuto será de 60 días, luego de lo cual la petición se entenderá aceptada, así pues es menester analizar por qué el transcurso del tiempo se vuelve importante y para ello debemos analizar:

"El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto. Respecto a lo último cabe mencionar lo siguiente: en primer lugar, se reconoce la caducidad o pérdida de la competencia de la administración para expedir la resolución o acto administrativo y, en segundo lugar, la

[34]http://www.monografias.com/trabajos36/derecho-de-peticion/derecho-de-peticion2.shtml

producción del silencio administrativo agota la vía administrativa. Estos aspectos no han sido establecidos con la misma claridad en otras leyes.

Ante la inactividad de la Administración, el silencio administrativo positivo implica la aceptación tácita de una petición, reclamo o recurso. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández autores españoles que influyeron en la Ley de Procedimientos Administrativos de España, norma que a su vez influyó en la Ley de Modernización y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo ecuatoriano. Sobre el silencio administrativo positivo, García de Enterría y Fernández sostienen lo siguiente:

En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgada. Esta concepción del silencio administrativo positivo es de mucha importancia, pues implica un cambio en el papel de la Administración. La Administración puede proceder a ejercer o no un derecho: el de vetar las peticiones de los administrados. Ya no debe, a manera de requisito sine qua non, autorizar o aprobar la petición presentada.

Puede decirse por lo tanto, del silencio -administrativo- positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye. De esta manera, el silencio administrativo positivo constituye un acto administrativo que se ha producido por fuerza del derecho, ipso iure. Este acto administrativo ostenta todas las calidades de un acto expreso. Que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho. (...) el plazo del silencio es un plazo de caducidad y no de prescripción (...) La Ley sanciona la inactividad de la Administración (...).

Sería entonces el acto emitido con posterioridad a la producción del acto administrativo ficto, un acto expedido por una Administración sin competencia, debido a la caducidad ya existente, y por lo tanto, ese acto llevaría consigo una nulidad absoluta. Al mismo tiempo, la inactividad y omisión de la Administración es sancionada, aspecto que ha sido recogido en nuestro

ordenamiento, incluso con multas y sanciones administrativas y penales para los funcionarios encargados.

La Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia también ha reconocido la aplicación del silencio administrativo positivo. En la sentencia No. 31-96 publicada en el RO 378 de 7-VIII-96 la Corte consideró: El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto, en este caso el acto producido por el silencio administrativo, como lo ha reconocido la Corte Suprema en sentencia 09-94 publicada en el RO 441 el 16-V-94."[35]

COMENTARIO:

Por lo expuesto se concluye que el plazo para que opere el silencio administrativo positivo corre desde la presentación de la solicitud o petición, que no cabe la extensión del plazo salvo excepciones en determinadas normas que cuando la administración no resuelve en el tiempo señalado se entiende aceptada la petición y caduca la facultad de la administración para resolver lo solicitado por el administrado y aun que la administración resuelva con posterioridad al vencimiento del plazo dicha decisión tardía de la administración es nula.

3.2.- Falta de Notificación

Partamos señalando que se entiende por notificación; así nuestro Código Civil en su Art. 73 "Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez"[36].

---

[35] http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_silencio_administrativo_positivobrevesapuntes.pdf

[36] Código de Procedimiento Civil. Art. 73.

Mientras que según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas notificación es el "acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial"[37].

"La comunicación a los interesados de los actos administrativos se actúa por medio de la notificación (comunicación singular) o de la publicación (se dirige a un colectivo de personas o singulares pero en paradero desconocido). La notificación es la técnica más solemne y formalizada porque incluye la actuación mediante la cual ciertos funcionarios atestiguan haber entregado a una persona la copia escrita de un acto.

La notificación y la publicación son una condición de la eficacia de los actos administrativos. La notificación no es únicamente la comunicación a los interesados de actos o resoluciones, sino también una técnica de comunicación de los actos de trámite, dentro del procedimiento"[38].

De los conceptos señalados nos percatamos lo importante de la notificación pues esta permite a los administrados conocer respecto de las resoluciones de la administración, siendo así que cuando dicha notificación no ocurre por parte de la administración se produce un perjuicio al derecho que reclama al administrado. "La Administración debe notificar a los interesados todos aquellos actos administrativos y resoluciones que afecten a sus derechos e intereses y así está obligada a cursar las notificaciones**.** Las notificaciones deben contener el texto íntegro de la resolución administrativa, la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa y los recursos que pueden interponerse contra la misma.

Si las notificaciones no contienen los elementos anteriores, se entiende que son **defectuosas** y tendrán efectos a partir de la fecha en la que el interesado realice actuaciones que hagan suponer a la Administración que conoce el contenido de la resolución o del acto que ha sido notificado, como puede ser la interposición del recurso procedente contra el acto.

---

[37]CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario jurídico Elemental, Décimo quinta Edición, 2001, Editorial Heliasta S.R.L. Pág.270.

[38] http://html.rincondelvago.com/derecho-administrativo_1.html

¿Cómo debe realizarse la notificación?

La notificación se puede realizar por cualquier medio que le permita a la Administración acreditar que el interesado la ha recibido, así como de quién la ha recogido, la fecha y el contenido del acto que se notifica. Normalmente el medio empleado es el correo certificado.

Cuando los procedimientos se inician a solicitud del interesado, la notificación se practica en el lugar que éste designe.

Si la notificación se realiza en nuestro domicilio y no estamos en el momento de su entrega, cualquier otra persona de casa podrá recogerla. Si no se encuentra nadie, en el expediente administrativo se hará constar que no pudo ser entregada y el día y la hora en la que se intentó la notificación. Dentro de los tres días siguientes se intentará nuevamente la notificación en un horario diferente al de la primera vez.

También se indicará en el expediente si el interesado rechaza la notificación. Es estos casos, la Administración considerará que se ha practicado la notificación. Si los interesados en un procedimiento son desconocidos, se ignora el lugar en el que deben ser notificados o se ha intentado sin éxito la notificación, ésta se hará a través su publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, dependiendo de qué Administración deba notificar el acto administrativo.

La publicación también sustituirá a la notificación cuando el acto administrativo vaya destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración considere que la notificación a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación del acto. En estos casos la resolución administrativa será publicada, además de notificada individualmente”[39].

Si analizamos el “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) notamos que en su Art. 65 señala que “acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

A continuación en su Art. 66 señala que: Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán

[39] http://iabogado.com/guia-legal/la-administracion/sus-derechos-ante-la-administracion-el-procedimiento-administrativo

eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

Es por ello que el Art. 68 ibídem señala que los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

Es por la importancia de la notificación que el Art. 28 de la Ley de Modernización señala que: "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto"[40].

COMENTARIO:

Como se aprecia la notificación constituye un acto muy importante pues le permite conocer al interesado sobre lo resuelto y cuando esta no se produce le deja en la indefensión al interesado a tal punto que la falta de notificación general la nulidad de un juicio. Actualmente debido al adelanto de la tecnología es posible una variada gama de formas de notificaciones sobre todo electrónicas.

3.3.- A solicitud del Interesado

Generalmente los administrados acuden a la Administración pública dirigiendo sus solicitudes y ante estas la Administración se ve obligada a dar una respuesta. "En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución expresa que la Administración debe dictar.
Los interesados podrán entender estimadas, por silencio, sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

[40]Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)

El silencio tiene efecto *desestimatorio* en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación (por silencio administrativo) de una solicitud por el transcurso del plazo para resolver, se entenderá *estimado* si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dicte resolución expresa sobre el recurso. Es una forma de fomentar que se dicte resolución expresa"[41].

"En los procedimientos iniciados a solicitud de la persona interesada, el incumplimiento del deber de resolver en plazo con carácter general legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo. Aunque no se haya dictado resolución en plazo, la Ley considera que ese silencio tiene los efectos de un acto mediante el que se termina el procedimiento, como si fuese una resolución[42].

COMENTARIO:

Como podemos darnos cuenta cuando la solicitud o petición es presentada por el interesado se cuenta el término que la administración tiene para responder desde el día de la presentación de la solicitud o petición y en el caso que la administración no responda en dicho término se entiende aceptada la petición.

3.4.- De oficio por la Administración

"En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

1. *Desestimatorio*: en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas.
2. Se producirá la *caducidad*: en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

[41] http://es.wikipedia.org/wiki/Silencio_administrativo
[42] http://www.pas-pertsonal.ehu.es/p263-content/es/contenidos/noticia/capsula_silencio_administ/es_noticia/adjuntos/Silencio_administrativo.pdf

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución[43].

Cabe recordar que "El deber de resolver también rige en los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado"[44].

"De oficio, es la comunicación escrita, referente a los asuntos del servicio público en las dependencias del Estado, y por extensión, la que media entre corporaciones particulares"[45].

COMENTARIO:

Como se aprecia de lo expuesto aun cuando la administración inicia un procedimiento también tiene la obligación de dar respuesta oportuna pues caso contrario también opera el silencio administrativo.

3.5.-Supuestos para la Invocación del Silencio Administrativo

Para que se produzca el silencio administrativo tiene que fundamentarse en los siguientes temas:

3.5.1.- La garantía constitucional del derecho civil de petición a las autoridades.

Se refiere a que el Estado garantice a sus ciudadanos el derecho de dirigir quejas y peticiones que en el caso Ecuatoriano se encuentra garantizado en el Art. 66 numeral 23 de nuestra Constitución que señala el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

---

[43]http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/legislacion/administrativa/ley-de-regimen-juridico-de-las-administraciones-publicas-y-del-procedimiento-administrativo-comun?mostrar=70
[44] AMENÓS Álamo Juan, 1999, "Atención a la Nueva Regulación del Silencio Administrativo", Madrid.
[45] SÁNCHEZ ZURATY Manuel, "Diccionario Básico de Derecho", Quito, 1993.

3.5.2.- La existencia de un reclamo.

Si analizamos el Art. 28 de la Ley de Modernización nos percatamos que "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

De lo cual nos damos cuenta que se regula tres formas de petición que dispone esta ley; así debemos entender por:

a) Reclamo: "Es la solicitud por parte del usuario de un hecho donde existe la presunción de violación o lesión de un derecho en su perjuicio"[46].
b) Solicitud: "Es pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado.
c) Pedido: Equivale a rogar o demandar a alguien"[47].

3.5.3.- Que el reclamo reúna los requisitos dispuestos por Ley.

Para ello analizamos lo que dispone el ERJAFE, así establece en su:

Art. 137.- Solicitudes de iniciación.

1. Las solicitudes que se formulen deberán contener:

a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
b) Hechos, razones, fundamentos de derecho y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud;
c) Lugar y fecha de la solicitud;
d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; y,
e) Órgano de la administración o unidad administrativa a la que se dirige.

[46] http://www.cmacica.com.pe/info.aspx?Sec=93
[47] Diccionario de la real academia de la lengua española

2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.
3. De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina.
4. La Administración Pública deberá establecer modelos de solicitudes, reclamos, recursos, y en general de cualquier tipo de petición que se dirija a la Administración Pública Central, preferiblemente cuándo se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas, y de ser posible, se publicarán en el Registro Oficial o en una página web de dominio público del internet. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. La utilización de los modelos no será obligatoria para los administrados.

3.5.4.- Que la autoridad pública no haya resuelto dentro del término legal.

Para ello nos remitimos nuevamente a la Ley de Modernización del Estado que en su Art. 28 dispone. Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un *término no mayor a quince días*, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

3.6.- Suspensión del Término

Si bien es cierto que en el Art. 28 de la Ley de Modernización se manifiesta que: “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”, sin embargo en el Art. 30 ibídem señala: “Cuando por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas, previamente, evaluaciones técnicas de órganos o entidades afines, y tales órganos o entidades no expidan o realicen los actos

pertinentes en los términos prefijados, o en su ausencia, dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento, el responsable del procedimiento administrativo o el administrado interesado en dicho procedimiento pedirán las mencionadas evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública, entes públicos o centros universitarios, dotados de capacidad técnica equivalente".

3.7.- Acreditación

"La acreditación del silencio. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. La ley incluye la posibilidad de solicitar a la Administración un certificado acreditativo del silencio producido que deberá emitirse por el órgano competente para resolver en el plazo máximo de 15 días"[48].

Así el ERJAFE en su Art. 127 al regular la práctica de la notificación establece:

1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La *acreditación* o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar 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,

[48] http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/silencio-administrativo/silencio-administrativo.htm

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.

3.8.- Revocatoria

Comencemos señalando que revocatoria "proviene del latín *revocatĭo*, revocación es la acción y efecto de revocar. Este verbo hace referencia a dejar sin efecto una resolución o mandato; apartar o disuadir a alguien de un designio; o hacer retroceder alguna cosa.

En el ámbito del derecho, la revocación es la anulación, sustitución o enmienda de un fallo o una orden. Dicha decisión es tomada por una autoridad diferente de la que había resuelto en una primera instancia.

La revocación, por lo tanto, supone un modo de extinción de una relación jurídica. La operatoria de la revocación es *ex nunc* (tiene vigencia desde que se manifiesta la voluntad de revocación).

Dependiendo del caso, la revocación de un acto jurídico puede ser autorizada por la ley o por la voluntad expresada por las partes. En los contratos bilaterales, ambas partes tienen derecho a revocar"[49].

Así el ERJAFE en su Art. 170 señala "Revocación de actos y rectificación de errores.

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

3.9.- Supuestos en los que no procede invocar el silencio administrativo positivo en la legislación Ecuatoriana

"Existen varios casos en que no se puede generar el efecto positivo del silencio administrativo, por la naturaleza misma de las pretensiones de los administrados o de las instituciones jurídicas involucradas en ellas; entre ellos podremos encontrar:

1. Cuando la petición del administrado ha sido dirigida y presentada ante autoridad incompetente; esto es cuando a dicha autoridad la Constitución y la ley no le han entregado

[49]http://definicion.de/revocacion/

derechos para que pueda expresar la voluntad pública relativa al caso puesto en su conocimiento.

2. Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, toda vez que, en este caso, es el propio administrado quien hace abandono del derecho, sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia en su ejercicio o por voluntad. No será entonces, a través de una petición extemporánea y de la falta de respuesta de la administración que ese derecho, fenecido por el ministerio de la ley quede restituido; pues claro está, que solamente la Ley tiene la fuerza jurídica suficiente para restablecer un derecho extinto.

3. Cuando los administrados solicitan a la administración pública la emisión de normas jurídicas de carácter general, pues no es la falta de pronunciamiento al pedido, la que puede poner en vigencia disposiciones normativas. Aceptar lo contrario sería otorgar a los particulares capacidades colegislativas que solamente están facultadas a los órganos públicos dotados de esa reserva jurídica por la Constitución o la ley.

4. Tampoco procede cuando los particulares peticionan derogatorias, reformas, interpretaciones o revocatorias de actos de efecto erga omnes, por razón de que el silencio administrativo solo tiene efectos individuales o concretos y no es mecanismo para modificar el ordenamiento jurídico; lo cual se aplica también para el caso precedente.

5. Cuando el administrado no tiene una legitimación activa del derecho reclamado; esto es, cuando el peticionario no esté en idoneidad jurídica para beneficiarse de la incuria administrativa por la falta de vinculación real de éste frente al obrar administrativo que se pretende.

6. Cuando los administrados peticionan concesiones o delegaciones de servicios públicos atribuidos al Estado o sus instituciones; pues en ese evento debe considerarse sobre todo el interés público frente al interés individual pretendido. Los servicios y bienes públicos son administrados por los órganos públicos en guarda del interés y beneficio colectivo.

7. Cuando los particulares solicitan a las entidades públicas se emitan nombramientos o contratos para prestar servicios en ellas; ya que en ese caso debe observarse el procedimiento

concursal previsto en la ley para el ejercicio del cargo público y, establecerse la necesidad del servicio, como también la existencia de vacantes y recursos económicos a los que se aplicaría el gasto. Además por cuanto la relación de servicio administrativo entre los empleados públicos y la administración tiene elementos de bilateralidad en los que confluyen las voluntades del particular con el órgano administrativo.

8. En el evento de que los particulares soliciten contratar con el sector público, sin intervenir en los procesos de selección correspondiente. Así como en los procesos precontractuales; por cuanto en esta clase de relaciones se aplican los principios de igualdad en la contratación y de autonomía de las voluntades; adicionalmente, por cuanto, se estaría privilegiando a un particular en perjuicio de otros que potencialmente tengan las mismas condiciones que el solicitante.

9. En materia de contratación pública, y concretamente en los procesos de ejecución contractual; toda vez que los contratos son ley para las partes, deben ser ejecutados de buena fe y solo pueden ser modificados por expreso acuerdo de las partes. Los contratos se sujetan a los principios de autonomía de la voluntad e igualdad en la contratación.

En efecto, la relación jurídica que genera el contrato, es de carácter bilateral, pues los contratos son acuerdos de voluntades generadores de derechos y obligaciones recíprocas; por tanto, sus estipulaciones son ley para las partes, debiendo ejecutarse de buena fe, siendo que solo pueden modificarse de común acuerdo por las partes. Son principios fundamentales que rigen la contratación los de autonomía de la voluntad e igualdad de las partes en la contratación: el primero que dice relación a la libertad individual para contratar, es decir a la discrecionalidad de las personas para contraer compromisos y obligaciones, pues las personas no pueden ser compelidas a contratar en contra de su voluntad, de sus intereses y derechos; en tanto que el segundo se refiere a que las partes contratantes están sometidas al mismo ordenamiento contractual y a la naturaleza de las obligaciones adquiridas; la igualdad en la contrataciones un derecho a gozar de atributos comunes y recíprocos entre las partes pues se origina precisamente en el acuerdo de voluntades suscrito por ellas. Los dos principios engloban una situación jurídica evidente que es la de ubicar, en materia de contratación pública, tanto a la administración como al administrado en una relación de contraprestaciones recíprocas.

El efecto positivo o negativo del silencio administrativo, por tanto, es absolutamente contrario a la naturaleza jurídica de la contratación pública, ya que atenta precisamente a los principios de autonomía de la voluntad y al de igualdad en la contratación; por virtud de que a través de dicha institucionalidad jurídica, las partes estarían en capacidad de modificar los convenios o contratos, sin contar con la expresa voluntad del otro, generando de esta manera una desigualdad jurídica; todo lo cual es contrario a derecho. El efecto que la ley otorga al silencio administrativo solo es aplicable a los casos en los cuales existe una relación directa entre los sujetos del procedimiento administrativo que se caracteriza por su desigualdad. En efecto, mientras la administraciones el sujeto activo del procedimiento, porque a ella le está atribuida la capacidad para procedí mentar y decidir sobre los asuntos relativos a su ámbito competencial, sea se trate de solicitudes, quejas, denuncias, reclamos o recursos; el administrado es el sujeto pasivo del procedimiento administrativo; pues si bien sus pretensiones deben ser consideradas, ello no significa que necesariamente éstas puedan estar enmarcadas en el ordenamiento jurídico, estando obligada a cumplir las resoluciones administrativas que emanan de los órganos del poder público. En materia de contratación pública esa relación de desigualdad, entre la administración y los administrados, desaparece para dar origen a un sistema de igualdad en las contraprestaciones, el mismo que solo puede ser modificado por voluntad expresa de las partes.

10. Tampoco puede operar el silencio administrativo positivo, cuando la administración pública, en su primer nivel decisorio y, dentro del tiempo legal, adoptó una resolución negativa a la pretensión del administrado y, éste interpone recurso administrativo. El nuevo nivel al que se recurrió solo está haciendo tutela administrativa de la legalidad del acto materia del recurso; razón por la cual, en ese evento es inoperante e inaplicable el silencio positivo en razón de que ya existió pronunciamiento oportuno de la administración.

11. No opera el efecto positivo del silencio administrativo en las relaciones interorgánicas de la administración pública; esto es en aquellas actividades que se realizan entre entes del sector público, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Puesto que el derecho a beneficiarse del efecto positivo del silencio administrativo corresponde a los particulares.

12. Tampoco puede operar el efecto positivo del silencio administrativo cuando la pretensión del solicitante, reclamante o recurrente puede de alguna manera, involucrar derechos de otras personas que debían concurrir o han concurrido al procedimiento administrativo; puesto que

dicho efecto solo se aplica para el caso de que derechos, directos, individuales, reclamados por los particulares que no afecten a derechos que pueden pertenecer a otras personas.

13. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha determinado, en varios fallos que siendo la Ley de Modernización del Estado un cuerpo jurídico de carácter ordinario, el efecto positivo del silencio administrativo establecido en su Art. 28, no tiene aplicación alguna frente a disposiciones contenidas en leyes orgánicas que contienen efectos diferentes; refiriéndose concretamente al caso de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (ahora Ley de la Contraloría General del Estado). Es necesario señalar que existen disposiciones en la Ley de Régimen Municipal (orgánica), que también tiene efectos negativos al silencio administrativo y que, en otras leyes aún ordinarias se contiene para ciertos casos disposiciones expresas que dan efecto negativo a la falta de pronunciamiento de la administración. De tal suerte, ha de entenderse que, el efecto previsto en la Ley de Modernización del Estado es solo aplicable al caso en que la Ley no señale de modo expreso un efecto distinto al silencio administrativo; así se desprende de los expedientes Nos. 8 y 16 que contienen sentencias de Casación expedidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema que se encuentran publicadas en el Registro Oficial No. 332 de 23 de mayo de 2001.

14. Tampoco puede operar el silencio administrativo cuando se peticiona al ente público el pago cuantificado de indemnizaciones de daños y perjuicios en razón de que de modo previo a tal cuantificación debe establecerse legalmente los daños causados y el derecho que el interesado tiene para ser compensado por aquellos. En suma, le corresponde a la administración nutrirse de todos los elementos fácticos sobre la ocurrencia de un hecho atribuible a ella, el alcance de los efectos suscitados, los daños y perjuicios producidos, su cuantificación; y, finalmente, la identidad y el derecho de las personas que sufrieron las consecuencias del hecho; para finalmente pronunciarse sobre la pretensión; por manera que la simple solicitud no es suficiente para el obrar administrativo; ya que a ella corresponde determinar efectivamente la licitud de la petición”[50].

[50]SECAIRA D. Patricio A. Dr. Derecho Administrativo.- Loja, UTPL, Mayo 2011. Texto guía. Págs. 165 a 169.

CAPÍTULO 4

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

4.1.- Constitución de la República del Ecuador

Hemos de partir señalando que la Constitución de la República en su Art.66 numeral 23 señala el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. Siendo así este es el sustento constitucional para que en la Ley de Modernización se regule el silencio de la Administración en su Art. 28.

4.2.- Ley de Modernización del Estado

Que señala: “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Administrativo se ha pronunciado de la siguiente manera: "*no se puede tomar en cuenta, exclusivamente, los quince días de término que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado para creer que se ha agotado la vía administrativa por silencio de la administración, cuando existe otra norma legal, el Art. 13 de la Ley del Ministerio Público, que consigna el plazo de sesenta días, atenta la salvedad contenida en la norma primeramente citada. En el mejor de los casos, los quince días deberían ser sumados a los sesenta días para interpretar positivamente, el silencio administrativo"*[51].

4.3.- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, contiene disposiciones que guardan relación con el silencio administrativo pues este estatuto dispone en su:
Art. 1: OBJETO.- 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.

Mientras que en su: Art. 65 señala que acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Y en su Art. 66 al referirse a la vigencia señala los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

Art. 73.- MORA EN EMITIR INFORMES TECNICOS.- De conformidad con la Ley de Modernización, si por expresa disposición de la ley o reglamento se condicione la adopción de una disposición a la realización de evaluaciones técnicas por parte de determinados órganos o entidades y los mismos no realizaren los actos necesarios dentro del período prefijado en la ley o reglamento, o en su ausencia, dentro de los siguientes treinta días hábiles a partir de la

[51] GACETA JUDICIAL, Año XCVI, Serie XVI, N.º 5, página 1391.

recepción del pedido respectivo, el responsable del procedimiento administrativo o el propio administrado interesado en dicho procedimiento podrá solicitar que las mencionadas evaluaciones técnicas las lleve a cabo otra entidad u órgano de la administración pública o centros universitarios o politécnicos dotados de la suficiente capacidad técnica para realizar el informe o la evaluación.

Art. 126.- Notificación.

1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas;

3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones.

Art. 206.- Plazo.- En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de dos meses contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte delos citados órganos y entidades.

4.4.- Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social

Las normas que guardan relación con el silencio administrativo dentro de este cuerpo legal son:

Artículo 38. Los informes, dictámenes y resoluciones de Ley de la Contraloría o Procuraduría General del Estado, superintendencias u otros organismos de control, deberán ser emitidos por las oficinas provinciales o regionales más cercanas a la sede o domicilio del peticionario, salvo que éste hubiese recurrido directamente a las matrices.

Artículo 39. Las solicitudes, reclamos o recursos de los particulares a las oficinas provinciales o regionales de los organismos de control, deberán ser resueltos en el término contemplado por la ley. El silencio administrativo significará aceptación tácita y dará lugar al derecho de los peticionarios.

Artículo 40. Si transcurrido el término de ley, los organismos de control emitieran una revocatoria expresa de las resoluciones que entraron en vigencia por el silencio administrativo, los administrados podrán acudir a la acción contencioso administrativa, dentro del término de noventa días.

4.5.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Las normas que guardan relación con el silencio administrativo en esta ley son:

Art. 105.- Control constitucional del cuestionario.- Para garantizar la libertad del elector o electora, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario sometido a votación cumpla, entre otros, con los siguientes parámetros:

1. La formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos;
2. La posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta. Se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque;
3. La propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; y,

4. La propuesta normativa tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.

Si la Corte Constitucional no resolviere sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, *dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable*. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan.

Art. 146.- Conflicto positivo.- Los conflictos positivos se resolverán de conformidad con las siguientes reglas:

1. Requerimiento previo de incompetencia.- Cuando el legitimado activo considere que otro órgano o función ha asumido sus competencias, requerirá a ésta, por escrito, que se abstenga de realizar los actos, revoque las decisiones o resoluciones que haya adoptado; de negarse o de *guardar silencio la requerida, por el término de quince días*, aquella podrá acudir a la Corte Constitucional con una demanda para que, en sentencia, declare que, según la Constitución las atribuciones asumidas por la requerida son de competencia de la requirente.

2. Contenido de la demanda.- La demanda contendrá:

a) La identidad de la demandante y de la demandada.

b) Las competencias respecto de las cuales hay conflicto, con especificación de las actividades y facultades que, a juicio de la demandante, comprenden las competencias que se atribuye.

c) Los fundamentos constitucionales en que se apoya su pretensión, debidamente argumentados. d) El casillero constitucional en donde deberá ser notificado durante el proceso y el domicilio y los personeros de la institución demandada.

A la demanda deberá acompañar los documentos que le habiliten y la *prueba del requerimiento prescrito en el artículo anterior y de que ha sido infructuoso.*

3. Trámite y sentencia.- Recibida la demanda, se seguirá, en lo que fuere pertinente, las normas generales del proceso para el control abstracto de constitucionalidad.

La sentencia deberá determinar a quién corresponden las competencias disputadas.

Otras Leyes

Reglamento General de la Ley de Defensa Contra Incendios.

"*Todas las solicitudes y reclamos que presenten las personas naturales o jurídicas ante los Cuerpos de Bomberos y que no sean de competencia del Jefe, serán resueltas por los respectivos Consejos de Administración y Disciplina, previo informe de este funcionario, debiendo resolverse el caso en el plazo de 30 días a contar de su fecha de presentación ante el Consejo y su resolución causa ejecutoría. Vencido tal plazo, el silencio administrativo se entenderá como resolución negativa a los intereses del peticionario, quien podrá apelar ante el Jefe de Zona; y en última instancia, al Ministro"*[52].

Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero,

Dicha ley en el Art. 182, inciso primero, se refiere *a "...*los términos fijados en esta Ley o por otras leyes cuya aplicación corresponda resolver a la Superintendencia (...)" Efectivamente, en diferentes pasajes de esta Ley, establece términos y plazos para que esta administración resuelva diferentes aspectos pedidos por los administrados, y si no lo ha hecho, se considerará favorablemente resuelta bajo su responsabilidad, excepto las solicitudes de constitución o establecimiento de nuevas instituciones"[53].

Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

"Art. 31.- Al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente:
a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.
c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.

[52] REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS, Art. 41, Registro Oficial 384, del 17 de mayo de 1979.
[53] Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en el Art. 182, inciso primero.

Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta 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"[54].

"Los actos administrativos pueden ser objeto de invocación de silencio administrativo, serían exclusivamente aquellos relacionados con los derechos de los particulares que se sientan vulnerados por decisión de la Autoridad que eventualmente podría lesionar sus intereses mas no en aquellos actos normativos que producen efectos jurídicos generales objetivos en forma directa, en virtud de que aquellos como los contenidos en una resolución normativa pretenden proteger el interés público, el mismo que se halla por encima de los intereses de los particulares, sin perjuicio de que puedan ser impugnados judicialmente (...)[55]"

COMENTARIO:

Como se aprecia de estas disposiciones legales se otorga un efecto positivo ante el silencio de quien debía pronunciarse con una particularidad que esta ley contempla dos términos en el caso del Art. 105 es de veinte días y en el caso del Art. 146 es de 15 días.

No obstante de las últimas normas se aprecia un efecto negativo al silencio administrativo.

4.6.- Análisis de Casos en el Tribunal Contencioso Administrativo del Azuay o en Otros Tribunales.

Si bien es cierto hasta el momento se ha realizado un análisis teórico del silencio administrativo, es necesario en este punto concentrarnos que ocurre con esta figura legal en la práctica y parra ello se analizará algunos casos que hoy son jurisprudencia en nuestro país en el tema del silencio administrativo.

PRIMER CASO

---

[54] Ley de la jurisdicción contencioso administrativa Art. 31.

[55] PAREJA ANDRADE Armando, Doctrina SB-2000-001 El Silencio Administrativo, 2000, Quito.

No. 8-2001

? El arto 143 de la Constitución Política de la República en su inciso segundo señala: "Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de especial". La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, conforme su nombre lo indica, tiene la mencionada condición, en tanto que la Ley de Modernización del Estado no es orgánica, por lo que evidentemente las normas de la primera prevalecen sobre las de la segunda en caso de contradicción. Y el arto 386 de la primera de ellas, señala que de no expedirse la resolución sobre glosas en el plazo señalado en el Art. 385 esto es, 180 días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus pretensiones y consiguientemente como confirmación de las glosas.

COMENTARIO

Como se aprecia de esta resolución se pone énfasis en la jerarquía de la norma, que en este caso al ser, la en ese entonces LOAFYC (hoy derogada por el Código orgánico de planificación y finanzas públicas), norma superior a la Ley de Modernización, se aplica el efecto negativo al silencio que contemplaba la LOAFYC, sin que proceda el efecto positivo que contempla la Ley de Modernización.

SEGUNDO CASO

TRIBUNAL DISTRITAL No. DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRA-TIVO.- Quito, 28 de marzo de 2007.- Las 09h59.- VISTOS: NN, por medio de su apoderado general, conforme acredita con el mandato aparejado a la demanda, se acciona en contra del Consejo Nacional de la Judicatura, representado legalmente por su Director Ejecutivo; e impugna el acto administrativo consiste en la negativa de la administración a su pedido de que se re liquiden los valores a los que tiene derecho por concepto de bonificación establecida en el artículo 158 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, tomando en cuenta, para el efecto, los bonos judiciales y a pagarle la diferencia que resulte luego de restar los valores que recibiera. Señala que por más de 30 años prestó servicios a la Función Judicial ocupando el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde el mes de junio de 1998, de las que fue cesado el 8 de diciembre de

2004. Que, solicitó se liquide y pague la bonificación prevista en el precitado artículo 158; habiéndose establecido y pagado la suma de XXX dólares el 11 de enero de 2005. Que, luego pudo determinar que la liquidación que sirvió de base para el pago estuvo errada, puesto que en ella no se incorporó los valores que se reciben como bonos judiciales que forman parte de la remuneración de los servidores judiciales. Que, el 17 de marzo de 2005, solicitó, junto a los otros ex servidores, al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura la reliquidación de tales valores y el pago de la diferencia correspondiente. Que, habiendo transcurrido más de los quince días de término previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del estado, el 20 de mayo de 2005, formuló una nueva petición para que se certifique el vencimiento de ese término, sin haber obtenido respuesta; por lo que se entiende atendido favorablemente su petición; no obstante, el Director Ejecutivo señalado, intentado soslayar la aprobación, por silencio administrativo de su petitorio, el 31 de mayo de 2005 en oficio No. 437-DE-CNJ-05 niegan la reliquidación pedida. Que, la jurisprudencia, la doctrina y la Ley, son absolutamente claras en relación a los efectos positivos del silencio administrativo y al derecho que se genera a favor de los administrados, mismo que no puede ser afectado con el pronunciamiento negativo posterior expedido por la administración. Con base en los demás antecedentes fácticos y jurídicos que obran de la demanda, pide que en sentencia, reconociendo que ha operado en su favor el efecto positivo del silencio administrativo, por no haberse respondido dentro de término su petición; se disponga que el demandado proceda a practicar la reliquidación de los valores a los que tiene derecho en concepto de la bonificación establecida en el artículo 158 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, tomando en cuenta en tal reliquidación los valores percibidos como bonos judiciales y que se le pague la diferencia correspondiente luego de restar la cantidad que ya recibió; reclama costas procesales y honorarios de la defensa. Calificada la demanda y citados los accionados contestan: La Procuraduría General del Estado oponiendo, por las razones que señala en su escrito, las siguientes excepciones: 1) Legitimidad del acto administrativo impugnado, pues las bonificaciones referidas por el acto no forman parte de la remuneración mensual; y, por cuanto los artículos 101 y 102 de la LOSCCA excluyen los servidores judiciales de la aplicación de su libro segundo; 2)Improcedencia del silencio administrativo; 3) Improcedencia de la acción y falta de derecho del actor; 4) Negativa de los fundamentos de la demanda. Pide se deseche la demanda. El Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, por los argumentos que constan en su escrito de contestación se excepciona: 1) Improcedencia de la acción planteada pues no hay acto administrativo demandado que haya vulnerado derechos del actor, 2) Improcedencia de la demanda por no reunir los requisitos legales, 3) Nulidad de la acción por

no haber precedido la reclamación administrativa, pues se refiere, la demanda a una petición de reliquidación; que, no existe la ocurrencia del silencio administrativo invocado por el actor; entre otras razones por cuanto la petición del actor es contraria a derecho, pues la liquidación que corresponde a la aplicación del artículo 158 de la Ley Orgánica del la Función Judicial no contempla los bonos judiciales, 4) negativa de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, 5) Improcedencia de la acción y consecuente falta de derecho del actor para demandar. Pide se rechace la demanda. La causa se encuentra en estado de resolución para lo cual la Sala considera: PRIMERO.- El Tribunal es cometerte para conocer y resolver el presente asunto, así lo establece la reiterada jurisprudencia existente al respecto, relacionada a las acciones judiciales que proceden para la ejecución del efecto positivo del silencio administrativo o para el trámite de esas acciones de conocimiento. La Sala tiene asegurada la suya por el sorteo realizado. SEGUNDO.- No se observa en la tramitación de la causa omisión de solemnidad o procedimiento alguno que incida en su decisión, en consecuencia, se declara la validez del proceso. TERCERO.- El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado establece que no se requiere, para accionarse en contra del Estado o sus instituciones el agotamiento del reclamo administrativo; en consecuencia resulta improcedente la excepción que en ese sentido se a planteado por parte de la entidad demandada. No obstante, es pertinente aclarar que en el presente caso el silencio administrativo que se habría generado y que es reclamado por el actor, proviene precisamente de La falta de respuesta oportuna a una reclamación administrativa; sin que tenga por tanto asidero alguno esa excepción. CUARTO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada dentro del juicio No. 93/02, de 25 de septiembre de 2002, a la que también se hace relación en la sentencia de 25 de octubre de 2002 (Res.382-02), de modo categórico ha expresado que la acción contencioso administrativa será de ejecución cuando se adjunte a la demanda el certificado relativo al vencimiento del término, prevenido en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, “acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia”. Señala asimismo, la sentencia dictada por esa misma Sala (21 de agosto de 2002) que, “como consecuencia del silencio administrativo surge un derecho autónomo de ejecución que bien puede ser exigido directamente en la vía administrativa ya en la vía jurisdiccional obligatorio respecto de la materia. Pero también no es menos cierto que igualmente esta Sala, en más de tres oportunidades, ha señalado que es necesario establecer el alcance de lo que ha sido aprobado mediante el silencio administrativo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese

conforme a Derecho. Tres líneas jurisprudenciales se fueron perfilando al respecto: una primera entendió, en obsequio a la siempre necesaria seguridad jurídica, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiere recaído un acto expreso en ese sentido: una segunda más sensible a la legalidad que a la seguridad jurídica consideró. En cambio, que siendo el silencio administrativo creación de la ley, difícilmente podría aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo expreso, pero solo dentro de los límites de la ley, y hasta donde esta permite; finalmente una tercera, en fin, encontró un punto intermedio entre la dos anteriores, aceptando, en principio la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganados adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho" (Educado García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de derecho Administrativo" Tomo I, Octava Edición, Editorial Civitas, Madrid 1997, pp587 y 588). En base de lo antes trascrito la Sala ha adoptado como suyo la solución intermedia consistente en considerar que mediante el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adoleciere de vicio de nulidad absoluto y siempre que la acción para el caso se haya dirigido a la autoridad competente". QUINTO.- A Fojas 6 de los autos consta copia certificada de la petición dirigida al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, entre otras personas, por el actor, misma que se encuentra presentada, según el sello que obra de la parte superior derecha del documento, el 17 de 2005, encaminada a que "no se re liquide los valores que cada uno de los comparecientes tenemos derecho a recibir por concepto de la bonificación a la que se refiere el antes mencionado Art. 158, tomado en cuenta los valores percibidos por bonos judiciales, y que se nos pague la diferencia que resultare a nuestro favor de restar del valor que arroje la respectiva reliquidación la cantidad que hemos recibido como resultado de las liquidaciones que impugnamos". A fojas 5 del proceso consta una petición dirigida al mismo Director por los mismos peticionarios, presentada el 20 de mayo de 2005, en la que solicitan se extienda la certificación a la que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. A flojas 3 de los autos aparece el oficio No. 437-DE-CNJ-05 de 31 de mayo de 2005 dirigido, entre otros a la apoderada del actor, por parte del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura; en el que se remite el oficio de mayo 20 de 2005, que hace suyo, suscrito por el Director Nacional de Personal, Director Nacional Jurídico y Directo Nacional Financiero, documento en el cual se niega la procedencia de la petición. SEXTO.- El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado que a la letra dice: "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todo 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 a favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. En el evento que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizada por la Constitución, de conformidad con el artículo 212 de Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes". SEPTIMO.- Dos son los elementos fundamentales que, en casos como el preste deben analizarse para determinar si efectivamente se produce el silencio administrativo de efecto positivo sobre la petición de reliquidación del accionante, conforme enseña la jurisprudencia mencionada en esta sentencia: a) Que la petición se haya presentado a la autoridad competente; y, b) Que la pretensión no sea contraria a derecho esto es, que de ser admitida no esté afectada por nulidad absoluta. En la especie, es evidente que la petición formada por el actor, tiene carácter administrativo y su procedimiento y decisión también lo son; por manera que, si se considera lo dispuesto en los literales: a), b), d), e) y g) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; es evidente que, la misma al ser dirigida al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, representante legal de la entidad y facultado para decidir el caso va de suyo que la solicitud se formuló a autoridad competente. Ahora bien, no hay duda, para la Sala que, de haber sido aceptada la petición de reliquidación, de modo expreso, esto no hubiere estado viciado de nulidad absoluta, pues la competencia ha sido determinada y no existiría objeto ilícito; es decir, una decisión contaría a derecho: puesto que el artículo 158 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en la parte pertinente dice: " El magistrado, juez, funcionario o empelado de los Órganos mencionados en el Art. 98 de la Constitución Política de la República, que dejarse de pertenecer a la Institución, después de haber laborado veinticinco años o más, tendrá derecho a percibir, por una vez, una bonificación equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio. En caso de fallecimiento del beneficiario, podrá reclamar sus herederos". La entidad demandada ha sostenido que los bonos judiciales no forman parte de la remuneración mensual, pues debe

considerarse que la remuneración está constituida por el conjunto, por la integridad de los valores dinerarios que son pagados al servidor público como contraprestación a la actividad desempeñada y que constan debidamente presupuestados; por tal razón esa remuneración incluye todas aquellas bonificaciones judiciales que se pagan a los servidores cada dos meses, de no ser así, obviamente no se estimaría ingresos y no causaría impuesto a la renta; pero, además resultaría un contrasentido establecer que si la cesación de funciones del judicial se produce en el mes en que se paga el bono, automáticamente, el cálculo del beneficiario crece en función de ese pago. Elementos que permiten concluir, sin dubitaciones, en que el beneficiario provenido en el artículo 158de la Ley Orgánica de la Función Judicial, ha de ser calculado considerando las bonificaciones bimensuales recibidas, como elemento que se añade a los otros conceptos de la remuneración. Por manera que, resulta evidente que la petición formulada por el actor no es contraria a derecho y de habérsela expedido de modo expreso no hubiere estado viciada de nulidad absoluta. OCTAVO.- Ahora bien, si la petición administrativa dentro del término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, como consecuencia de lo cual operó a favor del actor, el efecto positivo del silencio administrativo, entendiéndose por tanto, aceptado, por el ministerio de la Ley su solicitud y, generando el derecho para que la administración demandada proceda a la reliquidación y pago del beneficiario legal considerando los bonos judiciales que se pagan bimensualmente, en los términos de la petición y, descontando aquellos valores que ya le fueron satisfechos por el mismo concepto. No está demás señalar, conforme la reiterada jurisprudencia, que el acto administrativo consistente en el oficio No. 437-DE-CNJ-05 de 31 de mayo de 2005, por haber sido expedido para hacerlo, se la considera inexistente, y, en consecuencia no generó ningún efecto jurídico. Sin que sea necesaria otra consideración, la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, estableciendo que la pretensión del actor fue aceptada por el ministerio de la Ley, dispone a la Administración demandada que, en el término de quince días, proceda a practicar la reliquidación y pago respectivo, considerando para el cálculo el valor del 50% de la última bonificación bimensual recibida por el actor, a cuyo resultado deberá disminuirse la Ley Orgánica de la Función Judicial. No hay lugar a las demás pretensiones del actor. Sin costas. NOTIFIQUESE.-

COMENTARIO

Como se aprecia en este caso el Tribunal para dar la razón al actor con su pretensión de que el silencio administrativo había operado consideró dos elementos fundamentales a saber.

a) **Que la petición sea realizada ante autoridad competente, pues recordemos precisamente este es un factor que cuando se lo incumple no opera el silencio administrativo positivo.**
b) **Que la petición hecha no fuera contraria a derecho esto es, que de ser admitida no esté afectada por nulidad absoluta.**

En este caso esos dos factores se cumplieron por lo que para el tribunal no le quedo la menor duda que el silencio administrativo positivo había operado y pese a que el demandado infructuosamente niega la solicitud de reliquidación de manera extemporánea, mediante oficio No. 437-DE-CNJ-05 de 31 de mayo de 2005, conforme la reiterada jurisprudencia, dicho acto administrativo, por haber sido expedido para hacerlo, se lo considera inexistente, y, en consecuencia no generó ningún efecto jurídico, así lo consideró el tribunal.

TERCER CASO

SENTENCIA DE CASACIÓN CASO SILENCIO ADMINISTRATIVO Quito, 24 de septiembre de 2007

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 24 de septiembre de 2007, las 9H00; VISTOS (220/2007); Los recursos de casación que constan, a fojas 134 a 137; y, a fojas 139 a 143 del proceso, interpuestos, el primero de éstos, por el doctor Olmedo Castro Espinosa, por los derecho que representa como Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, y el segundo, por el doctor Luís Jaramillo Gavilanes, por los derecho que representa como Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 28 de marzo de 2007, a las 9H59, dentro del juicio signado con el número de 0000, que siguió, contra el Consejo Nacional de Judicatura, el doctor Pablo Zambrano Albuja, en calidad de procurador judicial del doctor NN . Dicho fallo declaró con lugar

la demanda y, al reconocer que la petición del actor fue aprobada por el silencio administrativo del demandado, dispuso que éste realice una reliquidación de los valores que el demandante tiene derecho a recibir. Concedido los recurso, accede la causa a esta Sala, la que, para resolver lo pertinente considera: PRIMERO: El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado determina que los órganos de la administración pública tienen la obligación de atender las solicitudes y peticiones de los administrados en el términos de quince días, excepto cuando la ley disponga algo distinto. La falta de contestación, se entiende en sentido positivo, es decir, confiere al administrado lo que éste hubiere solicitado. El doctor NN solicita, el 17 de marzo de 2005, al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura que se practique la liquidación de los valores que tiene derecho a percibir, de conformidad con lo previsto por el inciso cuarto del artículo 158 de la Ley Orgánica de Función Judicial.- El 20 de mayo de 2005, el mencionado peticionario requirió la certificación determinada por el articulo 28 de la Ley de Modernización del Estado, para ejecutar el derecho que adquirió al haber operado el silencio administrativo. La Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito reconoció que lo solicitado por el doctor NN fue aprobado por haber operado el silencio administrativo. El artículo 2 de la Ley de Casación determina que el recurso de casación procede en contra de los autos y sentencias dictados por las cortes superiores y los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal que pongan fin a los procesos de conocimiento, y considerado que el presente proceso es de ejecución, esta Sala de lo Contencioso Administrativo al no ser competente para resolver, no admite a trámites los recuerdos de casación interpuestos por los doctores, Olmedo Castro Espinosa y Luís Jaramillo Gavilanes, por los derechos que representan, como Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura y Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, respectivamente. Notifíquese. F) Drs. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Hernán Salgado Pesantes, Jorge Endara Moncayo. Ministro Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

COMENTARIO

En este fallo que se relaciona con el caso que se estudió anteriormente nos percatamos que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, es concordante con la Jurisprudencia existente en el país respecto de que una vez que ha operado el silencio administrativo nace un derecho autónomo y por tanto el administrado

beneficiario cuenta con una acción de ejecución y por tanto puede ejecutarlo sea en sede administrativa o en sede jurisdiccional.

CUARTO CASO

JUICIO No. 328-2003
RESOLUCIÓN No. 297-04 (EJECUCIÓN DEL SILENCIOADMINISTRATIVO)
Juicio de impugnación propuesto por Oswaldo Bustamante Medina y otros contra el Director General de Aviación Civil y otros.
SINTESIS:
" ... conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente
jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley el reconocimiento de la existencia del silencio administrativo de la institución demandada se evidencia al expresar en su escrito de contestación a la demanda que ha otorgado respuestas debidas sobre lo que se le ha requerido, en los casos que le corresponde o sobre los que tiene potestad, negándose, en cambio, a responder la reclamación del accionante (...) esta Sala atentos los antecedentes fácticos y legales que obran del proceso, estima que ciertamente si operó el silencio administrativo a favor del accionante. Vale la pena recalcar que la doctrina reconoce dos clases de procesos: el de cognición dirigido a obtener certidumbre jurídica respecto de una especial situación fáctico -jurídico para establecer la existencia del derecho y declararlo; y, el de ejecución tendiente a obtener el cumplimiento práctico del derecho, que si bien es de esa naturaleza, no se confunde con el proceso ejecutivo,

reglado en el Código de Procedimiento Civil el cual es una especie de aquel. En la especie, corresponde resolver al Tribunal la aplicación y ejecución del derecho emanado del silencio administrativo positivo, pues, como queda dicho en el caso corresponde la ejecución y no el conocimiento; advirtiéndose, por tanto, que conforme se analiza la acción es de ejecución y no el conocimiento de donde fluye sin esfuerzo que no ha lugar al recurso de casación tanto más si el derecho del actor se halla establecido legalmente esto es: existe el Decreto Supremo con fuerza de Ley que ordena la expropiación, la debe ejecutarla, mediante el debido proceso la DAC (Dirección General de Aviación Civil) y dentro del ámbito establecido, precisamente, en el mencionado Decreto Supremo. Preciso es reiterar que la Institución del silencio administrativo es fundamental en este derecho especializado, derecho mediante el cual el legislador precisamente, con el propósito de evitar que con el silencio de la administración se imposibilite indefinidamente la presentación de la acción jurisdiccional correspondiente del que se crea afectado en su derecho; silencio que de conformidad con el Artículo 31 letra c) inciso segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenía efecto negativo cuando transcurrían más de treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo haya dejado de pronunciarse; efecto este que de negativo se transformó en positivo desde el 31 de diciembre de1993 en que se dictó la Ley de Modernización del Estado, cuyo artículo 28 consagra dicha reforma; disposición legal en concordancia con el entonces vigente artículo 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) que señala: "En los procedimientos de los órganos y entidades sometidas al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo, para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de sesenta día contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.-En caso de una petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer". El plazo de 60 días que tenía la DAC (Dirección General de Aviación Civil) para dar contestación a la petición de expropiación de 8 de febrero de 2002, venció el 9 de abrí! de 2002; en tanto que el término de 90 días para presentar la demanda, desde que operó el silencio administrativo el 15 de agosto de 2002, por lo que la demanda deducida en la presente causa se encuentra dentro del término previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo". El presente caso, versa sobre un recurso contencioso administrativo presentado por Oswaldo Bustamante Medina y otros, en contra de Edmundo Baquero Madera, Coronel de Estado Mayor de Aviación, en su calidad de Representante Legal de la Dirección General de Aviación Civil, mediante demanda en la que

dice que en el año 1972 se expidió el Decreto Supremo1353 publicado en el Registro Oficial 193 del 28 de noviembre de 1972 que declaró de utilidad pública 7'943.940 metros cuadrados de superficie y ordenó que las expropiaciones se hagan de manera urgente, lo que no se ha cumplido por parte de la DAC (Dirección General de Aviación Civil). En la parte pertinente del fallo que emite el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo señala"... NOVENO: El Art. 6 reformado de la Ley de Aviación Civil señala que la Dirección General de Aviación Civil es una entidad de derecho público, con personería jurídica y fondos propios y como tal, al contestar la demanda, a foja 40, a pesar de las excepciones que formula, hace conocer una especie de allanamiento a la demanda, cuando textualmente dice: " ... LA INSTITUCIÓN NUNCA HA NEGADO EL DERECHO PRETENDIDO POR EL ACTOR .. "; ".. . e igualmente existe un tácito reconocimiento a la existencia del silencio administrativo que invoca el accionante en su demanda, cuando en su escrito de contestación a ella hace conocer que esa entidad ha otorgado respuestas debidas sobre lo que se le ha requerido ... , en los casos que le corresponde o, sobre los que tiene potestad, negándose a responder dentro de los términos de ley la reclamación del accionante, pretextando que el Ministerio de Defensa Nacional ante quien debe ventilarse tal reclamación, lo que el Tribunal considera que no es así. DÉCIMO: A fs. 2, 3 y 4 existen escritos del actor que contienen la petición al demandado, para que en mérito de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado responda al requerimiento para que esa entidad cumpla con la expropiación dispuesta en el Decreto Supremo 1353 del 28 de noviembre de 1972 e igualmente constancia del vencimiento del término de los quince días que señala la Ley de Modernización del Estado como de los sesenta que indica el artículo 127 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para que se de respuestas a esas peticiones. DÉCIMO PRIMERO: No existe constancia procesal de que la entidad demandada haya respondido los requerimientos del accionante, en los términos de ley, por lo que es indudable que se operó el silencio administrativo invocado por el actor, instituyéndose con ello un derecho al reclamante que como consecuencia trae, que lo que corresponde resolver al Tribunal es la aplicación y ejecución de tal derecho, pues establecido esta por la doctrina y la jurisprudencia que al silencio administrativo correspondía un juicio de ejecución y no de conocimiento". Con ello culmina la parte explicativa del fallo y a continuación declara ha lugar la demanda y dispone que el Director General de Aviación Civil, en los treinta días siguientes a la ejecución de la sentencia demande la expropiación de los inmuebles en cuestión, según lo que se refiere al Decreto Supremo No. 1353, publicado en el Registro Oficial No.193 del 28 de noviembre de 1972. Seguidamente, se interpone Recurso de Casación, por lo que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte

Suprema de Justicia, con fecha 10 de noviembre del 2004 resuelve lo siguiente: "QUINTO: Sin perjuicio de lo antes señalado 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 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 puro 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. En el caso, el recurso presentado por la Dirección de Aviación Civil sostiene que la DAC, en virtud de lo dispuesto en la Ley Trole 11 que modificó el Art. 6 la Ley de Aviación Civil, dejó de ser competente para proceder a dar cumplimiento al Decreto Supremo que ordena se proceda a la expropiación de los terrenos para ampliación del Aeropuerto de Manta. En consecuencia, únicamente sobre este aspecto debe la Sala pronunciarse pues su contenido atañe a la competencia que debe tener la autoridad a la que dirigió el petitorio inicial. Examinado el texto del Art. 6 de la Ley de Aviación Civil, en relación con el texto que tenía el mismo antes de la modificación efectuada por la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, ocurre que tal reforma se constriño únicamente a disponer que en el mentado artículo de la Ley de Aviación Civil se reemplace la frase "adscrita al Ministerio de Defensa Nacional", por la de "adscrita a la Presidencia de la República", conforme expresamente dispone el Art. 75 de la Ley Trole 11. Ahora bien, la adscripción de un órgano de la administración únicamente se refiere a la facultad de control de tutelar que respecto de ese órgano ejercer la organización administrativa central, más tal cambio de adscripción de manera alguna afecta a las competencias propias de la entidad adscrita, por lo que de manera alguna tal cambio de adscripción demuestra que se dirigió la petición inicial a una autoridad incompetente. Y en cuanto al decreto ejecutivo mediante el cual se cambió de destino los bienes públicos de la Dirección de Aviación Civil al Ministerio de Defensa Nacional, este que se dictó con posterioridad a la iniciación de la acción en nada puede afecta a esta, tanto más que por su linaje jurídico, un Decreto Ejecutivo no puede modificar una norma lega!. Por las consideraciones que anteceden y sin que sea necesario entrar a considerar otras situaciones. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechazan los recursos de casación interpuestos por el Dr. Adriano Giler Vásquez, por los derechos que representa de la Procuraduría General del Estado y por el Comandante Piloto Rafael Fierro en su calidad de Director General de Aviación Civil .. ,

COMENTARIO

Al igual que en el primer caso analizado se da extraordinaria importancia al hecho de que la petición sea dirigida a la Autoridad competente, porque desde luego sería absurdo que se dirija una petición a una autoridad que no sea la competente y ante su silencio se pretenda obtener algo que se de antemano lo he dirigido ante una autoridad que no era la competente para resolver la petición planteada. Además en el presente caso cabe señalar que la Autoridad a la que se dirigió acepta que no respondió la petición hecha por el accionante por lo que no cabe la menor duda que ante este silencio procede el silencio administrativo positivo.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones

Una vez desarrollado el presente trabajo de investigaciones se tiene los suficientes elementos de juicio para llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: A priori se puede decir que mediante el silencio administrativo la administración trata de reparar el perjuicio que ocasiona al administrado con su silencio, cuando el administrado dirige sus peticiones, quejas a la administración, pues de no existir esta figura legal el administrado quedaría en indefensión ante la incuria administrativa.

SEGUNDA: Si bien se puede considerar que la figura del silencio administrativo beneficia al administrado en su interés particular, también cabe precisar que este aparente beneficio al particular lo que ocasiona es a la vez un perjuicio al interés colectivo del Estado que se ve obligado a conceder el interés particular que ocasiona esta figura.

TERCERA: Debido a la maraña legal de procedimientos administrativos existentes en el país resulta en muchas de las ocasiones imposible que la administración pública de oportuna respuesta a las solicitudes de los administrados y es precisamente por este inconveniente que se produce el silencio administrativo.

CUARTA: En Ecuador luego de las últimas reformas a la Ley de Modernización se ha incorporado la figura del silencio administrativo positivo el cual ha sido confirmado con fallos de triple reiteración de la hoy llamada Corte Nacional.

QUINTA: Así mismo la jurisprudencia de la Corte Nacional ha confirmado que cuando se produce el silencio administrativo este constituye una presunción de derecho que no admite prueba en contrario pues se genera un derecho autónomo.

SEXTA: También por la jurisprudencia de la Corte Nacional se puede concluir que al producirse el silencio administrativo surge un derecho de ejecución y no de conocimiento, pues no cabe entrar al análisis de por qué se produjo, sino solamente ejecutar lo solicitado por el administrado.

SEPTIMA: Que pese a que la Ley de Modernización del Estado regula el silencio administrativo aún se encuentra muy distante un procedimiento expedito para que se aplique con precisión el silencio administrativo y se amolde a las actuales regulaciones de nuestra Constitución que manifiesta que somos un Estado Constitucional de derechos, pues como se ha podido apreciar existen aún muchas dificultades para que el efecto positivo del silencio administrativo sea ejecutable de una manera expedita para el ciudadano, tanto así que a decir de algunos autores parecería mejor el efecto negativo del silencio a más de que como se ha revisado en algunas normas vigentes persiste el efecto negativo del silencio administrativo.

5.2.- Recomendaciones

PRIMERA: A fin de evitar que se siga produciendo este silencio de la administración, ante las múltiples peticiones de los administrados, llegar a la codificación de los procedimientos administrativos que en nuestro país son múltiples y engorrosos, a más de que se elabore un Código Procesal Administrativo.

SEGUNDA: En la ley de Modernización en su Artículo 28 regular un procedimiento más claro y sencillo a fin de que la figura del silencio administrativo positivo sea mucho más factible de aplicar para los ciudadanos que ante el silencio de la administración tienen que mediante esta ficción legal del silencio administrativo tratar de hacer valer su derecho de petición que tiene garantía constitucional.

TERCERA: Dado que hoy en día nuestra Constitución consagra al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos en lo que los jueces pasaron de ser boca de la ley para ser boca y cerebro de la Constitución y sus derechos regulados en la misma esto es jueces que deben anteponer el procedimiento netamente legalista para priorizar el cumplimiento eficaz del derecho, en el caso del silencio administrativo positivo se debería otorgar la facultad a los jueces para que mediante un procedimiento sumario se ejecute ágilmente lo que el administrado ha obtenido mediante el silencio administrativo positivo.

CUARTA: Dado que pese a que el actual Artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado manifiesta que"….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…..”Debido a que en la practica el funcionario público es precisamente esta certificación la que niega con lo que el administrado tiene que incursionar en un largo procedimiento para obtener esta certificación, ante ello debería bastar que el administrado presente una certificación del notario en la que conste la negativa del funcionario a entregar dicha certificación, para que proceda a ejecutar lo obtenido por silencio administrativo positivo.

5.3.- Proyecto de Reformas

LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que el Art. 1 de la Constitución de la República manifiesta que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada…”

Que el Art. 66 numeral 23 de la Constitución de la República consagra “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Que el Art. 1 de la Ley de Modernización señala: “La presente ley tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular:

a) La racionalización y *eficiencia administrativa*;
b) La descentralización, la desconcentración y la *simplificación*;

Que el Art. 3 de la Ley de Modernización establece que: “Los procesos de modernización se sujetarán a los *principios de eficiencia, agilidad*, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

Que el Art. 4 de la Ley de Modernización regula que: El proceso de modernización del Estado *tiene por objeto incrementar los niveles de eficiencia, agilidad* y productividad en la administración de las funciones que tiene a su cargo el Estado; así como promover, facilitar y fortalecer la participación del sector privado y de los sectores comunitarios o de autogestión en las áreas de explotación económica.

Que actualmente la Ley de Modernización del Estado no contempla un procedimiento eficaz para la aplicación del silencio administrativo positivo.

En ejercicio de sus atribuciones y facultades:

Resuelve.

Expedir la presente Ley Reformatoria a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada.

Art. 1.- Suprímase del Art. 28, lo siguiente:

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

Art. 2.- A continuación del inciso 1 del Art. 28 agréguese lo siguiente:

“Para este efecto, es obligación del interesado presentar por escrito toda petición o solicitud dirigida al funcionario público, con dos copias, en una de las cuales el funcionario público al momento de recibir la petición o solicitud pondrá la fe de presentación haciendo constar fecha y hora a más de su firma y esta copia la entregará al interesado, con el objetivo que sirva de constancia del vencimiento del término señalado anteriormente.

Una vez vencido el término señalado anteriormente podrá el interesado acudir con la copia que le entregó el funcionario público al momento de la presentación de la petición o solicitud, ante un Notario para que certifique que se ha vencido dicho término y esta certificación constituirá instrumento público para probar que la petición o solicitud ha sido aceptado mediante el silencio administrativo positivo".

La presente Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la República del Ecuador, ciudad de Quito, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Asamblea nacional a los..... ....

f. El Presidente de la Asamblea f. El Secretario de la Asamblea.

BIBLIOGRAFÌA

AMENÓS Álamo Juan, 1999, “Atención a la Nueva Regulación del Silencio Administrativo”, Madrid.

ARBOLEDA TERÁN, Néstor. El SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA www.derechoecuador.com

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario jurídico Elemental, Décimo quinta Edición, 2001, Editorial Heliasta S.R.L. Pág. 318, 270.

Código de Procedimiento Civil. Art. 73.

Constitución Política de la República del 2008.

Diccionario de la Real academia de la lengua española

FRAGA Gabino, “Derecho Administrativo”, página 272, México, 1980.

GACETA JUDICIAL, Año XCVI, Serie XVI, N.º 5, página 1391

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – Ramón Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo 1, 10 Edición, Civitas Ediciones, S.L – Madrid. Páginas 591 a 593.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Fernández, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo II”, cuarta edición, Madrid, páginas 571 y 572.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo (ERJAFE).

Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Ley de la jurisdicción contencioso administrativa Art. 31

Ley de Modernización del Estado, Art. 28

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP).Art. 22.

Reglamento general de la ley de defensa contra incendios, Art. 41, Registro Oficial 384, del 17 de mayo de 1979.

Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social

PACHÓN Carlos, “Diccionario de la Administración Pública”, Bogotá, 1999.

PAREJA ANDRADE Armando, Doctrina SB-2000-001 El Silencio Administrativo, 2000, Quito

PARADA, R: Derecho Administrativo. Tomos I & II. 14º edición. Ed. Marcial Pons.

PENAGOGOS Gustavo, obra citada, página 176.

SABINO ÁLVAREZ Gendín, Tratado General de Derecho Administrativo, Tomo IV, Bosch, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis – Barcelona – 1977. Pág.52 y 57.

SÁNCHEZ ZURATY Manuel, “Diccionario Básico de Derecho”, Quito, 1993.

SECAIRA DURANGO, Patricio, Derecho Administrativo, Loja-Ecuador, Primera edición, Quinta reimpresión, Mayo 2011, Pág. 160, 164 a 169.

(Sentencia T-301 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero)

Gaceta Judicial N° 15 Serie XVI.

http://www.cmacica.com.pe/info.aspx?Sec=93

http://definicion.de/revocacion/

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2376:procedencia-del-silencio-administrativo&catid=23:derecho- administrativo&Itemid=420

http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/vicisitudes-del-silencio-administrativo

http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/silencio-administrativo/silencio-administrativo.htm

http://www.fopae.gov.co/portal/page/portal/docs_intranet/DOC_Juridica/derechoPeticion.pdf

http://iabogado.com/guia-legal/la-administracion/sus-derechos-ante-la-administracion-el-procedimiento-administrativo

http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/legislacion/administrativa/ley-de-regimen-juridico-de-las-administraciones-publicas-y-del-procedimiento-administrativo-comun?mostrar=70

http://www.monografias.com/trabajos36/derecho-de-peticion/derecho-de-peticion2.shtml

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=422&Itemid=101

http://salmonabogados.com/otros/98-anotaciones/derecho-procesal-constitucional/96-nociones-acerca-de-la-accion-de-acceso-a-la-informacion- publica-en-el-ecuador

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_silencio_administrativo_positivobrevesapuntes.pdf

http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/694/1/T760-MDE-Celly-El%20acto%20administrativo%20desde%20la%20jurisprudencia.pdf

http://html.rincondelvago.com/derecho-administrativo_1.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Silencio_administrativo