UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO - HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo como derecho autónomo de los administrados en la legislación ecuatoriana

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Autora
Vinueza Herrera, María Cristina

Directora
Encarnación Ordóñez, Sandra Jacqueline

Centro Regional Quito

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Magíster

Sandra Jacqueline Encarnación Ordoñez

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “El silencio administrativo como derecho autónomo de los administrados en la legislación ecuatoriana”, realizado por la estudiante María Cristina Vinueza Herrera, ha sido orientado y revisado durante su ejecución por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2014

f)……..

MSc. Sandra Jacqueline Encarnación Ordoñez
DIRECTORA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, María Cristina Vinueza Herrera, declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: **El silencio administrativo como derecho autónomo de los administrados en la legislación ecuatoriana,** de la titulación Magíster en Derecho Administrativo, siendo Sandra Jacqueline Encarnación Ordóñez, directora de 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 investigativos, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánica 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 las 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)……..

María Cristina Vinueza Herrera
CC: 1714294517

AGRADECIMIENTO

A Dios, de quien todo procede y a quien debemos cada uno de nuestros días.

A mis padres, pues de su mano forjé un sueño y de su mano llego a la meta

A mi hermana, pues con su apoyo y sonrisa la vida se ilumina.

A la magíster Sandra Encarnación, eximia profesional y docente de la Universidad Técnica Particular de Loja, por su tiempo y dedicación en la consecución de mi meta

¡Gracias a todos ustedes!

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA I
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS II
AGRADECIMIENTO III
ÍNDICE DE CONTENIDOS IV
RESUMEN EJECUTIVO 1
ABSTRACT 2
INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO I 5
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 5

1.1. Definición de Administración Pública 6
1.2. Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana 11
1.3. Administración Pública y Políticas Públicas 12
1.4. Participación ciudadana y control social 15
1.5. Servidoras y servidores públicos 19
1.6. Actuación de la administración pública frente a los administrados 22
1.7. El derecho de dirigir quejas y peticiones 24

CAPÍTULO II 31
EL SILENCIO ADMINISTRATIVO 31

2.1 Naturaleza jurídica del silencio administrativo 32
2.2 El silencio administrativo positivo y sus efectos 37
2.3 El silencio administrativo negativo y sus efectos 39
2.4 El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana 42
2.5 Procedencia del silencio administrativo 45
2.6 Procedimiento jurisdiccional 52

CAPÍTULO III 58
CASUÍSTICA SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR 58

3.1 Análisis de casos sobre la aplicación del silencio administrativo en el Ecuador 59

Caso 1.- Juicio No. 450-2000, que en casación y por silencio administrativo siguió Luis Serrano Figueroa en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil. 59

Caso 2.- Juicio No. 341-2009, que en casación y por silencio administrativo siguieron José Rodolfo Segovia Machuca y Liduvina Matute Orellana, en sus calidades de Gerente y Presidenta de la Compañía Taxiradio Quinta Chica S.A. en contra del Alcalde del Municipio de Cuenca. 61

Caso 3.- Juicio 01-2010, que en casación y por silencio administrativo siguió Macario Idrovo Borja en contra del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre. 64

3.2 Resoluciones de la Corte Constitucional sobre la aplicación del silencio administrativo 65

Caso No. 1.- Expediente No. 0168-2009-RA, referente a la causa que siguió Luis Alvarito Ochoa Castro, Gerente General de la Compañía Agua Marina Cía. Ltda. en contra del IESS 66

Caso No. 2.- Acción extraordinaria de protección No. 0680-10-EP, presentada por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en contra de la sentencia de la Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Nacional. 68

3.3 Resultados de la aplicación del silencio administrativo en el Ecuador 69

3.4 Verificación de objetivos y contrastación de la hipótesis 74

CAPÍTULO IV 76

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA 76

4.1 Conclusiones 77

4.2 Recomendaciones 79

4.3 Proyecto de reforma 80

BIBLIOGRAFÍA 85

ANEXOS 89

ANEXO No. 1 89

ANEXO No. 2 92

ANEXO No. 4 103

ANEXO No. 5 107

ANEXO No. 6 110

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo se desglosó en cuatro capítulos, que partieron de la conceptualización de los alcances de la Administración Pública, sus distintas acepciones y el papel determinante que en ella juegan sus diversos actores, entre ellos la propia administración y sus administrados, a través de la formulación de políticas públicas, la eficiente prestación de servicios públicos y la observancia del derecho constitucional de petición.

En el contexto descrito, se realizó además una aproximación a la figura del silencio administrativo, sus alcances y limitaciones, así como los diversos efectos que produce en los administrados.

Con las premisas expuestas se refirieron algunos casos en los que se reclamó la aplicación del silencio administrativo en la justicia ecuatoriana, lo que nos llevó a realizar precisiones sobre el trámite jurisdiccional aplicable.

Finalmente, se extrajeron las conclusiones y recomendaciones sobre el nivel de aplicabilidad del silencio administrativo, como un derecho autónomo que no obedece a requisitos previos, lo que llevó a la elaboración de un proyecto de reforma a la actual legislación sobre la materia.

PALABRAS CLAVES: silencio administrativo, administración pública, legislación ecuatoriana, derecho autónomo

ABSTRACT

The content of this research was broken down into four chapters, which began with the conceptualization of Public Administration, it's different connotations and the decisive role that participants, such as private individuals and the administration itself, have, through the provision of efficient public utilities, the formulation of public policies and the observance of the constitutional right of petition.

In this context, an approach to the constructive grant or refusal has been made, explaining it's range, limitations and the different effects that it produces in private individuals mainly.

With these premises, several lawsuits demanding the acknowledgement of what was constructively granted by Ecuadorian administrative authorities, were examined, which led us to clarify matters towards judicial proceedings that may be applicable.

Finally, conclusions and recommendations towards the level of applicability of administrative silence, as an autonomous right, that doesn´t follow any previous requirements were made, criteria that led us to the proposal of a reform to the Ecuadorian legal framework.

KEYWORDS: constructive grant, public administration, ecuadorian legal framework, autonomous right

INTRODUCCIÓN

En virtud de ser el administrado la parte débil en la relación jurídica, se ha desarrollado el concepto del silencio administrativo positivo, este, además de permitir al administrado el ejercicio de su derecho de impugnación, le da una solución efectiva a la petición realizada a la administración, en ejercicio de su derecho de petición. En este marco, el silencio administrativo positivo, se establece como un derecho autónomo que nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración se hace después del término que la ley establece. El silencio administrativo no permite a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instadas, pues responde a la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo, demorado por la inactividad de la Administración Pública, por lo que la acción que se deduce ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo no está orientada a que se declare el derecho que se encuentra firme sino a que el órgano jurisdiccional disponga su inmediata ejecución.

En el caso específico del Ecuador, el silencio administrativo surge un poco tarde en comparación con otros países, recién en 1998 se reconoce la importancia y aplicación preferencial al derecho básico conocido como “Derecho de Petición y atención inmediata de los poderes públicos. El marco normativo ecuatoriano que lo rige, se encuentra en la Constitución de la República, en el numeral 23 de su artículo 66 y también en las leyes secundarias como el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, norma que prevé la obligación de solicitar a la Administración un certificado acreditativo del silencio producido, el que debiera emitirse por el órgano competente para resolver, requisito sine qua non que, sin embargo, no se cumple. Este limitante crea dificultades para el ejercicio del derecho de petición del administrado, quien requiere del administración pública un pronunciamiento rápido y expedito.

De lo anterior se desprende que el fenómeno del silencio administrativo no puede verse desde la sola perspectiva de un sentido legal, sino también como un problema que atenta contra los principios fundamentales de la buena y recta administración,

esto es, contra los postulados básicos de eficacia y la eficiencia que la deben guiar. El tema por consiguiente, conjuga lo jurídico y lo técnico, no separados en compartimientos estancos, sino conjugados en torno a los intereses generales y el respeto a los derechos de los administrados, que surgen sin necesidad de trámites adicionales, procedimientos administrativos o jurisdiccionales, con requisitos imposibles de cumplir.

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo general demostrar que de conformidad con la legislación ecuatoriana, el silencio administrativo es un derecho autónomo, que no depende o se fundamenta en los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen. Sus objetivos específicos incluyeron, realizar un estudio doctrinario sobre la naturaleza y alcance del silencio administrativo en el Ecuador; identificar el silencio administrativo positivo; analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y hacer un estudio de casos sobre el silencio administrativo; y, proponer reformas a la legislación sobre la aplicación del silencio administrativo.

Los objetivos planteados se concretaron con la exposición de los conceptos y términos base, que aclararon a la autora la importancia del silencio administrativo, así como se utilizaron los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales y órgano de control constitucional para conocer el nivel de aceptación de esta figura entre los administradores y administradores de justicia. La evidencia recabada apuntó a la formulación de una propuesta de reforma que vuelva más expedita la ejecución del silencio administrativo como un medio para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la defensa.

Para el efecto, se emplearon recursos bibliográficos tales como libros, publicaciones en periódicos y revistas, así como consultas realizadas a través del internet. Adicionalmente y con el afán de realizar el análisis de las sentencias, resoluciones y pronunciamientos de las instancias y órganos jurisdiccionales respectivos, se recurrió a las bibliotecas de la Corte Nacional y la Corte Constitucional, así como a medios informáticos con acceso a archivos judiciales.

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1. Definición de Administración Pública

El sector público de un país es uno de los componentes más importantes para la aplicación satisfactoria de sus programas de desarrollo. Las nuevas oportunidades creadas por la mundialización, la revolución de la información y la democratización han tenido consecuencias de suma trascendencia para el Estado y su funcionamiento. La gestión del sector público en esta época de cambios constantes se ha convertido en un difícil reto para los que se ocupan de la adopción de decisiones, la elaboración de normas y la administración pública de cada país.

En este contexto y como parte de la formulación conceptual, propongo entonces la necesidad de distinguir entre *"administración pública"* y *"gestión pública",* que aunque ligadas, tienen alcances diferentes con respecto de la acción del administrador.

El primer término connota una orientación tradicional centrada en la aplicación de funciones administrativas genéricas con cierto grado de pasividad y orientación hacia el *statu quo.* Se asocia con una concepción de la administración como disciplina aplicada y basada en la utilización mecanicista de conceptos administrativos tradicionales. El segundo término connota una orientación más agresiva, enfocada a la acción y a la solución creativa de los problemas de la administración dentro de un contexto de innovación y con la ayuda de instrumentos racionales[1].

Estos términos entendidos de manera integral y basados en la aplicación de conocimientos y técnicas modernas, apoyadas por ejercicios de reflexión sistemática de la práctica profesional en el contexto del trabajo, nos permiten esbozar un concepto preliminar de Administración Pública, entendida como la gestión o acción desempeñada por profesionales en posiciones de responsabilidad con relación a la toma de decisiones en organizaciones públicas.

Podemos incluso afirmar que la Administración Pública es una organización que el Estado utiliza para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas, a través de la transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones. Lo anterior nos muestra lo diverso que es esta *"organización",* en el sentido de que incluye en su seno diferentes espacios y especialistas que se ocupan específicamente de una tarea y que su interdependencia hace muy difícil

[1] STIFEL Lawrence, Educational and Training for Public Sector Management in Developing Countries, Estados Unidos de Norteamérica, The Rockefeller Foundation, 1977.

establecer que se debe reformar y que no, y por ende realizar una reforma administrativa no es tarea de unos pocos, sino que abarca a todo el conjunto de ella y también a la sociedad como destino final de los *"output"* que ella produce.

En este sentido, Arellano Gault[2] sugiere que desde el punto de vista de la teoría organizacional, la Administración Pública funciona como un dualismo que define su naturaleza; por una parte, está integrada por miembros de una red más amplia coordinada por el Estado como organización, cuya capacidad de acción afecta a cada componente de la red; y, por otra parte, está constituida por organizaciones con capacidad de acción propia, con sus dinámicas internas similares a las de cualquier otro tipo de organización.

Conviene indicar además que la Administración Pública y su gestión conllevan la toma de decisiones de coordinación y motivación de las personas para alcanzar los fines de la organización estatal, observando criterios de eficiencia, eficacia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación[3] y buen trato, dentro de las restricciones del marco jurídico-político, que supone ciertas restricciones respecto del sector privado pero también un conjunto de recursos propios y singulares para crear valor público.

En este contexto, Granja Galindo[4] ha definido a la Administración Pública como ciencia y arte a la vez, cuyo objeto es el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad.

Por su parte, el glosario de términos del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define a la Administración Pública como la organización con personalidad jurídica, que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general, ceñida a varios principios, entre ellos:

a) ***Principio de legalidad.-*** Consiste en la concepción de que toda actividad y manifestación de la administración pública, procedente de los hechos, actos, contratos, resoluciones y

[2] ARELLANO Gault, David, Gestión Pública: las organizaciones plurales", ponencia presentada en la XXVII Asamblea de CLADEA, Santa Fe de Bogotá, 1992

[3] Según lo estipulado en el artículo 227 de la Constitución de la República

[4] GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo, Universidad Central, Quito, 1994.

otras formas y mecanismos de expresión de la misma, por proceder de servidores que responden a la gestión oficial del Estado y las instituciones públicas, se han dado dentro del margen jurídico de la Constitución y las demás normas de derecho imperantes.

b) ***Principio de impugnabilidad.-*** De él se desprende que pese a que los actos administrativos se reputan legítimos por las razones anotadas, son impugnables, es decir, pueden ser objeto de rechazo, de desaprobación de parte de quienes se consideren lesionados en sus derechos; y esa objeción puede hacerse en vía administrativa o contencioso administrativa. Mientras la primera refleja la llamada auto-tutela, la segunda, llamada también de plena judicialización hace efectiva la tutela que ampra a toda la actividad de la administración pública. La impugnación se lleva a cabo mediante reclamaciones, recursos y el planteamiento de acciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional.

c) ***Principio de eficiencia y eficacia.-*** Pues se espera que las actividades y servicios que la administración pública brinda a la sociedad sean de óptima calidad, es decir, eficientes y eficaces, con soluciones rápidas, oportunas y revestidas de celeridad. Pretende que todas las actuaciones de los órganos y los servidores reflejen una adecuada relación costo-beneficio y puede ser más visible en las actividades económicas asumidas por el Estado y en la prestación de servicios públicos.

d) ***Principio de simplificación.-*** Se refiere a que los procedimientos y trámites administrativos deben ser simples, sencillos, no formalistas ni engorrosos, exentos de rigorismos burocráticos.

e) ***Principio de transparencia y publicidad.-*** Comporta la cualidad que debe aplicar la administración pública en su accionar, aplicando procedimientos correctos, diáfanos, transparentes, exentos de sospechas y dudas. Supone, salvo excepciones relacionadas con la seguridad del estado, que toda la actividad jurídica de las administraciones son públicas y los interesados tienen acceso a ella. Se vincula también con la formalidad que como carácter de la actividad determina la validez o invalidez de las mismas

f) ***Principio de coparticipación.-*** Radica en la vinculación y cooperación que deben observar las instituciones públicas y privadas para la prestación de servicios a la colectividad, debiendo acciones coordinadas para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos que se reconocen para los administrados.

g) ***Principio de economía.-*** Radica en el conjunto de políticas y estrategias para la mejor utilización de recursos institucionales, como la concentración de actos en los trámites administrativos para evitar la repetición y dilación de las providencias y diligencias, precautelando los intereses de la administración y de las personas vinculadas con los trámites administrativos.

h) ***Principio de solidaridad.-*** Comporta que la actividad de la administración pública debe regirse por el interés social antes que por el particular. La solidaridad conlleva la mayor aportación de los que más tienen para cubrir los costos de la prestación de servicios comunes, en beneficio de los de menor capacidad económica o de los sectores sociales deprimidos.

i) ***Principio de avocación o jerarquía.-*** Consiste en la facultad que tiene el órgano administrativo superior para conocer y resolver los asuntos de competencia del órgano inferior, previo la comunicación correspondiente. Se la entiende como la relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar la unidad en la acción

j) ***Principio de evaluación.-*** Se relaciona no solo con la medición del desempeño de los servidores públicos para efecto de permanecer o promoverlos, sino con la participación ciudadana que deberá constituir elemento sustantivo de dicha evaluación que, por cierto debe ser permanente.

k) ***Principio de responsabilidad.-*** El principio de responsabilidad en la administración pública tiene dos aplicaciones: la del *Estado y por él todas la entidades que integran el sector público*, que por mandato constitucional, tienen el deber de reparar los perjuicios que sufran las personas a consecuencia de la carencia o deficiencia en la prestación de servicio públicos que estén a su cargo como por la acción u omisión de los servidores públicos y por los errores judiciales, denegación de justicia en incumplimiento del debido proceso[5] , sin perjuicio del derecho de repetición contra los causantes directos e inmediatos.

[5] **Art. 53.-** Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

El Estatuto Jurídico del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, regula las entidades que forman parte de esa función del Estado, entre las que se incluyen a los ministerios, órganos dependientes o adscritos a ellos (Administración Pública Central) y las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; y, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central (Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva).

Además de esta distinción, la doctrina clasifica a la Administración Pública en las siguientes ramas:

Administración descentralizada: Es la forma de administración en la que cada órgano ejerce competencias compatibles con su ubicación geográfica y grado. Esta forma permite la mejor utilización y racionalización de los recursos humanos y económicos de las instituciones, ejecutada a través de la transferencia de competencias de un órgano determinado de la administración a otro; La descentralización puede ser funcional o territorial. La primera, se da cuando la descentralización se da entre instituciones de la Administración órgano de la administración mencionada y un órgano de la administración seccional (municipio, consejo provincial o junta parroquial).

Administración concentrada: Es aquella que concentra las competencias y recursos en el órgano superior de cada institución, impidiendo que los órganos inferiores y territoriales puedan coadyuvar oportunamente y de mejor manera con la administración.

Administración desconcentrada: Es la administración en la que se posibilita la transferencia de funciones de un órgano superior a otro inferior en el ámbito de una misma administración, permitiendo así la racionalización de los recursos y el mejor cumplimiento de funciones, por razones del territorio o de la clase de servicios.

Administración monopólica y desmonopolizada: Se presentan cuando recae sobre bienes y servicios en los que el Estado y las instituciones públicas ejercen una administración exclusiva, o en el caso contrario, cuando la actividad administrativa es abierta para que la

concesión de los bienes o la prestación de servicios no resulten monopolizadas. Por principio jurídico está prohibida la administración monopólica.

Administración delegada: Es aquella en que los órganos superiores delegan determinadas funciones a los inferiores de la misma rama, como ocurre con los ministerios y las direcciones regionales y provinciales. Puede citarse como ejemplos los casos en que el Ministro de Gobierno delega algunas de sus atribuciones a los gobernadores para que las ejerzan en las respectivas provincias; o el Procurador General del Estado, lo hace a favor de las direcciones regionales o provinciales, como para recibir citaciones en los juicios en los que debe intervenir el delegante.

Administración concesionada: Es la que se refiere a bienes y servicios en los que está permitido que el sector público pueda entregar en concesión temporal su administración a otras entidades del mismo sector o de carácter privado, como ocurre con la administración de carreteras.

En resumen diríamos que, el punto de partida de todo estudio administrativo surge de un fin social y no de un fin individual porque la administración es el resultado del esfuerzo de grupo y no del esfuerzo individual. Pero los fines sociales, además de cambiar, lo mismo que los individuales son más amplios y generales, menos inmediatos y específicos que los que el individuo elige como meta de su propia conducta.

En otras palabras, la Administración Pública es un elemento de la realidad social convulsionada por sus limitaciones como es el caso nuestro, que actúa en tanto como fuente de oportunidades para diversos sectores sociales, ya sea como proveedora de servicios, contratista, productora de bienes, o como vínculo legal y de poder necesario para la realización de diversas actividades económicas, sociales, políticas y en las que la acción gubernamental es esencial. Y por ende su actuación será evaluada, juzgada y enjuiciada por los más variables sectores sociales que van desde los grupos de poder económico, la clase política y sus opositores; las reinvindicaciones de empleados, obreros, campesinos, desocupados y de los nuevos actores de la escena social; así como de las opiniones de los medios de comunicación; e inclusive, por la empleocracia.

1.2. Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana

En la actualidad el Ecuador atraviesa una serie de transformaciones en la política pública, en tal sentido se han enarbolado nuevos postulados que giran en torno al “buen vivir”; así el Estado se ha enfocado nuevamente en el bienestar social. No obstante lo anterior, persiste el debate de muchos problemas sociales, políticos, culturales, sobre todo cuando se evalúa las acciones que el gobierno realiza en torno a solucionar los mismos.

El tema de las políticas públicas requiere que el ciudadano en calidad de beneficiario y en particular el administrador público, sea como diseñador, ejecutor o evaluador de las mismas conozca la temática desde su origen, identifique los problemas aislando las agendas definidas por grupos de interés y postule las verdaderas prioridades de la sociedad.

Las políticas públicas implementadas en el Ecuador, han cumplido su rol, obedeciendo únicamente a los grupos de poder que han influenciado en el manejo del país por varias décadas, sin mantener un objetivo claro de inclusión social y se han manejado en un entorno político conflictivo, crisis recurrentes, normativas adversas a intereses colectivos, ausencia de una verdadera rendición de cuentas; lo que han provocado que las acciones estatales sean ineficaces, transitorias, improvisadas y costosas; por ello se requiere que las políticas públicas sean diseñadas con apego a las necesidades y prioridades sociales, implementadas desde una gestión pública eficiente y evaluadas interna y externamente de forma constante; y, enfocadas al desarrollo social y económico comunitario.

1.3. Administración Pública y Políticas Públicas

La Administración Pública se relaciona con los proyectos de vida que se formulan de manera política y pública. Se vincula con lo que es la sociedad contemporánea y hacia quienes quiere llegar. Se vincula con los cambios institucionales que las sociedades viven, como las reformas, las reinvenciones, las reconvenciones y las re-estructuraciones.

De este modo, la gestión de la Administración Pública, orientada al núcleo de las políticas de gobierno debe proporcionar las capacidades tecnológicas, organizativas y funcionales para que las decisiones y las acciones de gobierno tengan no sólo la lógica argumentativa, sino la consistencia en el momento de su implementación.

Ahora bien, el proceso de creación de las políticas públicas comienza con la generación de una idea para resolver un problema que afecta al bien común; sigue con la discusión de esta

idea en un contexto político hasta que se define como proyecto de acción; la siguiente etapa consiste en asignar responsabilidad a organismos particulares para que pongan en práctica estos proyectos, logrando así los efectos deseados; y finalmente la última etapa que consiste en la evaluación del grado y dirección de los efectos, la cual se utilizará como fuente para refinar o generar nuevas ideas.

Se podría decir entonces que las burocracias representan el momento de producción de programas cuyos mandatos han sido formulados en otros ámbitos de la interacción política. En cuanto que el administrador público puede influir en el éxito o fracaso de este proceso de producción, no es sólo administrador sino también decisor y ejecutor de políticas. Esta visión asume que el administrador tiene que ser un profesional comprometido con la agenda de mejorar el gobierno, utilizando en la medida de lo posible instrumentos racionales y científicos, dejando de lado la posición de burócrata para pasar a ser un tecnócrata.

Las políticas públicas son el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadano". Pallares señala que las Políticas Públicas deben ser consideradas como un "proceso decisional", un conjunto de decisiones que se llevan a cabo a lo largo de un plazo de tiempo, al mencionar esa persuasión sobre la población no comenta si es de índole positiva o negativa, pero podemos decir que en ocasiones el bienestar se ve cuestionado en una política restrictiva o de imposición fiscal por ejemplo, logrando ciertamente esa modificación conductual.

De ahí que entendemos a las políticas públicas como un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por una autoridad legítima para resolver problemas públicos complejos[6]. En tal sentido, una política pública es una directriz general que refleja la prioridad y voluntad política del gobierno para modificar una situación determinada. En la práctica, las políticas públicas funcionan como instrumentos que permiten al Estado garantizar los derechos humanos y ambientales, vinculando las necesidades sociales de corto plazo con una visión política a mediano y largo plazo, para así eliminar inequidades.
Entonces, al ser las políticas públicas procesos deliberadamente diseñados y planificados, con objetivos, cursos de acción y lineamientos establecidos, que demandan una variedad de recursos y requieren la interacción entre actores políticos y sociales, las tomamos como un instrumento que permite al Estado cumplir con sus obligaciones de respetar, proteger y

[6] AGUILAR Villanueva, Luis (1993). «Estudio Introductorio». En Luis Aguilar Villanueva, comp. Problemas Públicos y Agenda de Gobierno. Vol. 3. México.

realizar los derechos humanos y de la naturaleza, eliminar inequidades y transversalizar enfoques tradicionalmente marginados o minimizados, a la vez que vinculan las necesidades de corto plazo del Estado con una visión política a mediano y largo plazo.

Las políticas públicas tienen que ver con el acceso de las personas a bienes y servicios. Consisten, precisamente, en reglas y acciones que tienen como objetivo resolver y dar respuestas a la multiplicidad de necesidades, intereses y preferencias de grupos y personas que integran una sociedad. Esto es lo que generalmente se conoce como "agregar demandas", de forma tal que al final, las soluciones encontradas permitan que personas y grupos coexistan a pesar de sus diferencias.

Generalmente se tienen instrumentos para plantear e impulsar las políticas públicas, dependiendo del tipo de actores que intervienen, éstos pueden variar. Para el caso del gobierno, a través de sus instituciones, al elaborar una propuesta se basan en los siguientes aspectos:

- ***Las normas jurídicas***. Es a través de las normas jurídicas que los poderes públicos autorizan y establecen las actividades que constituyen las políticas, y también, limitan la discrecionalidad en el actuar de los que la elaboran y ejecutan. Es decir, basarse en todo tipo de norma y ley establecida.

- ***Los servicios de personal.*** Elaborar las políticas requiere infraestructura humana, organizativa y de material.

- ***Los recursos materiales.*** Destacan principalmente los financieros ya que son lo que suelen ser más restringidos.

- ***La persuasión.*** Los ciudadanos consideran al gobierno como legítima expresión de la interpretación mayoritaria de los intereses generales de la sociedad. Es por esto, que se debe responder correctamente a las demandas sociales, ya que el gobierno como ente debe velar por los intereses de los que están bajo su tutela.

En el Ecuador, a partir de la aprobación de la Constitución de la República, ya no se concibe al desarrollo como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar el Buen Vivir, como un estado basado en la dignidad humana y en el libre ejercicio y disfrute de los derechos, en

virtud de lo cual las personas, de forma individual y colectiva (comunidad, pueblo, nacionalidad o territorio), pasan a ser actoras y protagonistas.

Así lo ha previsto el artículo 85 de la Constitución, en el que señala los parámetros de medición que se utilizarán para fijar las Políticas públicas, entre las que se cuentan: la orientación a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, basados en el principio de solidaridad; la adopción de medidas alternativas que busquen remediar los conflictos que puedan surgir entre la aplicación de Políticas públicas y el ejercicio de los derechos de los administrados; y, la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos, para lo cual se deberá contar con la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

El contexto actual del país genera importantes desafíos para la acción pública, y en particular requiere formas distintas de definición de políticas públicas, que rompan con la tendencia inercial y/o reactiva que caracterizó el pasado, a la vez que quiebren, en definitiva, la tendencia de Estado piramidal, que ha privilegiado la especialización funcional, jerárquica y fragmentada por encima del sustento de instancias de inclusión y deliberación ciudadana.

En la Constitución se crea el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa y se le da un carácter vinculante, para todo el sector público, a su principal instrumento: el Plan Nacional de Desarrollo (PND).

El Plan Nacional del Buen Vivir (PNBV) es el instrumento máximo de la planificación nacional y de la política pública, y aunque tiene formulaciones y lineamientos definidos por el período de gobierno, propone un horizonte de cambio en el largo plazo, así vemos que las políticas públicas, en nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, y conforme establece el artículo 85 de la Constitución, se deben orientar a hacer efectivos el Buen Vivir y todos los derechos de las y los ecuatorianos.

En el Ecuador, las políticas públicas, junto con las garantías jurisdiccionales y normativas, son un mecanismo para garantizar y hacer efectivos los derechos de todos y todas.

1.4. Participación ciudadana y control social

La presencia de los ciudadanos en los asuntos públicos es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática, así la participación tiene como finalidad la intensificación del control de la acción estatal por los ciudadanos. Abreviadamente podríamos decir que consiste en la posibilidad cierta de que la ciudadanía sea parte de la actividad administrativa, especialmente en aquella conocida como discrecional. Mecanismo como la consulta previa, la silla vacía y otros son aplicables a la actividad de las administraciones públicas.

A medida que el ejercicio del poder está más legitimado en la voluntad obtenida a través de un consenso social, mayores son las posibilidades de visibilizar las aspiraciones de los diferentes sectores sociales. Puede decirse entonces que la realización progresiva de los derechos humanos, está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana.

Sin embargo, prevalece en nuestra sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos; de manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses societarios.

Una de las razones primarias para tal marginamiento, se desprende de la ausencia de información, e interiorización de la ciudadanía, sobre las posibilidades de nuestro marco jurídico en cuanto al reconocimiento formal de espacios de participación, por lo tanto, la presencia del ciudadano en las decisiones que le afectan, tanto individual como colectivamente, precisa de una adecuación funcional, en tanto en cuanto, facilite el acceso y la conformación no excluyente de centros de decisión a partir del nivel local, que en última instancia, también sean capaces de incidir en la formación de voluntad sobre las decisiones que exceden el ámbito del Estado-Nación.

De ahí la importancia de la participación ciudadana, a la cual el abogado costarricense Rafael González Ballar[7] define como "un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve."

[7] GONZALEZ, BALLAR Rafael, “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley General de la Administración Pública”, Revista de Ciencias Jurídicas No. 53, Mayo-Agosto 1985

Podemos deducir de lo anterior, que la participación es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. La participación no es realmente efectiva mientras no vaya modificando y ampliando las relaciones de poder.

El fin de la participación ciudadana no es tanto ella en sí misma, por cuanto que, la finalidad que debería perseguir es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad.

En un proceso de participación ciudadana se pueden distinguir diversos niveles que suponen diferentes grados de involucramiento de las personas y grupos en él. Se distinguen, en términos generales, cuatro niveles de participación ciudadana:

- **Informativo:** el objetivo es proveer información sobre el tema en cuestión. En este nivel el flujo de información es unidireccional y no existe posibilidad de retroalimentación o negociación directa sobre lo informado.

- **Consultivo:** el objetivo es invitar a personas y grupos a participar de manera activa a través de sus opiniones y sugerencias. Para desarrollar este nivel es necesario generar canales a través de los cuales se recibe la opinión y posturas respecto de un tema.

- **Resolutivo:** el objetivo es convocar a personas y grupos con posibilidades reales de influir respecto de un tema específico. Los actores son considerados como ejecutores y/o gestionadores de programas y/o proyectos sociales para dar respuesta a problemas locales. En esta forma, los actores participan de un proceso de negociación, producto del cual se establecen acuerdos que tienen carácter vinculante y por lo tanto inciden en la decisión adoptada.

- **Cogestión:** el objetivo es convocar a actores claves para ser parte de un proceso de toma de decisiones que involucra más de un tema específico. La cogestión se realiza en función de un proceso de gestión amplio. En esta forma de participación, los actores involucrados y la comunidad adquieren destrezas y capacidades, fortalecen sus espacios y organizaciones y actúan con un sentido de identidad y comunidad propio respecto del tema que los convoca. El fortalecimiento de sus organizaciones y trabajo en redes facilita una acción eficiente y orientada al cumplimiento de sus metas y proyectos.

La participación ciudadana se involucra en todas las etapas de la política pública o proyecto.

Así, en el ordenamiento jurídico, pueden identificarse derechos, deberes y mecanismos relacionados con la presencia ciudadana en lo público; de igual forma, en ocasiones también hallaremos restricciones expresas a esta participación.

En efecto, el artículo 61 de la Constitución de la República establece como derecho de las ecuatorianas y ecuatorianos el de participar en los asuntos de interés público que se ejerce, conforme el artículo 95, a través de los mecanismos de la "democracia representativa, directa y participativa". Estas formas de participación de ejercerán de manera individual o colectiva y será protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos.
Por otro lado surge la figura del control social como un concepto dual, como derecho y el deber de los ciudadanos y ciudadanas quienes, a través de la participación ciudadana, controlan el buen manejo de la gestión de lo público. Es la acción que ejerce la ciudadanía organizada para evaluar o dar seguimiento a un proyecto, programa, presupuesto o compromisos de una institución pública (o privada que recibe fondos o brinda servicios públicos).

La participación ciudadana y el control social, son facultades inherentes a la ciudadanos, quienes al ser mandantes y fiscalizadores del poder público, inciden en las decisiones y acciones de las autoridades que afectan al interés colectivo, además de lo anterior, la participación ciudadana permite que la comunidad asuma su corresponsabilidad con el Estado y el ejercicio de sus derechos constitucionales y legales.

Además de lo anterior en su papel de fiscalizadores, la ciudadanía puede controlar que las acciones y decisiones de las autoridades estén apegadas a la ética y a la legalidad e impulsar la rendición de cuentas de los poderes públicos, así como fortalecer la transparencia en la gestión y administración de lo público.

Los poderes públicos son frecuentemente reacios a la participación pública. Los "lobbys" de intereses diversos prefieren también el secreto, las decisiones entre bambalinas, lejos de procedimientos transparentes y participativos. Esta depauperación de los procedimientos democráticos no tiene como único responsable a los poderes públicos. También lo es la sociedad, las personas, desde el momento en que nuestra participación en la vida pública se limita lo imprescindible, entendiendo por tal aquello que nos afecta muy directamente y a título

exclusivamente personal. Así el fortalecimiento de una democracia se produce como consecuencia de la utilización, lo más frecuente posible, de los instrumentos de participación que el sistema pone en manos de las personas, por la utilización y ejercicio de sus derechos democráticos

1.5. Servidoras y servidores públicos

Las ramas del poder público traducen una manifestación del poder y de la actividad estatal, en desarrollo del principio de la separación de los poderes y de la necesaria especialización en el cumplimiento de las funciones públicas, las cuales se concretan en el cumplimiento de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, a través de los diferentes órganos que las integran; pero igualmente dicho poder y actividad se sectorizan en otros órganos autónomos e independientes que han sido instituidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

El conjunto de competencias atribuidas a dichos órganos constituyen la variedad de funciones públicas que deben ser desarrolladas por las personas naturales vinculadas mediante una relación de servicio, es decir, los servidores públicos, los cuales, como lo expresa el artículo 229 de la Constitución de la República, entendido son aquellos que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

La definición constitucional de servidoras o servidores públicos alcanza y somete a un régimen unificado a quienes son elegidos por votación popular, a los designados para períodos fijos, a los que han hecho carrera en el servicio público, a los contratados temporalmente e incluso a los miembros de la fuerza pública que al tenor del último inciso del artículo 158 de la Carta Magna son considerados servidoras y servidores públicos. La única discriminación que se hace es con respecto a los cuales será posible la contratación colectiva.

Respecto a los derechos de las y los servidores públicos se ha establecido una justa caracterización de irrenunciables, con lo que se reconoce un principio universal del derecho del trabajo. En cuanto a la remuneración, se determina que será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia. Las acciones de los servidores públicos deben estar siempre, por siempre y como fórmula de superación, encaminadas urgentemente a borrar de una vez por todas la visión negativa que los ciudadanos tengan o puedan tener sobre el manejo de las instituciones del estado y en

oposición a lo cual, enfrentar con realismo ese posible desprestigio y frustración, en dirección expedita a robustecer ese servicio público mediante sólidos y congruentes fortalecimientos en lo democrático, institucional y estatal, con lo que ganaremos todos en beneficio de todos.

La labor de los servidores públicos está orientada a lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación. El servicio público en fin de cuentas viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la administración a través de una organización montada por razones de interés público, sin comprometer las explotaciones que el Estado conserva en sus manos única y exclusivamente por motivos fiscales, sin prejuzgar el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa.

Son recursos humanos calificados que prestan servicios personales a la administración central, institucional o seccional para satisfacer necesidades generales. Los servidores públicos llamados también "agentes públicos" se los ha llegado a identificar como "funcionarios" y "empleados".

Los sistemas de control dentro de las burocracias estatales sirven precisamente para promover y proteger a los administradores de carrera, en contraste con los administradores de libre nombramiento y remoción. Allí radica el origen, por ejemplo, del servicio civil, el cual intenta establecer criterios universalistas en la selección y manejo de personal en el sector público, facilitando así la formación de cuadros administrativos permanentes cuyos valores profesionales son más importantes que los valores políticos de sus jefes.

Los servidores públicos por definición, son personas que prestan servicios al estado como miembros de las corporaciones públicas, como empleados o trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas, -sean ellas territoriales o especializadas (por servicios)-, como miembros de la fuerza pública, o en cualquier otra condición que ante la ley les dé tal carácter.

Así por ejemplo, para efectos penales y disciplinarios son servidores públicos los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, o administran recursos provenientes de contribuciones.

Todo servidor público está al servicio del estado y de la comunidad y debe ejercer funciones en la formas prevista por la constitución, la ley o el reglamento, estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley.

Así las cosas, y sin importar la forma o manera en que se encuentre vinculado ese servidor público, deben asistirlo compromisos mayores consigo mismo, la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y por ende con el estado, lo que importa y le impone por encima de cualquier circunstancia, lealtad, entrega, vocación, sacrifico, capacidad, disciplina, honorabilidad, voluntad y honradez, entre otras muchas consideraciones y convicciones, mismas que debe ofrecer en beneficio que no en detrimento de las instituciones, la ciudadanía y el estado, reflejando en ello la esencia fundante y fundamental de lo que es y debe ser el estado en las más de sus dimensiones, máxime cuando es el nuestro un estado social de derecho (con forma unitaria y gobierno republicano) cuya configuración jurídico - política se halla inspira da en el propósito cierto y eficaz de brindar a la actividad estatal el más amplio de los despliegues posibles dentro del ámbito de las realidades sociales, con el fin que ella, la actividad estatal, pueda hacer cabal y efectiva la igualdad entre los gobernados, en la procura incesante de lograr con ello la síntesis entre la democracia y los fines sociales de toda estructura institucionalizada de poder.

No podemos dejar de lado y mucho menos olvidar bajo premisa alguna, que como servidores públicos nos debemos a la comunidad, la cual y mediante el cumplimiento de sus deberes contributivos permite que el gobierno cumpla con sus compromisos salariales y prestacionales respecto de nosotros, una más de las razones por la cual no podemos dar pie para que la población manifieste inconformismo frente a los actores e instituciones del estado, particularmente por cuanto aún hoy, y no obstante los ingentes esfuerzos gubernamentales, persisten desde ciertas franjas ciudadanas, quejas sobre incompetencia, negligencia y deshonestidad por parte de servidores del estado en el manejo de los asuntos públicos y en la búsqueda de soluciones verdaderas de los problemas que afectan directa o indirectamente a la sociedad en su conjunto.

Tampoco nos es dable a los servidores públicos, permitir desde nuestra función, razón de ser y existir, que tome fuerza ningún descontento ni sentimiento negativo frente a la forma como debemos y tenemos que conducir nuestras actuaciones y mucho menos que se generalicen perspectivas pesimistas, frustraciones ni censuras ciudadanas hacia el servicio y los

servidores públicos, toda vez que con ello en nada contribuimos a la buena marcha de nuestra institucionalidad.

Las acciones de los servidores públicos deben estar siempre, por siempre y como fórmula de superación, encaminadas urgentemente a borrar de una vez por todas la visión negativa que los ciudadanos tengan o puedan tener sobre el manejo de las instituciones del estado y en oposición a lo cual, enfrentar con realismo ese posible desprestigio y frustración, en dirección expedita a robustecer ese servicio público mediante sólidos y congruentes fortalecimientos en lo democrático, institucional y estatal, con lo que ganaremos todos en beneficio de todos.

1.6. Actuación de la administración pública frente a los administrados

En toda relación jurídica - administrativa debe participar la Administración Pública, siendo el otro polo subjetivo el administrado. Ciertamente, lo anterior no excluye las relaciones interadministrativas que son las que se verifican entre el ente público mayor o Administración Central y los entes públicos menores institucionales, corporativos o territoriales o entre estos últimos entre si o las que se verifican entre dos privados pero que se encuentran reguladas por el derecho público.

La Administración aparece, en tales relaciones, como un sujeto poderoso provisto de una serie de privilegios, prerrogativas y potestades de imperio que inciden directa o indirectamente en la esfera patrimonial o extra patrimonial del administrado. En cualquier enfrentamiento entre una Administración Pública y el administrado, el último se encuentra en una posición inferior, puesto que, el derecho administrativo material y formal derecho procesal administrativo establecen una serie de privilegios posicionales en favor de la primera, razón por la cual el administrado debe soportar el embate de su ejercicio.

El término administrado participio denota, de por sí, una posición pasiva, puesto que, presupone un sujeto activo que administra (administrador). Sin embargo, el administrado se encuentra provisto, frente a la Administración, de una serie de situaciones jurídicas activas o de poder aunque la Administración ejerza sus potestades más intensas como la expropiación, derecho correlativo a la indemnización previa o la disciplinaria, derecho correlativo al debido proceso y la defensa

Debe tomarse, igualmente, en consideración que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho las administraciones públicas son, esencial mente, entes

prestadores de servicios públicos, organizaciones colectivas serviciales cuyos destinatarios son los administrados, por lo que éstos se encuentran en posición de exigirlos y demandarlos.

En tal contexto, el administrado es un cliente de la Administración del cual debe obtener su colaboración y aquiescencia y no un súbdito que es la concepción propia del Estado Liberal de Derecho.

Conviene partir este acápite definiendo el término *"administrado",* el mismo que se entiende como la persona física o jurídica, que en principio, es sujeto pasivo o destinatario de la actuación administrativa, de manera que en la relación jurídica que pueda constituirse entre la Administración Pública y el administrado, ambos sujetos ocupan posiciones opuestas. Sin embargo, el administrado puede aparecer, a veces, como titular de facultades o derechos frente a la Administración.

Por otro lado, los administrados también reciben una categorización en función del espacio que ocupan frente a la Administración Pública, tenemos así:

- ***Administrado simple:*** Todos los que formamos parte de una comunidad políticamente organizada poseemos el estatus genérico de administrados simples, por cuyo medio tenemos una serie de derechos, poderes, obligaciones y deberes generales frente a la Administración Pública. Todos los administrados estamos sujetos a una relación de supremacía general - relación general de poder - que ejerce la Administración y que se encuentra conformada por el conjunto de potestades generales que le otorga el ordenamiento jurídico a ésta.

- ***Administrado cualificado:*** Cuando al estatus genérico de administrado se le adiciona otro, por ejemplo el usuario de un servicio público, funcionario público, contribuyente, estudiante, recluso de un centro penitenciario o vecino del cantón (respecto de la municipalidad) tenemos al administrado cualificado. En estos casos, se establece una relación más intensa y peculiar entre el administrado cualificado y la Administración que da pie a una serie de derechos y obligaciones específicos y marcados. Tenemos, en estos casos, una relación especial de poder llamándose, desde la perspectiva de la Administración Pública, relación de supremacía especial y, desde el prisma del administrado, relación de sujeción especial

Las diversas normas constitucionales y legales establecen en favor de los particulares una serie de derechos frente a la administración pública.

Asimismo, esas disposiciones imponen a los particulares diversas obligaciones de carácter público. En ambos casos, es muy extenso el número de derechos y obligaciones que existen; sin embargo, en términos generales, respecto a los derechos de los particulares frente a la administración pública, la doctrina utiliza, entre otras, la siguiente clasificación:

1. ***Derechos de los administrados al funcionamiento de la administración y a las prestaciones de los servicios administrativos.-*** Como ejemplo se pueden mencionar los servicios de Correo, Registro Civil, Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y todo tipo de servicios públicos. Algunas veces, la autoridad está obligada por alguna Ley, previo cumplimiento de determinados requisitos, a la prestación de algún servicio, mientras que, en otros casos, la autoridad tiene una facultad discrecional para otorgarlo o no, como ocurre en el caso de las concesiones.

2. ***Derechos de los administrados a la legalidad de los actos de la administración.-*** En este sentido, el número 22 del artículo 66 de la Constitución de la República establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

3. ***Derechos de los administrados a la reparación de los daños causados por el funcionamiento de la administración.-*** En este caso, el número 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, manda que el Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas.

1.7. El derecho de dirigir quejas y peticiones

El derecho de petición, esto es el derecho del ciudadano a formular peticiones a los gobernantes ha sido considerado un derecho inocuo cuyo ejercicio ni siquiera ha sido dificultado en regímenes autoritarios. Tiene, sin embargo, una potencialidad más amplia de lo que pudiera parecer, por cuanto además de la posibilidad que otorga al ciudadano para hacer llegar a los poderes públicos un tipo de reclamaciones que, por no constituir derechos

subjetivos, normalmente no tiene otro cauce para exteriorizarse, se constituyen en un instrumento de conexión con el ciudadano, que los gobiernos utilizan precisamente, como cauce jurídico, para detectar las demandas de la opinión pública y, en su caso, convertirlas en disparadores destinados a dar satisfacción a esa opinión pública.

El derecho de petición o *ius petitum,* el ilustre jurista Guillermo Cabanellas lo define como la facultad que algunas constituciones conceden a todos los ciudadanos para dirigir peticiones a los poderes públicos en forma individual o colectiva. Sobre la base de este concepto, nuestra Constitución consigna este derecho pero a su vez lo subsume a la existencia de un acto condición traducido en la existencia de una litis o proceso contencioso, en donde se discuta el "tuyo o el mío*" (causa petendi),* en el sentido expreso de que se concede al ciudadano el derecho de obtener una pronta resolución y que se le comunique lo resuelto en los plazos que la Ley establezca.

Es oportuno remarcar la naturaleza de este derecho a la luz de las opiniones vertidas por diversos tratadistas: Manuel María Diez[8], renombrado jurista, distingue al derecho de petición del derecho de recurrir, por cuanto en su concepto no todos los particulares que tengan el derecho de peticionar pueden también tener derecho a recurrir, porque el primero lo tiene toda persona natural o jurídica, mientras que el derecho a recurrir lo tienen únicamente los interesados, los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos afectados por el acto.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos del 18 al 21 trata sobre el derecho a participar en los asuntos públicos; el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente y de obtener pronta resolución; la doctrina considera que este es un derecho subjetivo del derecho público, es decir que tiene relación directa con los intereses de la persona frente al Estado, por el solo hecho de habitar en un Estado; de este modo el derecho de petición, es un verdadero derecho político.

Recordemos que el número 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, citado en líneas anteriores, dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios

[8] DIEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1985.

públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias o funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Para proceder con esta enmienda debe preceder una petición dirigida a las autoridades del ramo, sin embargo esta petición no significa que el poder público al que vaya dirigida esté obligado a dar satisfacción a lo solicitado. Tampoco puede entenderse que el destinatario de la petición esté obligado a cumplirla en sus propios términos. Una tal conclusión abocaría a la desaparición de este derecho. No es posible que cada uno pueda tener derecho a obtener aquello que solicita. La respuesta es más sutil. Quien recibe la petición debe dar una satisfacción que permita afirmar que el derecho de petición tiene un sentido, una funcionalidad, que es un instrumento realmente operativo en esta democracia de aquí y de ahora. De esta forma, la petición presentada necesita ser contestada, argumentada, lo que significa ser atendida, en el sentido de estudiada, sin que admita este derecho el silencio como respuesta o la respuesta sin motivación. El derecho de petición puede ser un instrumento para abrir un debate concreto, para la adopción de unas decisiones determinadas, para intentar forzar un pronunciamiento de los poderes públicos sobre algo que preocupa a una serie de personas.

Doctrinariamente, se ha dicho del derecho de petición que es uno de los derechos subjetivos del derecho público, es decir que tiene relación directa con los intereses y razones de la persona frente al Estado y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona, por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia derechos y obligaciones; de este modo el derecho de petición, es un verdadero derecho político, y al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona en forma individual y/o colectiva, para concurrir ante cualquier autoridad, solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

La doctrina señala, en resumen que este derecho tiene las siguientes características:

1. Es un derecho fundamental;
2. La efectividad del derecho de petición es esencial para el logro de los fines del Estado constitucional de derechos y justicia;
3. Se debe dar pronta resolución a las peticiones; y,
4. Es una obligación irrecusable del Estado; y corresponde al asambleísta nacional, fijar los términos para que las autoridades respondan en forma oportuna.

De lo anotado se colige, que el derecho constitucional de petición es fundamental, y cuya efectividad resulte indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio a la comunidad, la premonición de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan sus funciones para las cuales han sido instituidas.

El respeto al derecho de petición depende por una parte de quien lo practica, y de que su petición esté bien construida y expresada. Por otra, y en mayor medida, del carácter democrático de quienes ostentan el poder en un momento determinado. A una petición elaborada, expresiva de un proceso de reflexión, representativa de una opinión fundada, los poderes públicos no pueden responder de cualquier manera. Deben atender debidamente la solicitud, como expresión de su respeto a la democracia, a los derechos de las personas, a los instrumentos jurídicos que permiten una mayor aproximación del poder a los ciudadanos y ciudadanas.

Desde una perspectiva teórica hay que subrayar que el derecho de petición implica la consideración de otros derechos claves en una democracia. El derecho de petición, junto a la idea o el derecho a participar, afecta significativamente a la libertad de expresión, al derecho de las personas y de los grupos a acceder a los órganos que ejercen el poder y, de esta forma, hacen partícipes al resto de la población de sus ideas y planteamientos políticos o sociales.

El derecho de petición representa entonces un avance constitucional en cuanto, no solo ratifica el derecho de dirigir peticiones a la Administración, sino que exige a ésta responder a dichas peticiones dentro de los plazos previstos en la ley, abriendo de esta manera, la puerta constitucional para la aplicación del silencio administrativo, el que está regulado en varias leyes.

En el Ecuador, el número 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas y este es precisamente uno de los hechos fundamentales, cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente del servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y obligaciones consagradas en la Constitución de la República, y fundamentalmente la participación de todos los ciudadanos, en las decisiones que nos afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las

funciones para las cuales han sido instituidas, pues solo de este modo se va hacer realidad el proceso de cambio en el país y la existencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El derecho de petición, se ha constituido entonces como fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de los deberes del Estado y solicitar protección para sus derechos, pero hay que señalar que si bien la Constitución de la República garantiza este derecho, no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración, que son dos cosas completamente diferentes, debiendo anotar que el derecho de petición, no es de ninguna manera una prerrogativa que implica una decisión favorable de la administración, de tal manera que no debe entenderse conculcado este derecho, cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

Hay que recordar que el núcleo del derecho de petición, es la pronta resolución de la solicitud y no la simple formulación de la petición; pues este derecho persigue: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad; pues es un derecho político, ya que garantiza a la persona o al grupo de personas, el derecho de participación, con el fin de controlar en forma directa o indirecta, las decisiones que profiera la administración, pues solo así se permite mantener canales adecuados de comunicación entre gobernantes y gobernados, que es la única manera de consolidar a la sociedad ecuatoriana en nuestro caso en más justa y democrática.

Cabe mencionar aquí que nuestra Constitución de la República, no establece un sistema específico de acceso a las autoridades públicas para el ejercicio del derecho de petición, o sea que se puede hacer por escrito o en forma verbal, y si es verbal se lo debe transcribir, pues lo importante es que el medio de acceso sea atendible y claro por el funcionario, obviamente que el más usado es el escrito; y en nuestro ordenamiento jurídico inclusive las demandas por violaciones constitucionales, pueden ser presentadas en forma verbal en la lengua materna del accionante, conforme lo señala la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, más aún no hace falta en la petición, la firma de un abogado en libre ejercicio profesional.

Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia en varias de sus sentencias ha manifestado que la petición debe ser respetuosa, de tal modo que si hay irrespeto en la petición, hay eximente de la obligación de responder; recordando que esta es una exigencia que

expresamente consta en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta misma jurisprudencia constitucional colombiana[9], ha señalado los supuestos fácticos mínimos que deben concurrir para que derecho de petición, sea efectivo, determinando los siguientes:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos:

- Oportunidad
- Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado
- Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

De ahí que concluimos que el respeto al derecho de petición depende por una parte de quien lo practica, y de que su petición esté bien construida y expresada. Por otra, y en mayor medida, de carácter democrático de quienes ostentan el poder en un momento determinado. A una petición elaborada, expresiva de un proceso de reflexión, representativa de una opinión fundada, los poderes públicos no pueden responder de cualquier manera. Deben atender debidamente la solicitud, como expresión de su respeto a la democracia, a los derechos de las personas, a los instrumentos jurídicos que permiten una mayor aproximación del poder a los ciudadanos y ciudadanas.

[9] Sentencia T-377 del 3 de abril 2000

En resumen puede decirse que el derecho de petición es una garantía constitucional, de clara estirpe democrática, que permite al ciudadano como titular de la soberanía, tener acceso directo a quienes administren los asuntos públicos, En resumen puedo decirse que el derecho de petición es una garantía constitucional, de clara estirpe democrática, que permite al ciudadano como titular de la soberanía, tener acceso directo a quienes administren los asuntos públicos y que conlleva el derecho irrestricto de dirigir peticiones a la Administración, y a su vez, la obligación de la Administración de recibir las peticiones y dar curso al procedimiento administrativo correspondiente.

Lo último a su vez requiere que la Administración exija, según corresponda, la complementación del petitorio, o lo rechace, y una vez completo, proceda a aceptar o negar la petición, formal y motivadamente. En otras palabras, el derecho de petición implica el derecho a dirigirse a la Administración y a su vez, produce lo que se ha denominado el derecho de respuesta, es decir, el derecho a recibir debida atención réplica por parte de la Administración al pedido del administrado.

CAPÍTULO II

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.1 Naturaleza jurídica del silencio administrativo

La comprensión del fenómeno del silencio administrativo exige una previa calificación de su aspecto de valor jurídico. Al respecto, es categórico determinar que la abstención de pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión, implica la violación de un deber de acción, y como tal, una infracción a la ley. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto unos efectos para el silencio administrativo, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con la eficacia y la eficiencia.

La Administración Pública tiene el deber jurídico de resolver expresamente y conforme a derecho, lo cual no se exime, ni por la calidad jurídica de lo que se pretende, ni por la oscuridad o falta de ley. La autoridad puede aceptar o rechazar las peticiones o pretensiones que se le formulen, pero siempre debe dictar una resolución para impedir que las instancias administrativas queden indefinidamente pendientes, ya que ello produciría un grave perjuicio para la regularidad de la actividad administrativa y para el derecho legítimo de los administrados.[10]

La administración, en consonancia con los poderes jurídicos otorgados a ella, está en la obligación de cumplir, bajo criterios de eficiencia, los cometidos constitucionalmente impuestos a ella, por lo tanto sus órganos están en la obligación de proceder conforme a las necesidades de la colectividad. De ahí se deriva como principio general, el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean.

La obligación de resolver se considera como un principio general aplicable a todas las ramas del derecho, y extensible, no sólo a los jueces, sino también a los funcionarios administrativos frente a las peticiones, reclamaciones o recursos. La oscuridad o falta de ley no excusa a la Administración de dictar un pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, ni de velar por la presencia de la justicia en sus relaciones jurídicas. El procedimiento administrativo y el sistema de recursos y reclamaciones constituyen una garantía para los administrados y

[10] Sin embargo, el aspecto de valor jurídico no es el único parámetro de evaluación del fenómeno. A él se suma la apreciación correspondiente a la técnica administrativa, pues la situación pugna con el criterio de la eficacia y la eficiencia, naturales, por lo demás, a lo que debe calificarse como una buena y recta administración.

un mecanismo de control jurídico, que no debe convertirse en quimera por la falta de claridad legislativa o por la no previsión de una determinada situación.

La obligación referida, con los caracteres destacados, tiene rango constitucional por ser correlativa al derecho fundamental de petición que fuera analizado en el capítulo anterior y que como ya se explicó en líneas anteriores, está definido en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, por consiguiente, al administrado debe contestársele, no sólo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente lo conforme a derecho. Estas reflexiones, además, atienden a la esencia misma del derecho de petición, que es cimiento de los mecanismos de garantía jurídica y de realización de la justicia, pues permite al administrado instar a la actividad administrativa, reclamar por sus derechos y por los actos que le perjudican, cuestionar el comportamiento de la autoridad y corregir los errores en los que ésta pueda incurrir.

En virtud de ello, y conforme observa Helio Juan Zarini, el silencio o la mora prolongada constituyen un acto arbitrario que lesiona el derecho de peticionar, que no puede ni debe tornarse ilusorio por falta de efectividad.[11]

Por otra parte, la mora en el pronunciamiento expreso o el silencio constituyen una desviación de lo que exige una recta y buena administración. El ejercicio de las atribuciones, competencias y funciones públicas, es un servicio a la colectividad, de manera que su desempeño no es una facultad, sino una obligación, pues la Administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder o función, sino que se está situando fuera de la legalidad. Esta ilegalidad cometida comporta que se produzcan unos determinados efectos, que en el caso del silencio administrativo comportan precisamente una limitación del poder que tenía que ejercitarse.

La trasgresión al deber de resolver, por el trasfondo ilegítimo que le es propio, acarrea responsabilidad, tanto para el funcionario como para el Estado o entidad pública a la que se pertenece, según manda el número 9 del artículo 11 de la Carta Magna.

El fenómeno del silencio administrativo se ha estudiado en el marco de la teoría del acto administrativo, perspectiva esta que implica, por una parte, el análisis de las disponibilidades de control jurisdiccional, y por otra parte, la confrontación de dicho fenómeno con la naturaleza

11 ZARINA, Juan Helio, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.

del acto jurídico. En efecto, el acto administrativo ha sido considerado, bien como presupuesto procesal, bien como objeto de un proceso que se particulariza por su carácter revisor e impugnatorio, y del cual la Administración podía escapar con el fácil expediente de no pronunciarse. Esta posibilidad determinó que, inicialmente, al silencio administrativo se le dé un significado denegatorio, previsto por la ley con el fin de que el administrado pudiera acudir a la jurisdicción.

Por otra parte, desde una visión sustancial, el acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es elemento esencial una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos. Así, habrá silencio administrativo cuando la Administración se abstiene de expresarse, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo, vago y equívoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión alguna.

Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de *"(…) un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas".*[12]

Los efectos del silencio administrativo provienen directamente de la ley. No se trata de deducir una decisión a partir de la conducta silenciosa, ni de interpretar el comportamiento silente de la Administración, sino de sustituir la declaración que ésta no produjo por el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la ley. Con estas premisas, la doctrina distingue al silencio administrativo de las sutiles figuras del acto tácito e implícito, las cuales responden a formas de manifestación volitiva que, pese a no ser expresas, sí permiten conocer el querer de la Administración por medios indirectos.
Advertimos de antemano que no hablamos categóricamente de ausencia absoluta de voluntad, sino de una abstención de expresarla y de un comportamiento vago, equívoco y confuso frente al administrado. Como tendremos la oportunidad de expresar más adelante, bien es posible tal carencia absoluta, pero también puede haber silencio cuando la voluntad existe y no se expresa, de modo que, frente al administrado, se considera que no existe.

El acto tácito es aquel que deriva de hechos, comportamientos o circunstancias (facta concludentia), cuya interpretación y análisis permite deducir de manera unívoca la existencia de una voluntad. Por ejemplo, encontramos lo prescrito en el artículo 122 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que al referirse a la recepción definitiva de obras, bienes y servicios, amparados en contratos administrativos,

12 AGUADO i Cudolà, Silencio administrativo e inactividad, Madrid, Marcial Pons, 2001.

señala que la entidad contratante podrá, dentro del término de 10 días contados a partir de la solicitud de recepción del contratista, negarse a su recepción, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista, sin embargo si vencido ese término, la entidad contratante no objetare la solicitud de recepción ni formulare observaciones al cumplimiento del contrato, operará, sin más trámite, la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará por intermedio de un Juez de lo Civil o un Notario Público, entendiéndose por tal un acto de aceptación tácita.

Por su parte, el acto implícito es aquel que se infiere de otros actos expresos. Cuando éstos últimos presuponen necesariamente la existencia de otra decisión, es decir, son incompatibles con la inexistencia de ella, cabe considerar que ha quedado configurado un acto implícito que incorpora tal decisión.

El silencio administrativo debe entenderse entonces como una presunción legal, una ficción que la ley establece, a favor del administrado, bien sea que se consideren resueltas favorablemente las peticiones; o que lo habilite para interponer los recursos procedentes, en el caso del silencio administrativo negativo.

El fenómeno jurídico del silencio administrativo, contrariamente a lo que ocurre con el acto tácito y el implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción, sino como la sustitución legal de una voluntad no expresada, de modo que su significado tiene origen ex lege y no ex voluntate. De ahí que no sea correcto equiparar el silencio administrativo a los actos administrativos y afirmar que existe una “denegación tácita” o una “denegación presunta”. A lo sumo, y en referencia al silencio positivo, podría hablarse, de modo analógico, de un efecto legal con valor de acto o equivalente a un acto, en atención a que el que el administrado tendrá garantías de estabilidad respecto de lo que adquirió en virtud de la ley, como si se hubiese expedido un acto expreso favorable. La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en la constatación de que este último, propiamente, se produce por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo.

Por otra parte, tampoco es absolutamente exacto que el silencio administrativo signifique inexistencia de voluntad. Puede suceder que el acto administrativo se haya dictado dentro del plazo legal previsto, pero la falta de notificación oportuna implica, frente al administrado, un hecho objetivo de silencio.

La notificación, como puede verse, juega un papel decisivo a efectos del silencio administrativo, pues al momento de equilibrar la garantía del administrado frente a la producción efectiva de la voluntad administrativa, serán elementales principios de seguridad jurídica que inclinarán la balanza a favor del primero, a lo cual se suma la posibilidad de fraudes cometidos por quien tiene, propiamente en sus manos y no en las del administrado, la facilidad de hacer conocer sus decisiones. La notificación es requisito de eficacia del acto, independientemente de su validez, por cuanto permite que despliegue toda su potencia interna.

Evidentemente, de no practicarse la notificación oportunamente, no se podrá conocer el acto administrativo correspondiente, por lo cual habrá silencio respecto del administrado.

La notificación, como queda dicho, permite conocer el acto administrativo que dicta la Administración respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que formule o interponga el administrado. En lo que concierne al silencio administrativo, como criterio general, puede afirmarse que la Administración descargará su responsabilidad cuando, razonablemente y de buena fe, la decisión pueda ser sabida por el interesado, en virtud de una notificación oportuna.

Este acto pudo haber fallado por diversas circunstancias, no siempre imputables a la Administración, o incluso, la notificación puede ser defectuosa en algún aspecto formal, pero en estos casos no siempre podrá decirse que hubo silencio administrativo. En efecto, si se tiene presente la naturaleza de las cosas, y el silencio administrativo es por naturaleza una abstención de pronunciamiento y de oportuna expresión frente al administrado, no cabe hablar jurídicamente de tal fenómeno cuando la Administración procuró pronunciarse y hacer conocer su decisión, pero tal propósito fracasó por las circunstancias o la deficiencia del mecanismo de notificación. En este caso hay verdadera declaración, y aun más, el intento efectivo de expresarla, pero el medio o las vicisitudes lo impidieron.

El silencio administrativo constituye entonces una técnica ideada para dar solución a la situación de desprotección o indefensión en que puede hallarse un administrado cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión por él deducida. En efecto, la carga que pesa sobre la Administración Pública de dictar resolución o de emitir el

pertinente acto administrativo debidamente motivado, resultaría ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para exigir su cumplimiento.

En este contexto, el silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley. El silencio debe entenderse, siempre, como un complemento de la obligación de resolver[13].

En este orden de ideas, si bien el efecto general de la configuración del silencio administrativo, es el surgimiento de un acto presunto o ficto, la esencia misma de dicho efecto, varía dependiendo de si el silencio es negativo o positivo, toda vez que de ser éste negativo, surge para el peticionario, la posibilidad de interponer "los recursos y acciones pertinentes", pudiendo así con esto agotar la vía gubernativa; si el silencio es positivo, el acto ficto fundamenta "directamente la certeza del peticionario acerca de aquello que reclamaba y en consecuencia, como se entiende que la decisión fue favorable a las pretensiones del peticionario

Es muy importante tener presente que, para que se esté en presencia del silencio administrativo, como consecuencia de una actuación omisiva por parte de la Administración, ha de partirse del supuesto legal de que el interesado formuló su petición o recurso de forma tal que imponía a la Administración el deber legal de pronunciarse sobre ella, pero si el funcionario ante quien se interpone no es competente, la solicitud es extemporánea, o no se cumplen los demás requisitos que exijan las normas pertinentes, no se produce el silencio administrativo, como se analizará más adelante en este trabajo, deduciéndose así que, sólo podrá configurarse el silencio administrativo, cuando la entidad ante la cual se eleva la petición, omite resolverla, siendo la competente para ello.

2.2 El silencio administrativo positivo y sus efectos

El silencio positivo, es un acto presunto en el cual se entiende su contenido como estimatorio o afirmativo siempre que su aplicación se encuentre expresamente regulada en la ley, es esta norma expresa la que suple la inactividad de la Administración, concediendo al particular lo solicitado.

[13] SOTELO DE ANDREU, Mirta G., "El silencio de la Administración," en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998.

El silencio positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a la que sustituye, es decir un acto administrativo presunto con el cual se reconocen derechos, una vez producido la Administración no puede dictar un acto posterior contrario y sólo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales

El silencio positivo sustituye entonces al acto expreso a todos los efectos, es un verdadero acto en sí mismo y un acto de aprobación o autorización plenas del proyecto concreto presentado por la persona o entidad promotora del procedimiento. Producido el silencio el proyecto queda aprobado en sus propios términos como si hubiera recaído un acto expreso.

Éste silencio, como institución jurídica excepcional y restrictiva, "subordinada a la preexistencia de una disposición jurídica que expresamente le otorgue dicho carácter" implica, por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión favorable al peticionario" generada como consecuencia "de la morosidad o abstención de la Administración de resolver las peticiones que se le formulen, pronto y rápidamente"[14]

Por tanto, si el peticionario le solicita a la correspondiente y competente entidad administrativa algo y ésta no se pronuncia al respecto dentro del término legalmente establecido para ello y conjuntamente existe una norma que de manera expresa consagre en ese caso el silencio positivo, se entenderá otorgado lo solicitado, quedando así la voluntad de la Administración sustituida directamente por la de la ley, de tal forma que estrictamente ni siquiera se presume aquella, sino que se produce la más elevada expresión de la voluntad administrativa: la de la ley.

En función de lo señalado, los efectos del silencio administrativo positivo no son los de permitir la acción contenciosa para discutir la negativa de la Administración, si no la ficción de una decisión que se tiene como positiva, teniendo para ello en cuenta lo solicitado por el particular por ende, como se entiende que la decisión fue favorable a las pretensiones del peticionario, éste, en principio, carece de interés para accionar, dado que por mandato legal ha conseguido

[14] SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2003.

lo que pretende, sin embargo, ante la falta de reconocimiento de dichos efectos por parte de la Administración, el peticionario, podrá acudir directamente a la jurisdicción mediante la acción ejecutiva.

Recopilando los elementos mencionados los efectos de la configuración del silencio administrativo positivo son:

- ***Generación de un acto ficto o presunto.-*** Luego de lo cual la Administración sólo debe proceder a reconocerle sus efectos, sin que le corresponda declarar su existencia, de tal suerte que una vez que se configura el acto presunto, el particular no tiene que solicitar el reconocimiento del mismo, dado que los efectos del silencio operan por disposición de la ley y no por virtud de un nuevo acto administrativo.[15]

- ***El acaecimiento de dicho acto agota la vía gubernativa.-*** Una vez se entiende configurado el silencio administrativo positivo, el peticionario carece de interés para imponer recurso de reposición contra el acto presunto o ficto ante la respectiva entidad que originalmente elevó la correspondiente petición, toda vez que se entiende que con el acaecimiento de dicho silencio, el peticionario ha encontrado una respuesta positiva por parte de la Administración a sus pretensiones. Por lo mismo, se entiende agotada la vía gubernativa.

- ***Las pretensiones elevadas por el peticionario, se entienden resueltas de manera favorable a él.-*** Éste es el efecto connatural y obvio del acaecimiento del silencio administrativo positivo, consistente en que las pretensiones elevadas por el peticionario, se entienden resueltas enteramente de manera favorable a él. El sentido de esto, es la finalidad misma del silencio administrativo positivo, en tanto éste tiene efectos estimatorios.

Como puede verse los efectos del silencio positivo son muy importantes y peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada de forma estricta de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable.

2.3 El silencio administrativo negativo y sus efectos

[15] Nótese en este punto, una diferencia radical con el silencio administrativo negativo, en el cual, no opera el automatismo característico del silencio positivo, toda vez que en dicho silencio negativo, la administración está obligada a resolver expresamente (aunque sea de manera tardía).

El silencio administrativo negativo, entendido como la regla general es una presunción legal a favor del administrado o particular, cuando habiendo formulado una petición o interpuesto los recursos procedentes, no se notifica decisión expresa al respecto, dentro de los plazos establecidos y cuyo efecto inmediato, "es la desestimación de la petición" elevada por el administrado.[16]

Se entiende entonces que el silencio administrativo negativo es una ficción que, por un lado, habilita al administrado a acudir a la instancia siguiente o a la vía judicial, según sea el caso y, por otro, garantiza que no se dé inicio al cómputo de plazos para impugnar la denegatoria ficta.

El silencio negativo es solamente una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso. Sustituye, pues, al acto expreso pero solo a estos concretos fines y en beneficio del particular. Es la atribución de un valor negativo a la inactividad, otorgándole una funcionalidad muy concreta al acto presunto, estrechamente ligado a la singular configuración técnica del recurso contencioso administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori.

En el caso del silencio positivo, se da lugar a un auténtico acto presunto estimatorio que no puede ser desconocido por la Administración. En el del silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda. Vemos entonces que el silencio administrativo negativo, tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Tiene, por consiguiente, una naturaleza potestativa, pues el particular puede esperar a que la Administración se pronuncie o decidir impugnar la inactividad administrativa ante el superior, o ante el Poder Judicial (proceso contencioso–administrativo). En definitiva, busca proteger los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

Es más, su distinta naturaleza condiciona también las posibilidades de actuación de la Administración una vez que surgen los dos tipos de actos, pues en los casos de estimación por silencio administrativo positivo la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto estimatorio sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, mientras que en los

[16] MORA CAICEDO, Esteban; RIVERA MARTINEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Grupo Editorial Leyer, Colombia, 2000

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

En tal sentido, el acceso a la vía jurisdiccional, una vez cumplidos los plazos, queda abierto indefinidamente en tanto la Administración no dicte resolución expresa. Sería un contrasentido establecer un plazo límite para acogerse al silencio administrativo negativo pues la incumplidora de su deber de resolver terminaría beneficiándose de su propio incumplimiento.

Otro efecto del silencio administrativo negativo es que no enerva la obligación de la Administración de resolver. En efecto, aun cuando transcurra el plazo para que el administrado pueda acogerse al silencio administrativo negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver hasta que se le notifique que el asunto se ha sometido al conocimiento de la autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos respectivos

La jurisprudencia constitucional colombiana, más desarrollada que su par ecuatoriana, ha sido enfática en señalar que si bien el silencio administrativo negativo constituye una garantía para el administrado, al permitirle dar por agotada la vía gubernativa y acudir directamente a la Administración de justicia, esa figura no puede asimilarse a la respuesta a la que la Administración está obligada conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, señalando que "… *el silencio administrativo negativo, no sustituye la respuesta que debe proferir la administración cuando le ha sido interpuesto un derecho de petición. Lo anterior, por cuanto esa figura administrativa de rango legal, no tiene la fuerza para satisfacer el contenido conceptual de un derecho de rango fundamental y constitucional, como el de petición."*[17].

El silencio administrativo negativo, permite que el ciudadano acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa para discutir el acto ficto mediante el cual se considera que la omisión de la autoridad administrativa en resolver la petición, constituye una respuesta negativa a cuanto fue solicitado por el ciudadano. Pero debe aclararse que los actos fictos configurados con la operancia del silencio administrativo negativo no sustituyen la respuesta material que la autoridad está llamada a proferir, cuando es ejercitado el derecho de petición, tanto que la Administración sigue obligada a resolver la petición presentada.

[17] Sentencia T-259 de 2004

En efecto, la finalidad del silencio administrativo negativo no está orientada a hacer efectivo el derecho de petición, porque aquel no resuelve material y sustancialmente lo solicitado. Su finalidad, genera la posibilidad de controvertir el acto presunto generado por la administración, controversia que versará sobre la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la Administración."

El silencio administrativo negativo no es equiparable a una respuesta, se trata de una ficción, para fines procesales y establecida en beneficio del administrado, pero que no cumple con los presupuestos de una respuesta que de satisfacción a la petición elevada a la Administración.

En la medida en que la reclamación que el administrado presenta a la Administración como presupuesto para agotar la vía gubernativa, no obstante su especial regulación legal, es una expresión del derecho de petición, la figura del silencio administrativo negativo, si bien habilita al administrado para dar por agotada la vía gubernativa y acudir directamente a la jurisdicción, no significa que la Administración pueda sustraerse de su obligación de dar una respuesta a la solicitud que le ha sido presentada. Esto significa que en los eventos de silencio administrativo negativo, el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas.

A este respecto, se puede mencionar que la respuesta oportuna, eficaz y de fondo que demanda el derecho de petición no se resuelve con la figura del silencio administrativo, negativo, pues esta última tiene un fin de carácter procesal, es decir surge la posibilidad de acudir al control judicial de la Administración, pero no cumple con su fin sustancial, cual es obtener una decisión de la Administración sobre la solicitud de aclaración, modificación o revocación del acto administrativo recurrido".

2.4 El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana

La inclusión del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana se dio a partir de la expedición de la de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993. Sin embargo, sorprende que ni el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva de 1994, ni las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva integradas al primero mediante Decreto Ejecutivo 3389 de 27 de diciembre de 2002, hayan sido las que establecieron el silencio

administrativo, en vista de que son las normas referidas al procedimiento administrativo en Ecuador.

Lo anterior dio origen en Ecuador a una nueva forma de ver las relaciones entre el Estado y el ciudadano. El legislador decidió abandonar un sistema odioso que premiaba la vagancia y el autoritarismo de los agentes estatales en desmedro de los intereses de los individuos y la agilidad de las relaciones económicas, factores importantes dentro de un sistema.

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en concordancia con el número 23 del el artículo 66 de la Constitución de la República, invocado en párrafos anteriores, reconoce como regla general el silencio administrativo positivo, al consagrar 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 todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo que la solicitud o pedido ha sido aprobada, o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante".*

Así lo avala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso– Administrativo de la Corte Suprema de Ecuador, hoy Corte Nacional, luego de resaltar que el derecho establecido como consecuencia del silencio administrativo es de carácter autónomo y que la acción que el ciudadano puede plantear ante el órgano jurisdiccional no está destinada al reconocimiento del derecho, sino a disponer su ejecución inmediata, lo que da origen a un proceso de ejecución y no de conocimiento.

En efecto, la citada Sala ha precisado que:

"El derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia de silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que (…), nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos, se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su

ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento, sino a uno de ejecución inmediata."[18]

Desde luego que el legislador ha establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo en reemplazo del efecto negativo que consagraba 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 la Constitución del Estado. Precisamente 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.

A partir de la fecha de expedición de la Ley de Modernización, el legislador incorporó en otras normas la institución del silencio administrativo positivo, las mismas que contienen disposiciones particulares y plazos definidos para cada rama del Derecho.

Así tenemos, por ejemplo, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su artículo 124 en relación a los reclamos y recursos administrativos que toda persona puede presentar en contra de actos administrativos dictados por el Director General o los Directores Distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador que afectaren directamente sus derechos, señala que deberán sustanciarse y ser resueltas dentro del plazo de sesenta días contados desde que el reclamante hubiere presentado dicho reclamo.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su artículo 387, establece que para la atención a las peticiones formuladas a los gobiernos autónomos descentralizados, deberán ser atendidas y notificadas observando el principio de celeridad, aclarando que si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.

Por el contrario y como una de las excepciones que persisten en la legislación ecuatoriana sobre el silencio administrativo y sus efectos, encontramos al Reglamento General para la

[18] Sentencia del 10 de diciembre de 1997 emitida frente a los recursos de casación planteados por los señores Ministro de Energía y Minas y Gerente de la Empresa de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador PETROCOMERCIAL respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital Nº 1 de lo contencioso administrativo el 11 de junio de 1996, en el juicio seguido por Andrea Menozzi, representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR, contra los recurrentes y contra el Procurador General del Estado. Gaceta Judicial, año XCVII, serie 16, Nº 10, p. 2716.

Aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios, que en su artículo 41 señala que 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, en el plazo de 30 días a contar de su fecha de presentación, una vez vencido tal plazo, el silencio administrativo se entenderá como resolución negativa a los intereses del peticionario, facultándole a acudir a instancias superiores para requerir la atención de su petición.

2.5 Procedencia del silencio administrativo

En este apartado efectuaremos el análisis detallado de los requisitos que la doctrina, de manera transversal, exige para la configuración del silencio administrativo en sus dos versiones.

Los requisitos son: disposición legal, petición o solicitud del particular, transcurso del plazo, inactividad de la Administración y posibilidad de resolver:

a) ***Disposición Legal.-*** El requisito de disposición legal que contemple expresamente el silencio administrativo se deriva del siguiente razonamiento: la Administración manifiesta su voluntad de acuerdo a una forma y procedimiento establecidos, por lo que, parejamente, su silencio sólo puede ser interpretado positiva o negativamente si una norma asimismo lo establece.

Es pertinente relievar que existen ciertas legislaciones, en las que el silencio administrativo se recoge en leyes de procedimiento administrativo, pero que a su vez contemplan la posibilidad de remitirse a legislación específica que modifique dichos marcos generales. Esto es la supletoriedad o subsidiariedad de las normas generales de procedimiento administrativo.

b) ***Petición o solicitud del particular.-*** El parecer más o menos concluyente es que las peticiones exigidas son aquellas que excitan un procedimiento administrativo, originando un expediente. Se estima de esta forma que una petición ha de estar fundamentada en Derecho Administrativo y originar un procedimiento, a diferencia del derecho constitucional de petición, donde se trata de peticiones graciables no fundadas en derecho.

Al respecto, la doctrina señala que la diferencia entre el derecho fundamental de petición y la solicitud o petición excitadora del procedimiento administrativo radica sustancialmente en que aquél se circunscribe exclusivamente al derecho de todo ciudadano a pedir, pero no a que se le conceda lo pedido. En otras palabras, se refiere a actos graciables[19]

Ahora bien, lo anterior no implica que uno y otro sean conceptos diferentes, pues el derecho de petición consagrado constitucionalmente, es el derecho fundamental que comprende tanto la petición o pretensión fundada en el ordenamiento jurídico ante el órgano de una entidad pública, como las peticiones simples, no fundadas en Derecho, solicitud de decisiones discrecionales y graciables, por lo que debe ser interpretado como "expresión genérica" que incluye cualquier pretensión, petición, reclamación o recurso, formulados por el propio interesado y fundadas en Derecho

La doctrina también ha apuntado ciertas características que deben reunir las peticiones que se formulan. Estas son la de petitum delimitado, la posibilidad de lo pedido (posible y real), sujeción a la Ley y acompañar la documentación apropiada, requisito este último que es más exigente respecto del silencio positivo, donde por lo general la omisión de documentación considerada esencial obstará a su producción.

Así se pronunciaron los maestros Ernesto García y Trevijano Garnica, al afirmar que *"La solicitud debe formularse correctamente, de manera congruente, acompañada de toda la documentación preceptiva y deberá presentarse ante el órgano competente."*[20] Es decir, deben cumplirse todos los trámites legales y lo solicitado no debe ser contrario a la ley.

Al respecto, Patricio Secaira Durango[21], ha enlistado los casos en los que resulta imposible generar los efectos del silencio administrativo, por la naturaleza misma de las pretensiones de los administrados o de las instituciones jurídicas involucradas en ellas, entre las que se encuentran:

[19] GOMEZ Puente, Marcos, Responsabilidad por inactividad de la Administración, Revista Documentación Administrativa, n° 237-238 (enero-junio 1994), INAP, Madrid

[20] GARCIA, Ernesto y GARNICA, Trevijano El silencio administrativo en el Derecho español, Editorial Civitas, S.A., 1990.

[21] SECAIRA, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, 2004.

- Cuando la petición del administrado ha sido dirigida y presentada ante autoridad incompetente, es decir aquella a la que no se le ha entregado por disposición legal o constitucional, la competencia y facultad de atender el requerimiento.[22]

- Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, pues se entiende que el administrado ha abandonado su derecho, ya sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia o por voluntad propia.

- Cuando los administrados solicitan a la Administración la emisión de normas de carácter general, su derogatoria, interpretación o revocatoria pues de lo contrario sería otorgar a los particulares capacidades colegislativas a las que solamente tienen acceso órganos públicos dotados de esa reserva jurídica por la Constitución o la ley.

- Cuando el administrado no tiene legitimación activa del derecho reclamado, es decir no esté en idoneidad jurídica para beneficiarse de la omisión administrativa.[23]

- Cuando los administrados peticionan concesiones o delegaciones de servicios atribuidos al Estado o sus instituciones.

- Cuando los particulares solicitan que se emitan a favor de ellos nombramientos o contratos para prestar servicios en ellas, ya que deben observarse los concursos previstos en las leyes aplicables.

- Cuando los particulares solicitan contratar con el sector público inobservando las normas y procedimientos de la contratación pública, por cuanto se estaría privilegiando a un particular en perjuicio de otros que potencialmente tengan las mismas condiciones que el solicitante; y, cuando una vez celebrado un contrato con la Administración Pública, el particular solicita la inclusión de modificaciones a la relación contractual establecida.

[22] En este sentido, el artículo 87 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prevé que no operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto que se ha sometido a su consideración.

[23] El número 23 del artículo 66, referente al derecho de petición aclara que no se podrán dirigir peticiones a nombre del pueblo, de lo que se desprende que solamente aquel que tenga legítimo derecho para realizar la petición, puede elevarla a la Administración Pública y ser en consecuencia, beneficiario del silencio.

En este marco, existen lineamientos que deben cumplir los administrados para que su reclamo sea válido, pues de otra forma, no se estaría frente a un caso de negligencia administrativa en la demora en resolver las solicitudes, sino más bien en una omisión por parte de los administrados en cuanto al contenido, forma y alcances de la petición, estos lineamientos son:

a) La determinación de la autoridad y el órgano ante el cual se lo formula.

b) El nombre y apellido del compareciente, el derecho por el que lo hace, debiendo establecerse si comparece por sus propios derechos o si lo hace en ejercicio de la representación legal o voluntaria de terceros.

c) La indicación de su domicilio permanente y el de notificaciones futuras.

d) Mención del acto administrativo objeto del reclamo y la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, expuestos en forma clara y sucinta;

e) La pretensión concreta que formula; y,

f) La firma del compareciente.

c) ***Transcurso del plazo. -*** Respecto de este requisito es pertinente señalar que uno de los primeros mecanismos de agilización administrativa introducidos por las legislaciones en general fue precisamente el establecimiento de plazos para la tramitación de los procedimientos, cuestión claramente anterior al establecimiento del silencio administrativo

Esta exigencia implica que el silencio administrativo sólo tiene lugar en aquellos procedimientos que tienen fijados plazos para su desarrollo. La importancia de esto se ve reflejada en la imposibilidad de aplicar el silencio administrativo respecto de procedimientos carentes de plazos de tramitación.

Respecto de la naturaleza de los plazos de los procedimientos administrativos conducentes al silencio, la doctrina en su mayoría los concibe como plazos de caducidad, en especial respecto del silencio positivo (ya que es en éste donde el transcurso del plazo supone la extinción de una potestad de la Administración y la consiguiente obtención de un derecho

por parte del particular) por lo que a su respecto se aplicaría la suspensión, no la interrupción de ellos como es propio de los plazos de prescripción. No obstante, la suspensión de los plazos sólo se produciría de mediar gestiones necesarias y relevantes para el desenvolvimiento del procedimiento, tanto de la Administración como el interesado, todo con el fin de evitar que la Administración, aduciendo trámites baladíes, impida artificialmente la operación del silencio administrativo. La vinculación mencionada entre el silencio positivo y la caducidad se manifiesta en que en ambas la apreciación de su concurrencia es de oficio y el cómputo de los plazos ininterrumpido.

Lo que las distingue es que en la caducidad las circunstancias ajenas al mero transcurso del plazo no tienen relevancia, además de que la caducidad constituye una posibilidad normal respecto del ejercicio de un derecho, a diferencia del silencio positivo, que es considerado una anomalía, una falta (máxime en el sistema español, donde la inactividad es inconstitucional e ilegal y existe un deber de resolver), establecido para resguardar la posición del particular frente a la desidia de la Administración

El transcurso de los plazos de los procedimientos plantea el problema derivado de la denuncia de la mora y las certificaciones, elementos que las legislaciones han introducido a fin de morigerar la automaticidad en la producción del silencio administrativo en sus dos variantes y también el de la validez de las resoluciones tardías o extemporáneas, cuya solución la mayoría de la doctrina diferencia según se trate del silencio negativo o el positivo, además de la posición de los terceros que puedan verse afectados por este fenómeno.

d) ***Denuncia de la mora – Certificaciones.-*** Como mencionamos, tanto la denuncia de la mora como las certificaciones son denominaciones que las legislaciones han dado a mecanismos que mediatizan los efectos del silencio administrativo.

Los dos términos – denuncia de la mora y certificación - pueden entenderse como la advertencia o recordatorio (formulada transcurrido determinado plazo) de la petición (o recurso) dirigida a la Administración en su día. Su finalidad consiste simplemente en advertir a la Administración que si no resuelve expresamente transcurrido el plazo previsto por la norma, se hará operativo el silencio con las consecuencias y efectos ajenos.

En el caso de la legislación ecuatoriana, la Ley de Modernización ha previsto que para que opere el silencio administrativo, el administrado deberá obtener del funcionario competente *"una certificación que indique el vencimiento del término (…) el mismo 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."*[24], certificación que en la práctica no es entregada al administrado.

De la regulación anterior, puede afirmarse que la certificación, en los términos en los que se ha establecido, se torna en un elemento de eficacia constitutiva, condictio iuris, del silencio administrativo, con lo cual se niega la producción automática del mismo y a la vez se consagra a la certificación como una facultad que el solicitante podrá ejercer cuando él lo disponga. Mientras ello no ocurra, la Administración se encuentra obligada a resolver expresamente.

La doctrina mayoritaria sostiene que sólo estamos ante un documento de carácter público, que más allá de involucrar una voluntad de querer certificar, corresponde a una simple constatación de la situación de hecho consistente en haber transcurrido los plazos legales sin que se hubiese notificado una resolución expresa al solicitante.

Por ello, se ha dicho que corresponde a un acto reglado respecto del cual la Administración carece de discrecionalidad alguna para poder determinar su contenido. La certificación además debe señalar el sentido atribuido al silencio, lo cual es una cuestión de derecho. En cuanto a la función de la certificación, evidentemente con ella se busca la obtención de un documento público con el cual el particular pueda acreditar una determinada situación ante la Administración Pública y ante terceras personas.

A mi juicio, el acto presunto ha de entenderse producido en el momento enunciado, esto es, en el instante mismo en que la Administración incurre en la situación de incumplimiento de la obligación de resolver, si bien, dada su peculiar naturaleza de ficción jurídica, sea precisa la cumplimentación de otras actuaciones adicionales para que el acto así producido pueda desplegar sus efectos plenamente. Forzar una desvinculación entre el acto presunto y la obligación de resolver uniendo aquél a otra circunstancia o trámite de los diseñados por la Ley –por ejemplo, la certificación- a la que se refiere el que se refiere el artículo 28,

[24] Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, artículo 28.

es rebajar su apoyatura dogmática y, en la misma medida, propiciar la arbitrariedad, olvidando que no nos encontramos ante un mecanismo de legitimaciones ex lege, como en el caso del silencio administrativo, sino que la Ley ha querido regular un mecanismo de producción de actos administrativos –ficticios- en defecto de pronunciamiento expreso de la Administración.

e) ***Resoluciones tardías o extemporáneas.-*** La mayoría de la doctrina suele usar los términos que encabezan este literal indistintamente para referirse a aquellas resoluciones dictadas con posterioridad a la producción del silencio administrativo. No obstante, algunos autores sí han efectuado distinciones, como García Trevijano, quien distingue entre los términos resolución expresa tardía y simple resolución tardía, donde el primero hace referencia a la resolución dictada después de operados los requisitos para hacer efectivo el silencio administrativo y el segundo a la resolución dictada después de transcurridos el plazo de tramitación de los procedimientos, sin que haya operado, no obstante, aquél. En cambio, Cudolà[25], constatando la situación anterior, usó la denominación resoluciones tardías para aquellas hipótesis dictadas durante los plazos para emitir certificaciones y en sentido contrario al silencio positivo. Los casos de resoluciones dictadas con posterioridad a la producción del silencio administrativo las denominó resoluciones extemporáneas

Lo que sí parece claro es la voluntad de la Ley (voluntas legis) de considerar al silencio positivo como una garantía destinada a que la administración resuelva en un plazo determinado y no en la de convertir en positiva la inactividad administrativa. Por ello subsiste la obligación de resolver hasta la emisión expresa o presunta solicitada por el particular.

f) ***Plazos para recurrir.-*** En el análisis dogmático general que estamos efectuando, y que en consecuencia tiene por objetivo exponer los lineamientos del silencio administrativo obviando, en la medida de lo posible, el análisis de legislaciones específicas, el asunto de los plazos para recurrir a las instancias administrativas o jurisdiccionales posteriores sólo tiene importancia respecto del silencio negativo, ya que como tantas veces hemos repetido, éste ha sido concebido como herramienta meramente procedimental a fin de acceder a dichas instancias, por lo que hipotéticamente a su respecto no debería iniciarse, una vez configurado, el cómputo de los plazos para recurrir.

[25] AGUADO i Cudolà, obra citada

La fijación de un plazo para recurrir en los supuestos de silencio negativo pugna con la naturaleza de éste, en los casos de desestimación por silencio, el interesado que opta por esperar la resolución expresa, debe tener abierta la vía de recurso en tanto no se produce la resolución y se notifica con todos los requisitos legales

Existe incluso una marcada tendencia jurisprudencial en España que propugna este parecer, la que pone énfasis en la naturaleza procedimental del silencio negativo y en el contrasentido que supondría el cómputo insoslayable de los plazos para recurrir una vez producido éste, ya que la Administración quedaría en una situación más ventajosa que cuando cumple con su obligación de resolver las peticiones, aunque sea de manera imperfecta

Lo anterior desemboca en que el silencio administrativo negativo sea una mera ficción legal para que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración y parte, asimismo, de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales, para continuar entendiendo que ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración, y concluir, en definitiva, que deducir de este comporta miento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido —recuérdese que el silencio negativo es una mera ficción con la finalidad de abrir la vía jurisdiccional ante el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente— supone una interpretación absolutamente irrazonable, que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.6 Procedimiento jurisdiccional

Conforme se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia, a través de la emisión de sentencias que hoy en día constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios y como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, 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 del silencio, y que como tal derecho autónomo, da origen a una acción procesal independiente, la cual bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose

que en ésta la acción será simplemente de ejecución y no de conocimiento, por lo que naturalmente no daría lugar a un recurso de casación.

Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio, 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, o si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa habría sido afectada por nulidad absoluta. Finalmente la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso siguiente al primero del artículo 28 de la Ley de Modernización, 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.

Sin embargo, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiera logrado obtener en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atendérsele luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia.

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

demostrare la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto del recurso de casación.

Es precisamente en este sentido en el que se pronunció la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, en las Resoluciones Nos. 321-97 en el juicio seguido por AGIP. S.A. contra el Ministerio de Energía y Minas; en la Resolución No. 195-99 dentro del juicio No. 168-98 y en la Resolución No. 217-99 dentro del juicio No. 169-98,[26] publicadas publicados en la Gaceta Judicial correspondiente a mayo-agosto de 1999, Serie XVI No. 15 No. 271 de 28 de octubre de 2010, en las que reseñó:

> "(…)*Conforme lo manifestamos es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa*";

De lo señalado por la doctrina y jurisprudencia analizada, el derecho que se origina por la ocurrencia del silencio administrativo, no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen, debiendo añadir que la acción a proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo será una acción de puro derecho, en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que ésta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo.

Vale la pena manifestar aquí, que si bien de acuerdo con lo expresamente señalado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que recogía la doctrina francesa de la decisión ejecutoria previa, era condición indispensable para proponer un recurso en la vía contencioso administrativa que se haya dictado previamente un acto administrativo en el que se negaba las pretensiones del actor, tal limitación evidentemente desapareció con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, cuyo artículo 38 dispone que serán los

[26] Citadas dentro de la Resolución No. 271 de 28 de octubre de 2003.

tribunales distritales de lo Contencioso – Administrativo competentes para conocer y resolver todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las Instituciones del Estado, por lo cual, en consecuencia los tribunales distritales tienen plenitud de competencia para conocer de las acciones dirigidas a obtener el cumplimiento de los derechos adquiridos mediante el silencio administrativo.

Vale mencionar que la obtención de la certificación a la que se refiere el ya tantas veces citado artículo 28, no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino al contrario un procedimiento para darle viabilidad; de allí que por una parte parece evidente que el interesado esté muñido de la facultad de utilizar para la petición al administrador, de esta certificación o instrumento público, de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito (hoy Sala de la Corte Provincial), para que por intermedio de éste se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente y para que en el caso de no obtener respuesta favorable en un primer momento, se exija por intermedio del Tribunal, se conceda la certificación requerida bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendría por concedida la certificación. Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no por ello desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que en tal caso habrá de probarse dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo sin que dentro de él haya recibido respuesta la solicitud o el reclamo planteado, situación esta última que desde luego modifica la regla general antes señalada, en el sentido de que producido el silencio ha lugar a demandar la ejecución del derecho así obtenido, mediante una controversia de puro derecho, pero desde luego en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por el silencio administrativo.

Si analizamos la naturaleza misma del silencio administrativo en los términos planteados en la legislación ecuatoriana, su efecto principal consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado.

De ahí que en el juicio de ejecución que deviene de la configuración del silencio administrativo en el Ecuador no podría ser objeto el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en

consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución, y consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación.

En el caso, el juez “a quo”, sin que nada tenga que referirse a los antecedentes de lo aprobado por el ministerio de la ley, debió disponer, como así lo hizo, el inmediato cumplimiento por parte del administrador de lo aprobado gracias al silencio administrativo, sin que ni siquiera sea necesario el que califique o no de lícito el acto original de la Administración que motivó la reclamación del actor que no fue oportunamente contestada.

Conviene señalar entonces que el acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables.

Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios inconvalidables, no pueden ser ejecutados por ilegítimos. La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presuma legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no han operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción consecuente, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido ya solicitada.

Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad, de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar. Finalmente, se generan, junto con el silencio administrativo, otros efectos colaterales de origen legal, sobre los que los tribunales distritales deben pronunciarse, pese a que no exista petición alguna al respecto, esto es, sobre las sanciones de orden

administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, prevé en el caso de infracciones al derecho de petición. Estas sanciones administrativas son independientes de la responsabilidad que individualmente se atribuya, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes, a los funcionarios públicos, por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionaren al Estado, por falta de diligencia de aquéllos en el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO III

CASUÍSTICA SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

3.1 Análisis de casos sobre la aplicación del silencio administrativo en el Ecuador

Conviene en este punto del trabajo realizar un análisis sobre algunos casos que en materia de silencio administrativo se han ventilado en las instancias judiciales ecuatorianas.

Caso 1.- Juicio No. 450-2000, que en casación y por silencio administrativo siguió Luis Serrano Figueroa en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil.

(*Anexo No. 1)*

Síntesis: El actor propone demanda contencioso administrativa, en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil, exigiendo se le extienda el nombramiento para el cargo de Profesor Auxiliar de la cátedra de educación para la salud en la Escuela de Medicina de ese centro de educación superior y el pago de las remuneraciones a las que tendría derecho. El demandado se excepciona alegando fundamentalmente su incompetencia, por cuanto, conforme la normatividad interna, la autoridad nominadora es el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. Trabada así la litis, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, desecha parcialmente la demanda aceptando la excepción y considerando que el demandante no compareció directamente ante la autoridad competente para iniciar y encauzar el trámite para su nombramiento, a efectos de acreditar su actividad como profesor auxiliar contratado y en funciones prorrogadas y dispuso a la Universidad de Guayaquil, se liquiden los valores pendientes de pago, estableciendo para el efecto un plazo límite. Una vez notificada la sentencia del Tribunal ad quem, el demandante dedujo recurso de casación, aduciendo que se han infringido los artículos 119, 121 y 278 del Código de Procedimiento Civil, referentes a la valoración y práctica de pruebas en el juicio e indica que habiendo transcurrido el término señalado por la Ley de Modernización del Estado, por efecto del silencio administrativo positivo ha sido aprobada la solicitud de extensión del nombramiento referido en líneas anteriores. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia, consideró que en las argumentaciones expuestas por el demandante ni en la sentencia recurrida no se observan infracciones de las normas del Código de Procedimiento Civil, ausencia de infracción que en consecuencia torna carente de sustanciación jurídica la casación y resolvió desechar el recurso interpuesto, considerando además que la petición formulada al Rectorado de la Universidad de Guayaquil, se torna improcedente por cuanto no se la sustanció ante la autoridad competente para tramitarlo.

Análisis: Del extracto del juicio tenemos que el Rectorado no es competente destinatario de una petición personal de designación o nombramiento, pues en el caso de que hubiese operado para el recurrente el silencio administrativo, tal reclamo debió dirigirse directamente al Consejo Directivo de Facultad, que según consta en el Estatuto Orgánico de la Universidad de Guayaquil, vigente a la época, tenía entre sus atribuciones *"convocar y resolver sobre los concursos para la provisión de cátedras o cualquier otro cargo".*

Ahora bien, se aprecia perfectamente que el actor sostiene que habiendo transcurrido el término señalado por la ley (quince días) sin que se hubiera dado contestación a la solicitud presentada al rector de la universidad, por efecto del silencio administrativo positivo ha sido aprobada dicha solicitud de que se extienda a su favor el nombramiento de profesor de la Universidad de Guayaquil.

Este planteamiento, sin entrar a considerar si en el caso era procedente o no por cumplir los requisitos elementalmente indispensables, era el único que se podía hacer tratándose de una designación, acto que observando la existencia de una buena parte de potestad discrecional, cuando tal designación tiene únicamente como antecedente los méritos del designado y no un concurso de oposición en el cual necesariamente se establece quien, debe ser designado para ocupar un puesto vacante. Por consiguiente, tratándose de un cargo respecto del cual no ha habido un concurso de oposición, única circunstancia en la que surge un derecho del administrado para exigir que se le otorgue un nombramiento, no se ha configurado el silencio administrativo, toda vez que no existía un derecho que asista al administrado para tal requerimiento.

Al respecto y sobre la aplicabilidad del silencio administrativo, es necesario precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por medio del silencio administrativo en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho, al respecto Eduardo García de Enterría, ha señalado que el silencio administrativo es aceptable frente a todo lo pedido, con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho.[27]

Vemos entonces que en el ejercicio del silencio administrativo se une tanto el respeto al principio de seguridad jurídica como al de la legalidad en términos que significan un verdadero

[27] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMON FERNÁNDEZ Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas, octava edición, Madrid

ejercicio de la justicia; consecuentemente, estarían exentas de la aprobación por este medio de todas aquellas pretensiones que de aprobarse estarían afectadas por un vicio de nulidad absoluta; vicio éste que se refiere a los elementos esenciales del acto administrativo los cuales, conforme enseña la doctrina son relativos a la competencia, voluntad y forma, y que se hallan concretados en la legislación positiva en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según la cual, son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento de acuerdo con la ley cuya resolución se denuncia siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión de la causa.

Aplicando lo antes señalado tenemos que en el caso, a más de los requisitos de mérito que debía llenar el aspirante a ser designado profesor de la Universidad de Guayaquil en la facultad de Ciencias Médicas, debía haber merecido la correspondiente petición de su nombramiento por parte del Consejo Directivo de la facultad, obteniendo la designación por parte del organismo competente que es el Consejo Universitario, como exigencia legal previa sine qua non, luego de lo cual y sólo entonces, en acatamiento de la resolución de este último organismo, el rector estaba obligado a extender el nombramiento correspondiente, siendo así que, no habiéndose probado que el Consejo Directivo, aceptando la petición del Consejo de la Facultad resolvió su nombramiento, las acciones dirigidas al rector pretendiendo que se lo extienda carecían de eficacia, por ser el rector incompetente para tal actuación; incompetencia ésta que para el caso en que no hubiera sido considerada, hubiera generado un nombramiento afectado de nulidad absoluta; por lo que, el silencio administrativo originado en la falta de respuesta a las peticiones del actor por parte del rector no podía alcanzar el efecto de dar origen a la expedición del nombramiento del actor libre de nulidad absoluta.

Caso 2.- Juicio No. 341-2009, que en casación y por silencio administrativo siguieron José Rodolfo Segovia Machuca y Liduvina Matute Orellana, en sus calidades de Gerente y Presidenta de la Compañía Taxiradio Quinta Chica S.A. en contra del Alcalde del Municipio de Cuenca.

(Anexo No. 2)

Síntesis: Los actores comparecieron ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, señalando que luego de la constitución de la Compañía denominada Taxiradio Quinta Chica S.A., cuyo objeto principal es la prestación de servicios

de transporte de pasajeros en la ciudad de Cuenca y ocasionalmente fuera de ella; requirieron a la Municipalidad de Cuenca, a través de la Unidad Municipal de Tránsito y Transporte UMT, como entidad rectora a nivel local, el correspondiente permiso de operación para que las unidades de su representada puedan prestar el servicio de pasajeros, sin que se haya dado contestación a su requerimiento dentro del tiempo previsto en la ley, motivo por el cual solicitaron la respectiva certificación de no haber sido atendido oportunamente conforme lo dispone la Ley de Modernización del Estado, petición que le es negada mediante oficio de fecha 25 de julio del 2003. Expresan los demandantes que el 1 de agosto del 2003 interpusieron recurso de apelación y nulidad ante el Concejo Cantonal de Cuenca, mismo que no fue atendido oportunamente por lo que amparados en Constitución de la República, vigente a la época y la Ley de Modernización del Estado, señalan que ha operado en su favor el silencio administrativo positivo respecto de su petición. El tribunal a quo niega la pretensión de los accionantes, señalando que no se han cumplido las fases previas para la configuración del silencio administrativo, así como tampoco se han agotado los procedimientos internos para que se les otorgue el permiso requerido. En conocimiento de este pronunciamiento, recurren a la Corte Nacional, que en su fallo, casa la sentencia recurrida y el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca y dispone que la Unidad de Tránsito y Transporte Terrestre de Cuenca proceda a conceder el respectivo permiso de operaciones a la Compañía Taxiradio Quinta Chica S.A., por haber operado el silencio administrativo a favor de los recurrentes, considerando que el Municipio de Cuenca carecía de competencia para pronunciarse sobre la petición formal de los recurrentes luego de vencido el término previsto en la ley.

Análisis: En lo que respecta a los efectos del silencio administrativo, se ha analizado ya que el principal consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables. La ejecutividad faculta al administrado desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar.

En razón de lo anterior, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les correspondería a los tribunales distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas que debieron ser revisadas en sede administrativa) que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, de la que se destacan sus fundamentos jurídicos y fácticos.

Ahora bien, en cuanto a certificación otorgada por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término, como evidentemente, es poco probable que se la emita, la Corte ha considerado que bastaba, para acudir a los tribunales distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no fuere emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial. De tal forma que quien quiere conseguir, a través de la intervención de los tribunales distritales, una actuación material de la administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según fuere el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar, en el proceso, que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración.

Vale precisar aquí que la consagración del silencio administrativo positivo se entiende cuando el legislador expresamente así lo instituye de forma que no debe quedar ninguna duda en el sentido de que la consecuencia del vencimiento del plazo sea la pérdida de la competencia de la administración y el nacimiento de un acto ficto o presunto a favor del administrado. Ahora bien, en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado, situación que efectivamente se ha previsto en la legislación ecuatoriana.

Es así que la competencia de la administración para pronunciarse sobre un tema que fue sometido a su consideración, luego de transcurrido el tiempo que la ley ha previsto para el

efecto, se ha perdido por cuanto nos encontramos frente a un acto emitido con posterioridad a la producción del acto administrativo ficto, lo anterior por cuanto existe caducidad, y por lo tanto, este acto ulterior llevaría consigo una nulidad absoluta, de ahí que podemos aseverar que, como precisamente ha ocurrido en el caso que fue elevado a casación, el acto expreso denegatorio de lo ya otorgado por el silencio administrativo, 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, por cuanto se ha establecido ya que el plazo del silencio es un plazo de caducidad y no de prescripción, cuya ocurrencia es sancionado con multas y sanciones administrativas y penales para los funcionarios encargado.

Caso 3.- Juicio 01-2010, que en casación y por silencio administrativo siguió Macario Idrovo Borja en contra del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre.

(Anexo No. 3)

Síntesis: El actor comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca que en fallo de mayoría resolvió no aceptar la demanda por haber operado la caducidad de la acción para interponer la demanda para la ejecución del silencio administrativo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y una vez notificada la sentencia solicita que la Sala Especializada de la Corte Nacional se pronuncie sobre la legalidad de la sentencia de instancia y determinar de esta forma si existen disposiciones legales infringidas y restablecer así el imperio de las normas de derecho.

Análisis: En concreto, el objeto fundamental de la sentencia recurrida radica en determinar si ha caducado la facultad del administrador de reclamar la ejecución del silencio administrativo, definiendo si para el efecto corren los términos previstos en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o si por el contrario existen otros que le sean aplicables.

En este punto es necesario señalar que la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en los que el administrado busca ejecutar el acto administrativo presunto derivado del silencio administrado con efectos positivos, sería por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el

acto administrativo presunto cuyo ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. Los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (expreso); 3 años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.

La casación de la sentencia reconoce el error del Tribunal a quo y deja abierta la posibilidad de requerir la ejecución del derecho a él conferido por el silencio administrativo que ha operado, hasta en un plazo máximo de 5 años, quedando a salvo la verificación de que lo solicitado se ha actuado ante autoridad competente, es posible y lícito en cuanto no contraviene norma alguna.

Es necesario señalar que el Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cuenca, acudieron ante la Corte Constitucional e interpusieron una acción de protección frente al pronunciamiento de la Corte Nacional y en fallo de mayoría, consideró que por haber transcurrido en exceso el tiempo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 20 días para la interposición de la acción, no era procedente admitirla a trámite, quedando vigente el fallo de la Corte Nacional y en consecuencia la exigibilidad del silencio administrativo.

3.2 Resoluciones de la Corte Constitucional sobre la aplicación del silencio administrativo

Con la Constitución vigente, el llamado Tribunal Constitucional pasó a ser la Corte Constitucional. Más allá del obvio cambio de denominación, durante el debate constituyente se esgrimieron y todavía se sostienen argumentos negativos respecto de este cambio, por un posible control inconveniente y hasta desproporcionado desde la Corte Constitucional a organismos clásicamente autárquicos como la Corte Nacional de Justicia y al legislativo, con base en valores y principios presuntamente objetivos que nacen de la moral personal el juez constitucional y vulneran el principio democrático, por su naturaleza de órgano contra mayoritario. En este sentido, escribe Juan Antonio García Amado:[28]

[28] GARCIA Amado, Juan Antonio, Controles descontrolados y precedentes sin precedentes. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, en "Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional", Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

"(…) Cuando se piensa que la vinculación suprema del juez tiene que ser a valores y contenidos axiológicos, estamos convirtiendo dicha discrecionalidad (la de los jueces) en absoluta y, lo que es peor, permitiendo que se torne en arbitrariedad, pues, valores en mano, es justificable el contenido de cualquier decisión."

No obstante, en general se ve con buenos ojos el fortalecimiento de las garantías constitucionales y del control que de la Constitución ejerce este organismo, fruto de la aplicación de los postulados del denominado neoconstitucionalismo[29]

Las atribuciones y algunas de las garantías que son competencia de la Corte Constitucional en este nuevo marco normativo son la interpretación constitucional, el control abstracto de normas inconstitucionales, sea que hayan sido directamente demandadas, o que su aplicación se dé por conexidad en algún otro procedimiento, la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, el conocimiento de la acción de incumplimiento, la declaratoria de estados de excepción, el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión, el control constitucional previo y la expedición de dictámenes de constitucionalidad, la sanción por incumplimiento y la atribución de crear jurisprudencia a través de resoluciones y sentencias obligatorias. La intervención de la Corte, principalmente, está en defender la Constitución a través de procesos democráticos y garantizarlos derechos fundamentales de los sujetos de derecho, amparándose muchas veces en esta última consideración para llevar a la Corte Constitucional, casos relacionados con la aplicación del silencio administrativo, tal como veremos a continuación:

Caso No. 1.- Expediente No. 0168-2009-RA, referente a la causa que siguió Luis Alvarito Ochoa Castro, Gerente General de la Compañía Agua Marina Cía. Ltda. en contra del IESS.

(Anexo No. 4)

Síntesis: El accionante propuso una acción de amparo cuyo conocimiento recayó en el Juzgado Segundo de lo Civil de Machala, en contra del Director Provincial y la Subdirectora

---

[29] COMANDUCCI, Paolo, Constitucionalización y nuevo constitucionalismo, en Miguel Carbonell edit., El Canon Neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 175-177: A partir de la segunda mitad del siglo XX, a través de las deliberaciones de los Tribunales y Cortes de los principales países europeos, se viene dando una progresiva constitucionalización del derecho: *"Neoconstitucionalismo" es una etiqueta utilizada a finales de los años noventa, por unos alumnos de la escuela genovesa del profesor Guastini, para clasificar y criticar, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí . El neoconstitucionalismo está caracterizado por el positivismo de los derechos fundamentales por la presencia en la Constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto de la interpretación y de la aplicación de la ley."*

de Servicios del Asegurado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro, por medio de la cual buscaba se declare que ha operado el silencio administrativo en la petición presentada ante esa entidad, para que se deje sin efecto la glosa levantada por los hechos denunciados por un ex trabajador de su empresa, quien había manifestado que no se le han cancelado sus ingresos con las respectivas aportaciones al IESS entre los años 1983 y 1994 y en tal virtud se conmine a los funcionarios omisos a emitir una certificación que demuestre tal circunstancia. Al respecto, el Juzgado Segundo de lo Civil de Machala falla a favor del accionante y acepta el recurso de amparo formulado, sentencia que es apelada ante la Corte Constitucional, que resolvió revocar la sentencia del Juez de instancia y negar el amparo solicitado por el accionante.

Análisis: La Administración Pública debe actuar guiada por los principios de rapidez, simplicidad y economía en los trámites administrativas, actuaciones caracterizadas por el informalismo a favor del administrado y siempre liderada por un debido proceso. La rapidez o eficiencia procesal se traduce en una administración “propiamente ejecutiva” y en un administrado satisfecho en sus intereses y peticiones, en tiempo y forma, sin demoras ni dilaciones.

En este marco, el silencio administrativo es una consecuencia de la inactividad y pasividad de la Administración y proviene de una asimilación, es decir su razón de ser responde a la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo, cuando la administración no cumple con su deber de responder la petición del administrado.

En el caso reseñado, es indiscutible la falta de procedencia de la pretensión del accionante, pues se está refirieron a cuestiones propias del control de la legalidad y de ninguna manera a asuntos relativos al control de la constitucionalidad, así la acción de amparo al ser un proceso tutelar de derechos subjetivos constitucionales no se encuentra prevista en la Constitución como un mecanismo para reemplazar procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, más todavía si consideramos que para que proceda el amparo constitucional el accionante no sólo debe mencionar que la violación alegada es verdadera o real, sino que se ha violado un derecho constitucional subjetivo del impugnante, causándole daño lo que no se evidencia en el caso, pues el accionante debió seguir y agotar los procedimientos administrativos y contencioso – administrativos, establecidos en la ley, sin que, a la luz de los datos aportados, se haya violado ningún derecho establecido en la Constitución.

Caso No. 2.- Acción extraordinaria de protección No. 0680-10-EP, presentada por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en contra de la sentencia de la Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Nacional.

(Anexo No. 5)

Síntesis: El Subsecretario Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, conjuntamente con la Procuraduría General del Estado presentan una acción extraordinaria de protección ante la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, que negó el recurso de casación interpuesto por las entidades públicas referidas, frente a la pretensión de Manuel Rosales Cárdenas de que se ordene el pago de honorarios profesionales a él adeudados, como consecuencia de un reclamo administrativo que no fue atendido, operando en consecuencia el silencio administrativo a su favor. La Corte Constitucional resolvió inadmitir a trámite la acción extraordinaria de protección y disponer el archivo de la misma.

Análisis: Los accionantes, señalan que en el fallo de la Corte Nacional, se inobservaron los derechos a la tutela efectiva e imparcial, al debido proceso y a la defensa, pues en el trámite de la causa se aplicó erróneamente el principio de analogía previsto en el Código de Procedimiento Civil, confundiendo entonces los procesos de ejecución con los de conocimiento de instancia única, como son los juicios verbal sumarios por honorarios profesionales y los contencioso administrativos, salvo aquellos que son para ejecutar el silencio administrativo, lo que derivaría en una falta de competencia para conocer un reclamo de pago de honorarios profesionales que debía ser exigido en la justicia ordinaria, por la vía civil y no por la que ha optado el demandante.

En este punto es pertinente destacar que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto tutelar los derechos constitucionales y la aplicación del debido proceso en las sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se evidencie la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en nuestra Constitución de la República, de ahí que ante la pretensión de los accionantes de que realice una nueva valoración procesal de la resolución de los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional bajo la consideración de lo injusto y equivocado de las resoluciones emitidas por la jurisdicción ordinaria y que fueron ventilados en esa vía, por ende no existía sustento para ejercer la acción extraordinaria de protección que es de carácter excepcional.

En el presente caso, la Corte Constitucional no realiza un análisis de constitucionalidad, sino más bien de legalidad, pues como afirmé previamente, no realiza la debida ponderación entre los principios procesales del debido proceso y economía procesal pues en el caso, debió primar el principio procesal del debido proceso, piedra angular en nuestro desarrollo constitucional, más todavía cuando ha señalado en su fallo que en el juicio incoado y que sirve de sustento al pronunciamiento de la Corte Constitucional, el demandante manifestó que planteaba un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, sin hacer relación de ninguna manera a la ejecución de los actos derivados de la ocurrencia del silencio administrativo.

Contrariamente a lo que se ha venido señalando a lo largo de la jurisprudencia emitida por la Corte Nacional y también a pronunciamientos previos de la Corte Constitucional, se ha considerado que transcurrió en exceso el derecho del actor para demandar la ejecución del silencio administrativo, acogiéndose a lo previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.3 Resultados de la aplicación del silencio administrativo en el Ecuador

El silencio administrativo es, o no deja de ser otra cosa, que el reconocimiento del fracaso del ordenamiento jurídico para hacer cumplir a la Administración una obligación que el propio ordenamiento le impone: resolver (ahora, resolver y notificar) en el plazo de tramitación de los procedimientos. Y decimos fracaso porque en definitiva, y pese a que se mantiene en todo caso la obligación de resolver, se acaba claudicando ante el incumplimiento. No se habilitan los medios para forzar a la Administración a que cumpla su obligación, sino que se acaba proporcionando al incumplimiento un efecto procesal o sustantivo, según los casos, que elimine los perjuicios que la falta del acto puede generar al interesado.

Vemos así que la implementación del silencio administrativo positivo, implicaba un esfuerzo enorme de optimización de la organización y procesos de las entidades públicas para poder resolver antes de que opere. Esto era entendible dentro del proceso de simplificación administrativa emprendido a la época de su incorporación en la legislación ecuatoriana y que buscaba mejorar la atención a los ciudadanos, optimizando los procedimientos administrativos. El silencio administrativo positivo tenía entonces la virtud de propiciar la actuación de las autoridades de las entidades públicas y castigar su inactividad o inercia, lo que en consecuencia estaba orientado a obtener de la Administración una actuación más eficiente y oportuna.

Curiosamente, la mayor depuración del derecho administrativo y el incremento de los niveles de exigencia ante la Administración, no han conducido a la eliminación de la figura del silencio, sino muy al contrario, a su consolidación, pues lo trascendental de esta institución es el hecho de que, a la falta de respuesta de la Administración se le atribuye un significado concreto y así, se considera estimada la solicitud del ciudadano cuando la Administración incumple su deber de resolver.

En el contexto, el silencio positivo, comprendido como una institución administrativa que surge con el objetivo fundamental de garantizar los derechos de los particulares frente a la actuación administrativa, tiene un campo más acotado que aquel del silencio negativo, pues está reducido a las autorizaciones y a los actos de aprobación en el ejercicio de funciones de fiscalización o de tutela. En definitiva, situaciones en las que preexiste un derecho cuyo correcto ejercicio controla la Administración, o en las que preexiste un acto administrativo cuya corrección también se controla. En estos casos, lejos de fingirse un acto inexistente, lo que se hace es presumir la voluntad administrativa de no impedir la actividad del particular o la eficacia del acto sometido a tutela. No estamos, pues, ante una simple ficción, sino ante un auténtico acto administrativo (por más que presunto), configuración clara aunque, no por ello, menos problemática cuando se trataba de imponer la vinculación de la Administración "a sus propios actos" si la legalidad de los mismos no estaba clara.

En términos constitucionales, la figura del silencio administrativo se fija como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo positivo, en la medida en que el mutismo de aquella concreta en su cabeza un derecho. Sobre las opciones que tiene el ciudadano cuando opera el silencio administrativo negativo se ha dicho en forma reiterada: *"…, el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas, como sería la de que a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo se contabilice el término de prescripción o de caducidad de la respectiva acción"*.

De esta manera, si bien se podría considerar que en el marco del Estado Social de Derecho la administración está en la obligación de dar respuesta oportuna, clara, concreta y de fondo a las solicitudes presentadas por los ciudadanos, en donde la consagración de una ficción sobre la negativa o aceptación de las peticiones pueden ser percibida como contraria a los postulados de la función pública y el respeto por los derechos fundamentales, si se tienen en

cuenta que uno de los fines del Estado es garantizar los derechos consagrados en la Constitución y facilitar la participación de todos en las decisiones que lo afectan.

Sin embargo, la importancia de la introducción del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana a través de la expedición de la Ley de Modernización de 1998, no fue acompañada, sin embargo, de la necesaria calidad técnica de su regulación, afirmándose que la ejecución del silencio administrativo no está en la categoría de lo problemático, de lo discutible o de lo difícil: es, sin paliativos, un desastre.

Especialmente llamativa resulta la exigencia de la certificación del silencio, cuya virtualidad, según el texto de la propia ley, se limita a la eficacia del acto ya producido por el mero transcurso del tiempo, lo que entraba en contradicción con la posibilidad que se ofrece a la Administración de resolver hasta el mismo momento de la emisión de la certificación o del transcurso del plazo para hacerlo. La petición de certificación parece convertirse así en la conocida “denuncia de mora”, generando con ello la confusión y la discusión doctrinal y jurisprudencial, que se ha mantenido sin conclusiones definitivas a nivel de los fallos y pronunciamientos jurisprudenciales.

De ahí que el silencio administrativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente, es obvio que el legislador ha reparado ahora que estamos ante uno de estos casos de existencia de un interés general prevalente y deben tomarse las medidas oportunas, lo que es de aplaudir, sin embargo en Ecuador, las trabas para la ejecución y puesta en marcha de la institución del silencio administrativo, derivan en que el mismo sea demorado, casi inexistente y pocas veces reconocido por la administración.

En pocas palabras, si la medida no es coyuntural -que no lo es, aunque se recoja en una norma que parece que sí lo es- ¿a qué ha obedecido el retraso? ¿por qué no hemos merecido tener más seguridad desde la entrada en vigencia de la referida Ley de Modernización del Estado?.

La respuesta resulta evidente, el silencio casi nunca va a reemplazar los actos administrativos complejos, en que es necesario el aporte discrecional, concreto, específico y técnico, de algunos entes administrativo; contenido preciso éste que pocas veces queda predeterminado con la mera solicitud del administrado, pues regularmente el contenido preciso del acto terminal se va configurando con el transcurso de las distintas actuaciones del administrado y Administración, durante la tramitación del procedimiento administrativo. Son muy pocos los procedimientos administrativos con una predeterminación perfecto como para hacer viable el efecto del silencio positivo.

El silencio administrativo solo pretende evitar la arbitrariedad implícita en la dilación administrativa, pero para ello es algo excesivo pretender sustituir íntegramente, mediante una ficción de acto, todo el "aporte" que se espera de la administración en la delimitación del contenido exacto del acto administrativo, en cuya confección muchas veces cabe no sólo interpretar la ley en una regulación objetiva y perfectamente reglada, sino que cabe ponderar una serie de antecedentes de la más diversa naturaleza.

La generalización indiscriminada de los efectos estimatorios del silencio administrativo, se ha alabado como una respuesta justa ante una Administración Pública ineficiente. La amenaza de un plazo fatal y de unas consecuencias determinadas, constreñiría a la Administración Pública a que se pronuncie, a menos que quiera sufrir el efecto legal, e incluso, la pena que se impondría al funcionario negligente. Sin embargo, habría que ver hasta qué punto el puro efecto previsto por la ley es suficientemente apto para suplir a la técnica y corregir, sin más, un problema que acusa deficiencias estructurales. Verdaderamente, y como dice el viejo adagio, la realidad no se cambia por decreto ni por buenas intenciones, y es evidente que el efecto legal (o la sanción penal) no hace más eficiente a la Administración Pública, porque no tiene presente la complejidad de los asuntos públicos, ni corrige las deficiencias de los procesos la carencia de medios y recursos. Además, el efecto del silencio administrativo desdibuja la misión fundamental de la Administración Pública que es servir a los intereses generales de modo activo, práctico y con soluciones; no por suplencia legal.

Pero si de lado de la Administración Pública el efecto legal del silencio administrativo es pernicioso, del lado del administrado no supone el estricto respeto a su derecho de petición, ni la celeridad en la atención de sus problemas e intereses, como tampoco encierra suficiente seguridad. La doctrina y la jurisprudencia extranjera, con evidente acierto, postulan que no cabe que el efecto del silencio administrativo opere contra la ley, por lo cual, la petición o pretensión deben ser legítimas y posibles.

De lo contrario, el administrado no adquiere lo que solicita, porque el silencio administrativo es, a la postre, una creación de la ley y el ordenamiento no puede propugnar su propia violación.[30]

Sentadas estas premisas, cabe señalar que el efecto legal estimatorio previsto para el silencio administrativo termina desdibujando el derecho de petición, pues, si este supone la posibilidad de instar a un pronunciamiento pertinente, es decir, conforme a derecho, de producirse silencio administrativo el efecto legal posibilita que se admita cualquier pretensión.

El postulado de que no cabe silencio administrativo contra ley, refleja otra debilidad del sistema: la inseguridad. Si sólo se adquiere por efecto del silencio administrativo lo que es legítimo, el administrado debe decidir y apreciar por sí mismo, evidentemente sin concurso de la Administración Pública silente, sobre si efectivamente ha adquirido lo que solicitó, y en todo caso, determinar los límites de aquello. De lo contrario, se verá sometido a las consecuencias de su desacierto.

Por otra parte, en el caso de que su petición o pretensión sea legítima, puede ser difícil su realización si se requiere el concurso de la Administración Pública, caso en el cual la solución idónea será en el proceso. Ante esto, cabe también denotar una nueva dificultad, pues el proceso contencioso administrativo es de carácter impugnatorio, y mal se puede impugnar algo que nos favorece. Sin embargo, de admitirse alguna figura de ejecución, el derecho de petición del administrado tropieza con las dificultades que implica el proceso, aun cuando sea lícito lo que la ley le concedió, y el derecho de petición queda nuevamente en entredicho, porque se supone que se busca un pronunciamiento de la autoridad, rápido y expedito, sin necesidad de acudir a los inconvenientes que implica recabar una sentencia que obligue a la Administración Pública a cumplir.

Las anteriores dificultades quisieron salvarse con una innovación traída de la legislación española, haciendo honor a la vieja tradición ecuatoriana de "inspirarse" en lo que se cree principio universal o solución mágica. Se trata de la certificación del silencio administrativo, cuya técnica ha sido discutida por la autoridad de Garrido Falla[31]: *"Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio "positivo" estaba en la inexistencia de*

[30] GARCIA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, I, quinta edición, Madrid, Civitas, 1991.

[31] GARRIDO Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo , Volumen I (Parte General), Editorial Tecnos S.A., Madrid, 2010

un documento que acreditase tales efectos. Si, previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedaría satisfecho si le enseño la copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido. Se limitará a tomar nota de las obras que ha visitado y a cursar la correspondiente denuncia".

El mismo autor, más adelante, detecta la dificultad evidente de pretender que la Administración otorgue el certificado, por lo que estamos nuevamente en una variante a un problema advertido desde siempre: si la Administración no ha querido resolver, más difícil será exigir que lo certifique, peor aun cuando del silencio puede derivarse responsabilidad.

Definitivamente, el derecho de petición encuentra su auténtico favor en la resolución expresa, oportuna y pertinente. La tutela jurídica del administrado exige que la Administración Pública se pronuncie sobre sus pretensiones y, por otra parte, no hay que olvidar que el derecho de petición, uno de los más democráticos por cierto, es el cimiento de las nuevas ideas de una Administración Pública concertada, participativa, y por ende, más cercana a la problemática social y humana. El silencio administrativo, por el contrario, constituye un obstáculo a este dinamismo, una negación del deber de la Administración Pública, una patología que debe urgentemente combatirse. En torno a ello, antes que centrar la discusión de soluciones en torno al efecto legal que siempre funciona a título de paliativo modesto) se debe conjugar el derecho y la técnica para procurar procedimientos y mecanismos que logren una Administración Pública eficaz y eficientemente activa. Esto es lo que reclaman, no solo el derecho de petición, sino todos los derechos de los administrados.

3.4 Verificación de objetivos y contrastación de la hipótesis

Los objetivos trazados al inicio de este trabajo de investigación, se relacionaron con el silencio administrativo, así como se buscaba determinar la naturaleza que esta figura tiene en la legislación ecuatoriana y la factibilidad de que los derechos que de su ocurrencia se derivan, sean plenamente aceptados por las instancias administrativas omisas del cumplimiento oportuno del requerimiento de los administrados.

Así, el primer y segundo objetivos específicos que pretendían realizar un estudio doctrinario sobre la naturaleza y alcance del silencio administrativo en el Ecuador e identificar el silencio administrativo positivo y negativo, se cumplieron a lo largo de los capítulos I y II, en donde

además se presentaron aproximaciones al concepto general de la administración pública, con sus diversas formas y principios de regulación. Más adelante, en el desarrollo del capítulo III se analizó la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, a través del estudio de casos sobre el silencio administrativo, cumpliendo de esta manera el tercer objetivo específico planteado.

Por otra parte, el objetivo general de este trabajo de investigación, que pretendía demostrar que de conformidad con la normativa de la legislación ecuatoriana el silencio administrativo es un derecho autónomo, que no depende o se fundamenta en los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que no afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando esta se ha emitido después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio, se evidenció a través de los capítulos II y III, sin embargo, se pudo concluir que pese a que en esencia, el reconocimiento de la ocurrencia del silencio administrativo como tal no debe estar sujeto a formalidades previas, en la legislación ecuatoriana no se cumple, pues se mantienen requisitos que obstaculizan el ejercicio del derecho de petición por los administrados, de ahí que surgió la necesidad de plantear una propuesta de reforma a la normativa vigente, tal y como se había planteado en el cuarto objetivo específico.

En el marco de lo anterior, la hipótesis que motivó la elaboración de este trabajo investigativo, que sugería que el silencio administrativo en el Ecuador, es una garantía y un derecho autónomo de los administrados, cuya procedencia no depende, se basa o se relaciona con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen, fue demostrada parcialmente, pues la naturaleza del silencio administrativo como institución jurídica así lo establece, sin embargo en nuestro país, los obstáculos por la propia ley, se traducen en condiciones imposibles que dilatan e incluso imposibilitan un ejercicio pleno del derecho constitucional de petición.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROYECTO DE REFORMA

4.1 Conclusiones

Una vez concluido el análisis concerniente al silencio administrativo, su aplicabilidad, su procedencia y también el nivel de aceptación que tiene en el Ecuador, dentro de los parámetros propios que le imponen los requisitos de exigibilidad y la demora en la obtención de la ejecución del derecho asumido por el administrado, que desdicen de la naturaleza obvia del silencio como un derecho autónomo, no vinculado a otra instancia previa a su configuración, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El derecho de petición en lo que a su ejercicio se refiere, se inicia con la solicitud de la persona interesada ante el organismo estatal que tenga la competencia para resolverlo y se agota con la respuesta oportuna que puede ser un acto oficial sui generis como sucede con las pretensiones de interés general o un acto administrativo subjetivo si son de interés particular o bien, en el suministro de la información requerida, así como la expedición de documentos, o en su negativa, siendo esta última un acto de carácter subjetivo o en la absolución de la consulta que es apenas una respuesta que contiene un parecer o apreciación de la entidad o del funcionario emisor, sin consecuencias jurídicas de ninguna índole. En las anteriores modalidades se subsumen las soluciones directas o expresas que la administración está obligada a dispensarle al derecho de petición en sus diferentes aspectos, con lo cual se le da una estricta aplicación a ese derecho fundamental.

SEGUNDA.- La institución del silencio administrativo se concibe legalmente no como un privilegio de la Administración, sino como un instrumento a favor del ciudadano. Esta es la esencia del silencio, que es muy evidente en los supuestos de interpretación positiva o estimatoria, pero que es innegable, también, en los casos de efecto negativo o desestimatorio, pues evita la indefensión del particular, que ya no tiene que esperar que se dé la resolución administrativa, sino que puede poner en marcha sus medios de defensa, materializando su derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo entenderse como el medio apropiado para obtener de la Administración, una respuesta oportuna, expedita y adecuada, sin que pueda considerársele como una alternativa a la gestión pública.

TERCERA.- El silencio administrativo positivo se aplica en los procedimientos de evaluación previa generando la aprobación automática de las pretensiones del ciudadano, transcurrido el término legal en el que la administración pública debió atender , constituye una herramienta eficaz para compensar de manera inmediata la desprotección e indefensión en que se encuentra el ciudadano, ya que el derecho administrativo por su naturaleza está íntimamente

ligado a la administración pública la cual, no es otra cosa que una planificada actividad jurídica del Estado cuyo objeto es brindar de modo eficaz, oportuno y técnico los servicios públicos a la nación en acatamiento del orden legal[32], mientras que el silencio administrativo negativo constituye una garantía para el ciudadano, en tanto le permite dar por desestimada su solicitud y acudir, si lo estima conveniente, mediante la interposición de un recurso administrativo, a la siguiente instancia administrativa o a la vía judicial, de ser el caso. De esta manera se garantiza al ciudadano la continuidad y funcionamiento de la maquinaria estatal con la finalidad de no verse perjudicada en su petición.

CUARTA.- El silencio administrativo tiene, para todos los efectos, el carácter de resolución que pone fin al procedimiento. El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado para la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes. Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver.

QUINTA.- El silencio positivo origina un verdadero derecho autónomo sin relación a sus antecedentes y sobre el cual no tiene efecto alguno una declaración extemporánea de la administración

SEXTA.- En sentido estricto esta técnica sólo resulta aplicable en caso de procedimientos iniciados a instancia del interesado o por su solicitud, en los que la administración pública tiene que responder a la petición del particular. No así, en procedimientos incoados de oficio, en los que la falta de resolución produce el efecto de la caducidad o perención del procedimiento, con la consiguiente imposibilidad de producción de acto administrativo. En todo caso, si se trata de procedimientos sancionadores o eventualmente generadores de efectos no favorables, es jurídicamente imposible la producción en ellos de actos presuntos.

SÉPTIMA.- La utilización de esta herramienta para el administrado tiene límites en su aplicación, pues exige el cumplimiento de requisitos y trámites que, de no ser cumplidos, pueden acarrear la declaración de la nulidad del acto administrativo. De este modo, el Estado busca tutelar el interés público y los principios de legalidad, veracidad y licitud que han de regir en toda actuación administrativa

[32] SECAIRA Patricio, obra citada.

OCTAVA.- La situación que posibilita el acceso al derecho reconocido al particular a través del silencio administrativo, es la existencia de una obligación por parte de la Administración para realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, obligación de prestación cuyo origen el precepto sitúa en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo. Va de suyo que la situación exige que la obligación se encuentre incumplida al tiempo de la reclamación.

NOVENA.- Los procedimientos administrativos sujetos al silencio administrativo quedan automáticamente aprobados y validados en los términos que fueron solicitados, si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento.

DÉCIMA.- Lo que pretenden los interesados no es el dictado de un acto reconociendo su derecho a la prestación, pues ese acto ya existe. Lo que se pretende ante la Administración es reclamar de ella en el cumplimiento dicha obligación.

DÉCIMA PRIMERA.- El derecho que nace como consecuencia del silencio, origina una acción de ejecución, no de conocimiento. No se pide reconocer la existencia de un derecho, porque el derecho ya existe, ya se configuró por el inexorable paso del tiempo; por el simple transcurso del tiempo nació un derecho que ya no tiene que ser reconocido, sino únicamente ejecutado, constituyen entonces juicios de instancia única.

DÉCIMA SEGUNDA.- Las sentencias que se dicten en los juicios de ejecución del silencio administrativo, no son susceptibles de recurso de casación, concebido como un recurso especialísimo, extraordinario, que procede en contra de las resoluciones de los autos dictados por las salas de las cortes provinciales, por las salas de lo contencioso administrativo y por los tribunales de lo contencioso tributario, hoy convertidos en salas especializadas de la corte provincial y que tienen solamente la naturaleza de juicios de conocimiento.

4.2 Recomendaciones

PRIMERA.- Es necesario regular ciertos aspectos de la figura del silencio administrativo, pues resulta imperante aclarar en qué situaciones es viable su aplicación, pues existen ciertas limitaciones por ser una figura que se aplica ante la ineficiencia de la administración pública

en perjuicio del ejercicio del derecho de petición que gozamos los administrados, pues injusto resulta imaginar una administración pública en ejercicio arbitrario de su poder público eluda su obligación de pronunciarse para evitar de este modo que los particulares accedan a esta figura del derecho administrativo.

SEGUNDA.- El silencio administrativo, como es una patología, hay que curarla. Y para ello nada mejor que permitir al ciudadano que ejerza con todas las garantías su derecho a la buena administración y que el funcionario incumplidor, responda de su actuación.

TERCERA.- El Estado ecuatoriano debe velar por brindar constante capacitación y motivación al funcionario público, directamente involucrado en la satisfacción de peticiones y requerimientos de la ciudadanía, a efectos de crear en ellos la aptitud y actitud necesarios para un cumplimiento oportuno, eficaz y de calidad de las funciones a ellos encomendadas.

CUARTA.- Las actuaciones de sus servidores, deben guiarse por los principios de calidad, eficacia, eficiencia, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, calidez, responsabilidad, solidaridad y compromiso, dogmas que deben plasmarse en los Códigos de Ética que se expidan en cada institución del sector público, instrumento que será debidamente socializado entre sus miembros, a efectos de conseguir de ellos una actuación acorde con esos lineamientos, canalizado siempre hacia la satisfacción del bien común y desarrollo institucional.

4.3 Proyecto de reforma

En el marco de las conclusiones y recomendaciones expuestas, cabe sugerir además la reforma a la actual la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, eliminando los obstáculos que impiden la eficaz ejecución de los derechos que se originan al amparo del silencio administrativo, de tal manera que se hagan ciertos los postulados de la ejecución autónoma del derecho.

Al respecto y como un aporte general, se propone la modificación del artículo 28 de la referida ley, es de mencionar, sin embargo que en ningún modo pretendo con esta propuesta desapoderar a la administración de sus competencias y deberes tutelantes y garantistas de los intereses generales, sino agilizar y desburocratizar los procedimientos autorizatorios, abrir

una puerta a la realidad, que ventile con nuevos aires el ejercicio de la actividad intervencionista de la Administración.

La propuesta de cambio que postulo no es la única posible; es bien conocido que existen otras alternativas, sin embargo la que se desarrollará en este capítulo tiene sus orígenes doctrinales en diversas reflexiones llevadas a cabo en la segunda mitad del siglo XX por insignes administrativistas, entre ellos García de Enterría, quien apuntaba de manera sintética que "*el silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto (aunque tenga que presentarse en la forma convencional de denegación del acto requerido) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado)*".

Vemos así, que el principal obstáculo a la ejecución plena de los derechos nacidos por el silencio administrativo es la obtención de la certificación por parte del funcionario público omiso, de tal suerte que sin aquella el administrado tiene pocas alternativas para hacer efectivo su derecho, por lo que resulta imperiosa la modificación del inciso final del artículo 28, incorporando una declaración jurada del administrado, en el formato propuesto en el Anexo No. 6, la misma que una vez presentada ante el funcionario omiso, deviene en prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta, para ejercer los derechos obtenidos, dentro del ámbito de la petición formulada.

Lo anterior, cierra el círculo de discrecionalidad de la administración pública y otorga plena vigencia al silencio administrativo positivo, pues su ejecución nace del administrado perjudicado y no de la voluntad del servidor público que ocasionó su configuración, más si consideramos que la omisión o retraso en la tramitación del requerimiento del administrado pudo deberse a un acto doloso, circunstancia en la que cabría la jurisdicción penal, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 212 del Código Penal en vigencia.

Frente a la negativa del funcionario público a recibir la declaración jurada, surge entonces la posibilidad de acudir a la vía notarial como un medio para hacer valer el acto administrativo presunto obtenido y/o aprobación ficta. El notario, en ejercicio de la atribución prevista en el número 16 del artículo 18, dará fe de la negativa de la recepción del documento, lo que además servirá como insumo para la imposición debida al funcionario omiso y renuente a recibir la declaración jurada.

A la luz de las modificaciones sugeridas, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, quedaría estructurado de la siguiente manera:

La Asamblea Nacional

CONSIDERANDO:

QUE la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en el número 23 del artículo 66, reconoce y garantiza a los ecuatorianos el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas;

QUE el número 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, manda que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, debiendo ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

QUE la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, en su artículo 28, al definir el derecho de petición e instrumentar su ejercicio, ha incluido solemnidades y formalismos que limitan su eficaz ejercicio, haciendo del silencio administrativo y su aplicación un mero postulado no ejecutable; y,

QUE es necesario introducir reformas a la actual Ley de Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, eliminando los obstáculos y limitaciones que impiden la eficaz ejecución de los derechos que se originan al amparo del silencio administrativo, de tal manera que se hagan ciertos los postulados de la ejecución autónoma de esos derecho.

En ejercicio de las atribuciones previstas en el número 6 del artículo 120 la Constitución de la República del Ecuador y el número 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA

LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA

Artículo único.- Sustitúyase el artículo 28 por el siguiente:

"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, los administrados deberán presentar una declaración jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la administración, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de la solicitud o trámite iniciado y permitirá al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. Sin embargo, cuando se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores.

En este procedimiento, las entidades no emitirán ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, debiendo sólo realizar la fiscalización posterior.

Los administrados que hagan uso indebido de la declaración jurada, señalada en el inciso precedente, declarando información falsa o errónea, estarán en la obligación de resarcir los daños ocasionados y serán denunciados penalmente conforme a la legislación de la materia por la entidad de la Administración Pública.

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, iniciará el procedimiento administrativo que corresponda según lo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público y demás normativa conexa, salvaguardando la aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor.

En el caso de que se hubiere comprobado dolo en la actuación de la autoridad administrativa en la tramitación del petitorio o en el reconocimiento de la eficacia del derecho conferido al administrado al haber operado a su favor el silencio administrativo positivo, 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.

Artículo Final.- Esta Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada, en el Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador a los veinticinco días del mes de octubre de dos mil once.-

…….. ……..
PRESIDENTE SECRETARIO

En el contexto propuesto y como premisa final, es conveniente recalcar que en el sistema ecuatoriano debe reformularse el papel del Estado y establecerlo como un verdadero servidor de la colectividad y de la persona, apegado a los postulados constitucionales, superando para el efecto agudas deficiencias en el ordenamiento jurídico, buscando una mejora sustancial en la tramitación y reconocimiento del derecho de petición, dejando de lado soluciones parciales y poco idóneas o la expedición de normativas autoritarias que muestran su retraso frente a las tendencias doctrinales contemporáneas. El ejemplo de esto último está en la redacción actual de la normativa aplicable en el caso del silencio administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

ARELLANO Gault, David, “Gestión Pública: las organizaciones plurales”, ponencia presentada en la XXVII Asamblea de CLADEA, Santa Fe de Bogotá, 1992

AGUADO i Cudolà, Silencio administrativo e inactividad, Madrid, Marcial Pons, 2001.

AGUILAR Villanueva, Luis (1993). «Estudio Introductorio». En Luis Aguilar Villanueva, comp. Problemas Públicos y Agenda de Gobierno. Vol. 3. México.

COMANDUCCI, Paolo, Constitucionalización y nuevo constitucionalismo, en Miguel Carbonell, Editorial El Canon Neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

DIEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1985.

GARCIA, Ernesto y GARNICA, Trevijano El silencio administrativo en el Derecho español, Editorial Civitas, S.A., 1990.

GARRIDO Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo , Volumen I (Parte General), Editorial Tecnos S.A., Madrid, 2010

GOMEZ Puente, Marcos, Responsabilidad por inactividad de la Administración, Revista Documentación Administrativa, n° 237-238 (enero-junio 1994), INAP, Madrid

GONZALEZ, Ballar Rafael, Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley General de la Administración Pública”, Revista de Ciencias Jurídicas No. 53, Mayo-Agosto 1985.

GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos del Derecho Administrativo

GARCIA DE ENTRERRÍA, Eduardo y **FERNÁNDEZ**, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, I, quinta edición, Madrid, Civitas, 1991.

MORA Caicedo, Esteban; RIVERA Martínez, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Grupo Editorial Leyer, Colombia, 2000

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2003.

SECAIRA, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, 2004.

SOTELO DE ANDREU, Mirta G., “El silencio de la Administración,” en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998.

STIFEL Lawrence, Educational and Training for Public Sector Management in Developing Countries, Estados Unidos de Norteamérica, The Rockefeller Foundation, 1977.

ZARINA, Juan Helio, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

ALONSO Más, María José. El silencio administrativo y su problemática, Editorial Tirant Guillén Pérez, María Eugenia.

CIENFUEGOS, David. El derecho de petición en América Latina, Argentina, Editorial Casibud, 2000

CORDERO Ordoñez, Patricia. El silencio administrativo, Corporación Editorial El Conejo, Ecuador, 2009.

GONZÁLEZ Pérez, Jesús. "Derecho Administrativo". Editorial Temis, Madrid, 1996.

GUILLÉN Pérez, María Eugenia. El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa, Editorial Colex, Madrid, 1997

LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá. 1984

NAVA Negrete, Alfonso. Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 1991.

PAREJA, Armando, Doctrina SB-2000-001 El Silencio Administrativo, Ecuador, 2000.

PAREJO Alfonso, Luciano. El silencio en la actividad de la Administración Pública, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2011.

PACHÓN, Carlos. Diccionario de la Administración Pública Colombiana, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999.

PÉREZ, Efraín. Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, 2009.

PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo, Ediciones Librería El Profesional, Quinta Edición, Bogotá, 1999.

ROJAS Franco, Enrique. Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Ediles S.A., Ecuador, 2000.

NORMATIVA

Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Declaración Universal de los Derechos Humanos, publicada en el Registro Auténtico No. 1948 de 10 de diciembre de 1948

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002

SENTENCIAS Y PUBLICACIONES

Resolución No. 271 de 28 de octubre de 2003, expedida por la entonces Corte Suprema de Justicia y publicada en el Registro Oficial No. 249 de 12 de enero del 2004.

Sentencia T-259 del año 2004 , en el trámite de la acción de tutela iniciada a través de apoderado por Guillermo Pacheco Pacheco contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Plato (Magdalena), llevado por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 17 de marzo de 2004.

Sentencia T-377 del año 2000, en el trámite Acción de tutela instaurada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza S.A." contra el Juzgado 19 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, llevado por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 3 de abril del 2000.

Sentencia del 10 de diciembre de 1997 emitida frente a los recursos de casación planteados por los señores Ministro de Energía y Minas y Gerente de la Empresa de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador PETROCOMERCIAL respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital Nº 1 de lo contencioso administrativo el 11 de junio de 1996, en el juicio seguido por Andrea Menozzi, representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR, contra los recurrentes y contra el Procurador General del Estado. Gaceta Judicial, año XCVII, serie 16, Nº 10, p. 2716.

GARCIA Amado, Juan Antonio, Controles descontrolados y precedentes sin precedentes. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, en "Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional", Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

PÁGINAS WEB

www.corteconstitucional.gov.co

www.enciclopedia-juridica.biz14.com

www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/

www.derecho-administrativo.com/2013/09/consecuencias-incumplimiento-obligacion-resolver-silencio-administrativo-caducidad.html

www.raejurisprudencia.com.pe

www.oas.org/juridico/spanish

www.unav.es/adi/UserFiles/File/80962523

www.economia48.com/spa/d/administracion-publica/administracion-publica.htm

http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_3_administracin_pblica_y_administracin_privada.html

ANEXOS

ANEXO No. 1

Juicio No. 450-2000, que en casación y por silencio administrativo siguió Luis Serrano Figueroa en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil.

RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 26 de marzo de 2001; las 11h30.

VISTOS (450-00): El Dr. Luis Serrano Figueroa deduce recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo en el juicio que sigue el recurrente en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil; sentencia en la cual se declara sin lugar la demanda. Pretende el recurrente que en la sentencia impugnada se han infringido las disposiciones de los artículos 119, 121 y 278 del Código de Procedimiento Civil, infracciones que han configurado las causales 3 y 5 de las enumeradas por el Art. 3 de la Ley de Casación, señalando que existe aplicación indebida y falta de aplicación de las normas de derecho aplicables a la valoración de la prueba y por cuanto el Tribunal "a quo" expresa en la sentencia decisiones incompatibles y hasta contradictorias. Habiéndose establecido la competencia de la Sala para conocer y resolver el caso sin que haya variado tal presupuesto procesal y una vez que en el caso se ha agotado el trámite establecido por la ley para el recurso de casación es procedente que se dicte sentencia, a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Los artículos a los que se refiere el recurrente en el escrito de interpretación del recurso norman las siguientes materias: el Art. 119 determina que la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. Señalando a continuación que el juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa. En tanto que el Art. 121 preceptúa que sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio. Y finalmente el Art. 278 dispone que en las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueron materia de la resolución, fundándose en la Ley y en los méritos del proceso; y, a falta de Ley, en los principios de justicia universal. Ahora bien, del texto del libelo se aprecia perfectamente que el actor sostiene que habiendo transcurrido el término señalado por la ley (quince días) sin que se hubiera dado contestación a su solicitud presentada al rector de la universidad, por efecto del silencio administrativo positivo ha sido aprobada dicha solicitud de que se extienda a su favor el nombramiento de profesor de la Universidad de Guayaquil: Este planteamiento, sin entrar a considerar si en el caso era procedente o no por cumplir los requisitos elementalmente indispensables, era el único que se podía hacer entratándose de una designación, acto este que en los albores del Estado de Derecho se consideraba como un típico acto de gobierno, pero que conforme se fue perfeccionando el sistema político administrativo, adquirió, sin duda alguna, la categoría de acto administrativo en cuanto la ley estableció condiciones y reglas del desempeño en la mayoría de los casos y naturalmente de manera preferencial entratándose de docentes universitarios. Sin embargo en la designación se sigue observando la existencia de una buena parte de potestad discrecional, cuando tal designación tiene únicamente como antecedente los méritos del designado y no un concurso de oposición en el cual necesariamente se establece quien, debe ser designado para ocupar un puesto vacante. Por consiguiente, tratándose de un cargo respecto del cual no ha habido un concurso de oposición en la única circunstancia en la que surge un derecho del administrado para exigir que se le otorgue un nombramiento, es en la circunstancia de que la autoridad competente para otorgarle no haya contestado la petición de quien ha cumplido todos los requisitos de mérito para ejercer dicha función como consecuencia del efecto positivo del silencio administrativo positivo del Art. 28 de la Ley de Modernización.

SEGUNDO: Pero si bien el indicado artículo, 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. En ningún

órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administradores. 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"; siguiendo el criterio doctrinario actual, Eduardo García de Enterría, con claridad meridiana señala que: "El problema mayor, y prácticamente único, que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por ese medio en los supuestos en que la pretensión, ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. Tres líneas, jurisprudenciales distintas 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 hubiese recaído un acto expreso en ese sentido...; una segunda, más sensible a la legalidad que la seguridad jurídica, consideró, en cambio, que siendo el silencio creación de la ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto al acto 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 las dos anteriores, aceptando, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho..." (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas, octava edición, Madrid, 1997, pp. 589 y 590). La Sala en numerosos fallos ha hecho suya la tercera de tales posiciones doctrinarias, por considerar que en ésta se unen tanto el respeto al principio de seguridad jurídica como al de la legalidad en términos que significan un verdadero ejercicio de la justicia; consecuentemente, estarían exentas de la aprobación por el silencio administrativo positivo todas aquellas que de aprobarse estarían afectadas por un vicio de nulidad absoluta; vicio éste que se refiere a los elementos esenciales del acto administrativo los cuales, conforme enseña la doctrina, son relativos a la competencia, voluntad y forma, y que se hallan concretados en la legislación positiva en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según la cual son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento de acuerdo con la ley cuya resolución se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión de la causa.

TERCERO: Aplicando lo antes señalado tenemos que en el caso a más de los requisitos de mérito que debía llenar el aspirante a ser designado profesor de la Universidad de Guayaquil en la facultad de Ciencias Médicas debía haber merecido la correspondiente petición de su nombramiento por parte del Consejo Directivo de la facultad, obteniendo la designación por parte del organismo competente que es el Consejo Universitario que son las exigencias legales previas, luego de lo cual y sólo entonces, en acatamiento de la resolución de este último organismo, el rector estaba obligado a extender el nombramiento correspondiente, careciendo de competencia para ello mientras no se cumplan estos requisitos previos señalados con anterioridad, así establecido el verdadero alcance jurídico del caso, tenemos que no existe ninguna decisión incompatible ni contradictoria, en afirmar que el solicitante, quien dirigiera su gestión ante el rector, tenía los méritos, esto es las condiciones subjetivas para optar por el cargo, que por sí solos no originaban el derecho a exigir su nombramiento, siendo así que, no habiéndose probado que el Consejo Directivo, aceptando la petición del Consejo de la Facultad resolvió su nombramiento, las acciones dirigidas al rector pretendiendo que extienda el nombramiento respectivo, por la falta antes señalada, carecían de eficacia, ya que no habiendo la designación por el Consejo Universitario el rector era incompetente para extender el respectivo nombramiento; incompetencia ésta que para el caso en que no hubiera sido considerada, hubiera generado un nombramiento afectado de nulidad absoluta; por lo que el silencio administrativo originado en la falta de respuesta a las peticiones del actor por parte del rector no podía alcanzar el efecto de dar origen a la expedición del nombramiento del actor libre de nulidad absoluta.

CUARTO: El razonamiento antes señalado nos demuestra que en la sentencia recurrida no ha existido infracción de las normas del Código de Procedimiento Civil mencionadas en el libelo, ausencia de infracción que en consecuencia torna carente de sustanciación jurídica la casación, razón por la cual, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso interpuesto. En atención a la comunicación No. 1947 de 7 de noviembre de 2000, dirigida por el Director Nacional de Recursos Humanos de la Corte Suprema de Justicia al señor presidente de esta Sala, y de conformidad con lo previsto en el Art. 107 de la Ley Orgánica de la Función

Judicial, para intervenir en la presente causa llámase al secretario titular de la Sala de lo Fiscal de esta Corte Suprema de Justicia. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Drs. José Julio Benítez A. Luis Heredia Moreno.- Marcelo Icaza Ponce (Conjuez Permanente).

ANEXO No. 2

Juicio No. 341-2009, que en casación y por silencio administrativo siguieron José Rodolfo Segovia Machuca y Liduvina Matute Orellana, en sus calidades de Gerente y Presidenta de la Compañía Taxiradio Quinta Chica S.A. en contra del Alcalde del Municipio de Cuenca.

RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 11 de noviembre del 2009, las 15h35.

VISTOS: (378-2007) José Rodolfo Segovia Machuca y Liduvina Matute Orellana, en sus calidades de Gerente y Presidenta de la Compañía Taxiradio Quinta Chica S. A., interponen recurso de casación contra la sentencia dictada el 30 de agosto del 2007 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca dentro del juicio contencioso administrativo propuesto por dichos agraviados contra la Municipalidad del Cantón Cuenca. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 22 de octubre del 2008 por cuanto el recurso de casación, materia del presente análisis, reúne las condiciones de admisibilidad, oportunidad y procedencia lo acepta a trámite por cuanto estima que se violaron las disposiciones constantes en el artículo 23, numerales 16, 17, 18, 19, 20, 26 y 27 de la Constitución Política de la República de aquella época. Agotado el trámite previsto en la Ley de Casación y estando la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- Esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con su actual conformación, avoca conocimiento de la presente causa y se declara competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de lo que dispone el numeral 1ro., del artículo 184 de la Constitución de la República en vigor. En la tramitación de esta se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de trámites, por lo que se declara la validez procesal.

SEGUNDO.- Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, el recurso de casación es de carácter eminentemente extraordinario, formal y restrictivo, calidades que exigen que su fundamentación ha de ser clara, completa y estrictamente apegada a la lógica jurídica y a los principios básicos que regulan la materia; estando el recurrente en la obligación de determinar con absoluta precisión las normas de derecho que considera violadas, al igual que la causal o causales de que trata el artículo 3 de la Ley de Casación; pues en modo alguno la casación constituye una nueva instancia destinada a analizar todos los extremos y pormenores del litigio, sino que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a los estrictos límites a los que se contrae el recurso. Por tanto, para que la casación prospere, es menester que exista la debida correlación entre las normas o precedentes jurisprudenciales obligatorios que el impugnante hubiera llegado a precisar y los enunciados del fallo que él estima contradicen dichos preceptos, vinculando el contenido de estos con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación; sin que baste señalar que el fallo de instancia ha transgredido tal o cual precepto legal y que se halla incurso en una o varias causales de casación; debiendo, además, evidenciar la manera en que la falta de aplicación, la aplicación indebida o la errónea interpretación de las normas que considera violadas han sido determinantes en la decisión del conflicto sometido a conocimiento del Tribunal de instancia.

TERCERO.- Con la finalidad de confrontar la decisión tomada por el Tribunal de instancia con las normas que se dice se han infringido, se hacen las siguientes reflexiones en derecho: Marco Vinicio Puma Guarnan, en su calidad de Gerente de la Cía. Taxiradio Quinta Chica S. A., comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca y dice que luego de haber cumplido con los requisitos legales, el 14 de febrero del 2003, mediante escritura pública se constituyó la Compañía denominada Taxiradio Quinta Chica S. A., cuyo objeto principal es la prestación de servicios de transporte de pasajeros en la ciudad de Cuenca y ocasionalmente fuera de ella; dice además que el 3 de julio del 2003, en consideración a las competencias asumidas por la Municipalidad de Cuenca, mediante convenio de transferencia de funciones del Consejo Nacional de Tránsito, en virtud de lo cual se constituye a la Unidad Municipal de Tránsito y Transporte UMT, como entidad rectora a nivel local. Dice el demandante que amparado en el artículo 23 numeral 15 de la Constitución Política de la República acude a la UMT y solicita el correspondiente permiso de operación para que las unidades de la Cía. Taxiradio Quinta Chica puedan prestar el servicio de pasajeros. Manifiesta que el 29 de julio del

2003, acude a la UMT y se le informa que a esta fecha, aún no existe resolución, motivo por el cual solicita la respectiva certificación de no haber sido atendido oportunamente conforme lo dispone la Ley de Modernización del Estado y que por esta razón ha operado a su favor el silencio administrativo. Dice además que el 30 de julio del 2003 se le notifica mediante oficio de fecha 25 de julio del 2003 la negativa de dicha petición. Expresa el demandante que el 1 de agosto del 2003 interpuso recurso de apelación y nulidad ante el Concejo Cantonal de Cuenca, mismo que no fue atendido oportunamente por lo que amparado en los artículos 23 numeral 15 de la Constitución Política de la República y 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado solicita que ha operado el silencio administrativo positivo respecto de su petición de 3 de julio del 2003.

CUARTO.- El thema decidendum puesto a consideración del Tribunal a quo está referido a los efectos del silencio administrativo, en relación con una petición cursada por Hugo Hernán Brito Vega, en su calidad de Gerente y representante legal de Taxiradio Quinta Chica S. A., el 3 de julio del 2003 al Arq. Marcelo Zúñiga, Director de la Unidad Municipal de Tránsito de Cuenca, tendiente a que dicha entidad conceda a su representada el correspondiente permiso de operación con la finalidad que las unidades de dicha compañía puedan realizar la prestación del servicio público de pasajeros en taxis, que es el objeto social de la constitución empresarial de la compañía del demandante conforme consta de la escritura de constitución otorgada ante el Notario Cuarto del cantón Cuenca el 14 de febrero del 2003, en la que además se encuentra el informe técnico de factibilidad número 062-DT-CPTA de 25 de junio del 2002 por el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay; decisión que es avalada por el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, organismo que dictó resolución favorable para la constitución de la Cía. Taxiradio Quinta Chica S. A., mediante Resolución número 041-CJ-001-2002-CNTTT a lo que se suma la inscripción de las mencionadas resoluciones en el Registro Mercantil y en la Cámara de Comercio de Cuenca. El problema jurídico que se plantea está referido, entonces, a las instituciones del silencio administrativo positivo y a la responsabilidad extra contractual del Estado, por lo que, en primer término conviene que esta Sala inicie por exponer los criterios interpretativos sobre esos temas que, a la fecha, constituyen precedente jurisprudencial obligatorio de conformidad con el segundo inciso del artículo 19 de la Ley de Casación.

QUINTO.- En lo (me respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha señalado reiteradamente: 1) Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador: De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios inconvalidables, no pueden ser ejecutados por ilegítimos. La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presuma legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no han operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido ya solicitada. Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad, de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar. Finalmente, se generan, junto con el silencio administrativo, otros efectos colaterales de origen legal, sobre los que los tribunales distritales deben pronunciarse, pese a que no exista petición alguna al respecto, esto es, sobre las sanciones de orden administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada prevé en el caso de infracciones al derecho de petición. Estas sanciones administrativas son independientes de la responsabilidad que individualmente se atribuya, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes, a los funcionarios públicos, por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionaren al Estado, por falta de diligencia de aquéllos en el ejercicio de sus funciones. 2) Requisitos

materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo: Se ha señalado que para la intervención de los tribunales distritales dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se ha de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto, que se derive del silencio administrativo, debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad. En efecto, sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), expreso o presunto, aún cuando de este se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, un acto administrativo regular del que se desprenden derechos, explícito o presunto, aún cuando se puede sostener que contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los tribunales distritales no puede dar valor a lo que nunca tuvo. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto, evidente, pues no puede exigírsele a los tribunales distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la administración o remedien su torpeza. Tampoco es posible que los tribunales distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les corresponderla a los tribunales distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas que debieron ser revisadas en sede administrativa) que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, de la que se destacan sus fundamentos jurídicos y fácticos. De los primeros, se ha de derivar la cobertura legal para pedir lo que efectivamente se pide. 3) Requisitos formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto regular: En lo que dice relación con los requisitos formales para la intervención de los tribunales distritales en la ejecución de los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, ya desde el 18 de agosto del 2000, fecha de publicación, en el Suplemento del Registro Oficial número 144 del Decreto Ley 2000-1, el instrumento previsto en el ordenamiento jurídico (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada) para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprendan de los actos administrativos presuntos, consistió en el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término. Como, evidentemente, era poco probable que la autoridad omisa emitiera el certificado referido, pese a la prevención de que serla destituida, esta Corte consideró que bastaba, para acudir a los tribunales distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no fuere emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial. De tal forma que quien quiere conseguir, a través de la intervención de los tribunales distritales, una actuación material de la administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según fuere el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar, en el proceso, que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración. Se debe hacer notar que es usual que la administración, en lugar de señalar una fecha en la que venció el término para resolver las peticiones de los administrados, efectúe alegaciones de variada índole; este hecho es

irrelevante a efectos de la constatación del requisito formal, que tiene sentido si se considera que es el medio idóneo para determinar con nitidez la petición respecto de la cual se sostiene, en el proceso, que se ha generado los efectos del silencio administrativo. 4) Competencia, trámite, caducidad del derecho a demandar.- En lo que respecta a la competencia de los tribunales distritales para conocer de las acciones dirigidas a conseguir la ejecución de los actos administrativos presuntos regulares, derivados del silencio de la Administración Pública, aquélla se desprende de los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización. En efecto, el artículo 38 de la Ley de Modernización. En efecto, el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte del a Iniciativa Privada, en la redacción constante en el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483, de 28 de diciembre del 2001, señala: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para inicial cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento de la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa. ". La interpretación de esta norma no ofrece mayor dificultad. En efecto, en razón de la materia, los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos a conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los "actos...producidos por entidades públicas " previstos en la norma. En lo que respecta al sujeto pasivo de la relación jurídico procesal, las acciones de ejecución de actos administrativos presuntos se dirigen contra una institución pública de aquéllas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política, por lo que la aplicación de la norma no ofrece ninguna controversia. En lo que respecta a la competencia en razón del territorio, el artículo 38 ibídem señala que es competente el Tribunal Distrital del domicilio del actor. De manera general, la aplicación de esta norma no tiene por qué suponer dificultades, salvo cuando se trata de una demanda en la que intervienen varios actores, con domicilios distintos. En este caso, el problema, con base en los principios de Economía procesal y concentración, previstos en los artículos 193 y 194 de la Constitución Política, se soluciona con la determinación del domicilio de quien comparece en representación de los actores. No serla lícito, por tanto, entender que la norma limita la posibilidad de que actúen, entender que la norma limita la posibilidad de que actúen, por idéntica causa, con idéntico objeto, sujetos diversos, con domicilios distintos. De tal forma que la competencia del Tribunal Distrital se ha de determinar en función del domicilio del procurador común, en caso de un litis consorcio activo, del procurador judicial o, en general, de quien comparece en representación de los derechos de todos los demandantes, debidamente legitimado. Este criterio es aplicable no sólo en tratándose de acciones de ejecución, en las que se puede considerar equivocadamente, y en aplicación del régimen previsto en el Código de Procedimiento Civil, cierta concurrencia en razón del lugar en que deben ejecutarse los actos administrativos presuntos o cualquier otra, sino en todos los casos en que se requiera aplicar el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, norma que define la competencia atendiendo el territorio. En lo que respecta al trámite, el mismo artículo 38 ibídem señala que el trámite que debe darse a cualquier demanda dirigida contra las instituciones públicas, por actos producidos por ellas, es el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que, aún cuando se trate de una acción de ejecución, el trámite es el mismo aplicable a los recursos subjetivo y objetivo, previstos en la referida Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Finalmente, el asunto de la caducidad del derecho a demandar, esto es, la extinción del derecho de acción en razón del transcurso del tiempo, esta Sala ha señalado que la fecha de inicio a efectos del cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, serla, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. La única excepción a la regla consistirla en la impugnación de un acto administrativo expreso o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si este es meramente declarativo, en cuyo caso se seguirá la regla de caducidad para los actos administrativos notificados o los hechos administrativos, según sea el supuesto, porque la "impugnación" de estos actos o hechos serla, en estricto sentido, la materia de la litis. Finalmente, los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción, referido a un acto administrativo notificado (esto se, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el

caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos. 5) El rol de los sujetos procesales en un proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos: Se ha señalado, adicionalmente, que perfilados los requisitos sustanciales y formales para que el silencio administrativo surta los efectos señalados en la ley y aquellos colaterales, es conveniente abundar sobre el papel de los sujetos principales en el proceso de ejecución del contenido del acto administrativo presunto. En primer lugar, el actor deberá justificar en el proceso, una petición debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, que hubiere cursado a una determinada autoridad administrativa competente para resolver sobre lo solicitado, y el haber efectuado las diligencias en sede administrativa y judicial para obtener el certificado en el que conste el vencimiento del plazo. Las pretensiones del actor, en su demanda, deben ser de orden material y vinculadas indefectiblemente con el contenido del acto administrativo presunto que se espera ejecutar. El demandado, dentro del proceso de ejecución, podrá proponer como defensas y excepciones aquéllas propias de todo proceso de ejecución, esto es, las de orden procesal, las referidas a los requisitos sustanciales y formales antes señalados, o bien, aquéllas relacionadas con las actuaciones de la administración con las que se ha satisfecho las pretensiones del actor. En este aspecto, es fundamental aclarar que el ejercicio del derecho de contradicción del demandado tiene que estar vinculado con la naturaleza del proceso, que es de ejecución, por lo que no tendría sentido plantear como defensas o excepciones los temas que tuvieron que ser dilucidados a través de un acto administrativo explícito que hubiese dado fin al procedimiento administrativo desencadenado a través de la petición del administrado. La prueba, evidentemente, debe estar ligada a los hechos que pueden ser materia de la demanda y de la contestación de la demanda, según queda señalado; una prueba de diversa índole es absolutamente impertinente y debe ser rechazada en cuanto se la solicite, con el objeto de no desnaturalizar el proceso de ejecución. Finalmente el juzgador está en la obligación de: verificar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales descritos precedentemente, como si se tratase de la calificación de un título y una obligación ejecutiva (que no lo son) en un juicio ejecutivo, analizar las defensas y excepciones propuestas por el demandado en relación con el proceso y con la sustancia proceso de ejecución; y, finalmente, ha de arribar a su resolución admitiendo las pretensiones de actuación material del actor o rechazándolas si las encuentra insustentadas en el acto administrativo presunto o si encuentra que alguna de las defensas o excepciones del demandado están fundadas en derecho y en los hechos.

SEXTO.- Los personeros de Taxiradio Quinta Chica S. A., consideran en su impugnación de la sentencia de marras, el hecho de que la Municipalidad no era competente para pronunciarse respecto de su petición fundamental. Más allá del hecho de que la competencia del Concejo Municipal, en virtud de la transferencia de competencias alegada, se encuentra prevista expresamente en la Ley de Régimen Municipal para conocer de todo tipo de reclamación relacionada con sus actos propios. Vale recordar que no es admisible un recurso de casación sobre sentencias dictadas en un proceso de ejecución (artículo 2 de la Ley de Casación), a condición de que efectivamente se haya instaurado legalmente un proceso con esa naturaleza y que el Tribunal a quo efectivamente le haya dado ese tratamiento. Debe notarse, a propósito de este señalamiento, que es usual que los tribunales distritales yerren en la calificación de la naturaleza del procedimiento y que, finalmente, tramiten demandas de ejecución como si se tratase de procesos típicos de conocimiento (recursos subjetivo u objetivo), o bien, le otorguen la naturaleza de un proceso de ejecución a lo que debe ser tratado como un proceso de conocimiento, desentendiendo los criterios vertidos por esta Corte, y expuestos en esta sentencia.

SEPTIMO.- El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado resolvió definitivamente el problema de la competencia de los tribunales contencioso administrativos empleando como punto de conexión principal el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, esto es, cuando una demanda se dirige contra cualquiera de las instituciones públicas, de aquéllas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política, el único Juez competente, sin consideración a la materia, pues, en cualquier caso, el Estado y sus instituciones efectúan sus actividades y generan efectos, directos o indirectos, siempre a través de actos, hechos o contratos, es un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, la doctrina constitucional ecuatoriana establece que un acto de autoridad se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. En la parte considerativa que fundamenta la resolución adoptada por la Unidad de Tránsito y Transporte Terrestre de la Municipalidad de Cuenca que niega la concesión del permiso de operación a la Compañía Taxi radio Quinta Chica S. A., de fecha 25 de julio del 2003, se evidencia una clara contradicción, pues mientras

por un lado se establece la competencia que le concede la Constitución Política de la República, vigente a esa fecha, a la Municipalidad de Cuenca para planificar, organizar y regular el tránsito y el transporte terrestre en la ciudad de Cuenca, por otro lado considera que no puede conceder permisos de operación a compañías cuyo origen es ilegítimo y sin embargo de ello resuelve negar la concesión del permiso de operación a la compañía solicitante. Para la constitución de la empresa se obtuvo el informe favorable del Consejo Nacional de Tránsito, por lo que se presume que la compañía gozaba de las garantías constitucionales relacionadas con la libre empresa, y sus accionistas de las relacionadas con el derecho de asociación, de acceso al trabajo y de igualdad ante la ley. Una vez constituida la empresa no pudo ser objeto de una resolución que atente contra los dos derechos de los accionistas y fomente el monopolio. Hay que destacar que la obligación principal de una Municipalidad es proteger los derechos constitucionales de todos los habitantes de su jurisdicción. Por otra parte y, en virtud de que la ley que rige el procedimiento respecto de los permisos de operación que otorgan los organismos de regulación de tránsito para la prestación del servicio público del transporte, la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, en su artículo 145 determina lo siguiente: "Prohíbese toda forma de monopolio en el servicio de transporte terrestre". El artículo 23, numeral 9 de la Constitución Política de la República vigente a la fecha de la reclamación, protege la libertad de asociación con fines pacíficos, en el numeral 16, la libertad de empresa y en el numeral 18, la libertad de contratación, derechos estos que se encuentran relacionados con la libertad de trabajo, pues en el caso en análisis, es a través de una organización, ya sea cooperativa, ya de compañía, que los trabajadores del transporte pueden ejercer esta actividad, en ejercicio del derecho a asociarse, con fines pacíficos, como es el desarrollo de una actividad y un servicio a la colectividad; y, es a través de la conformación de una verdadera empresa, entendida como agrupación que persigue fines determinados, con una planificación y organización que les permite conseguirlos, así como para la prestación del servicio, pueden realizar determinados actos contractuales, ya con instituciones, ya con personal especializado. De allí que estas actividades que tienen fundamento y protección constitucional se encuentran vulneradas al limitarse la constitución de empresas para la prestación del servicio público de transporte. Por las consideraciones expuestas en este fallo, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, atenta la facultad prevista en el artículo 13 de la Ley de Casación, se casa la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca y se dispone que la Unidad de Tránsito y Transporte Terrestre de Cuenca proceda a conceder el respectivo permiso de operaciones a la Compañía Taxiradio Quinta Chica S. A., por haber operado el silencio administrativo en su favor.- Notifíquese.

f.) Dr. Juan Morales Ordóñez, Juez de la Corte Nacional (Voto Salvado).
f.) Dr. Freddy Ordóñez Bermeo, Juez de la Corte Nacional.
f.) Dr. Manuel Yépez Andrade, Juez de la Corte Nacional.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

VOTO SALVADO DEL DR. JUAN MORALES ORDOÑEZ, JUEZ DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 11 de noviembre del 2009; las 15h35.

VISTOS: (378-07) Los representantes legales de la Compañía Taxi Radio Quinta Chica S. A., José Rodolfo Segovia Machuca y Liduvina Matute Orellana, Gerente y Presidenta, respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo dentro del juicio seguido por dicha compañía en contra de la Municipalidad de Cuenca, interponen recurso de casación alegando que se han infringido varias normas de derecho pues según los recurrentes, se han interpretado erróneamente los numerales 16, 17, 18, 20, 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, habiéndose configurado, a su criterio, la causal primera del articulo 3 de la Ley de Casación. Encontrándose en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que dispone el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República y la Ley de Casación que regula su ejercicio.

SEGUNDO.- En la tramitación del recurso se ha observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal

TERCERO.- Realmente el recurso no requiere mayor análisis, sino más bien, recordar a los recurrentes y especialmente a su abogada, que el recurso de casación es de carácter extraordinario, de estricto cumplimento formal, y por lo tanto el incumplimiento de cualquier requisito que manda la ley de la materia, es motivo de rechazo; tiene como finalidad obtener que el Juez corrija los errores de derecho en los que hubiere incurrido el fallo impugnado, errores que pueden ser "in-judicando" o "in procedendo"; de ahí que al interponerlo, debe hacerse con absoluta precisión, señalando como se ha producido el error, que norma ha sido infringida y determinar la causal en que se funda el recurso. El vicio que acusan los actores es el de errónea interpretación de las normas de derecho señaladas en el escrito que contiene el recurso. Ahora bien es necesario indicar que este vicio o error se produce cuando el Juez equivocadamente al juzgar da un sentido o alcance diverso, diferente al que el legislador ha dado a la norma; cuando, siendo adecuada la norma aplicada por el Juez, sin embargo le ha dado un sentido distinto al que verdaderamente tiene, esto es se le ha entendido y aplicado equivocadamente. Es obvio suponer que para que haya errónea interpretación, requiérese que el Juez se haya referido a la norma, se haya fundamentado en ella y haya hecho de ella una equivocada interpretación en la sentencia; de no haber tal referencia, de no haber el Juez mencionado la norma, mal puede alegarse errónea interpretación de la misma; quizá podrá tratarse más bien de aplicación indebida o falta de aplicación, que son los otros dos casos de vicios determinados por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. CUARTO.- En la especie, los recurrentes alegan errónea interpretación de todas las normas de derecho que señalan como infringidas, más ninguna de ellas han sido mencionadas en la sentencia y por tanto, no pudieron ser erróneamente interpretadas; y conforme al criterio vinculante sostenido por la Sala en muchos casos, por la naturaleza del recurso, no le corresponde a este Tribunal de Casación suplir deficiencias de los recurrentes, mucho menos corregir o enmendar errores. Por estas consideraciones. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se rechaza el recurso de casación interpuesto. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Juan Morales Ordóñez, Juez Nacional.
f.) Dr. Freddy Ordóñez Bermeo, Juez Nacional.
f.) Dr. Manuel Yépez Andrade, Juez Nacional.
f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy miércoles once de noviembre del dos mil nueve, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la nota en relación y sentencia que anteceden al actor, Cía. Taxi Radio Quinta Chica S. A., en el casillero judicial No. 150. No se notifica a los demandados, Municipio de Cuenca y Procurador General del Estado, por cuanto de autos no consta que hayan señalado domicilio judicial para efectos de este recurso.-Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en diez (10) fojas útiles anteceden, son iguales a su original que obran del expediente No. 378-2007, seguido por Cía. Taxi Radio Quinta Chica contra El Municipio de Cuenca, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, 14 de diciembre del 2009.

f.) Secretaria Relatora.

ANEXO No. 3

Caso 3.- Juicio 01-2010, que en casación y por silencio administrativo siguió Macario Idrovo Borja en contra del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 29 de agosto del 2012. - Las 08h33.-

VISTOS: En virtud de que la Jueza y Juez Nacionales que suscribimos esta sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones No. 1 -2012 de 30 de enero del 2012, y No. 4 - 2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó, para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación.- En la tramitación de esta causa se han observado todas las solemnidades inherentes, por lo que se declara la validez procesal. El escrito ingresado por Macario Idrovo Borja agréguese al proceso. Al encontrarse la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- 1.1.- El 4 de noviembre de 2009, a las 10h58, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio por silencio administrativo interpuesto por Macario Idrovo Borja contra el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, emitió sentencia de mayoría y resolvió: “no se acepta la demanda por haberse operado la caducidad”. **1.2**.- De dicha sentencia el actor, Macario Idrovo Borja interpone el recurso extraordinario de casación, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Mediante auto de 29 de junio de 2010, las 10h30, esta Sala admitió a trámite el recurso de casación.-

SEGUNDO.- Doctrinariamente la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error in iudicando in jure, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por "falta de aplicación" (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por "aplicación indebida" de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación" (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entraña "un error de selección"; y, la errónea interpretación equivale a "error del verdadero sentido de la norma". Las tres circunstancias de la causal primera de la Ley de Casación, evidentemente, no podrían producirse simultáneamente respecto a una misma norma legal.

TERCERO.- 3.1.- Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, la argumentación que da el recurrente respecto a sus motivos para alegar la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en supuestos errores sobre juicios de derecho, este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia, sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde en lo fundamental no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, respetando en todo caso, los hechos que se establecieron en el fallo recurrido; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina, ante todo con un matiz acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir, por un parte, que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y lograr, por otra, mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social. **3.2.**- El

recurrente fundamenta su recurso en el numeral 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto considera que el Tribunal realiza una errónea interpretación del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.- Esto obliga a este Tribunal, dentro de una correcta técnica de casación, a fijar cuál es realmente el tema decissum, que en este caso se concentra en saber si ha operado la caducidad de la acción del actor para interponer la demanda por silencio administrativo, lo que en general sería: ¿Si la demanda para la ejecución del silencio administrativo se debe interponer conforme el inciso primero del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa; o, dentro del plazo previsto en la parte final del inciso segundo del mencionado artículo?.- El Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa establece: Art. 65.-El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.- En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.- 3.3.- El recurrente en su escrito señala: "En este marco, la sentencia con voto de mayoría dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de cuenca (sic), únicamente expresa que 'Desde esta perspectiva, la demanda fue interpuesta extemporáneamente, al margen del término que concede la Ley especial, es decir cuando el derecho a demandar en sede judicial ha caducado...', asimilando como si se tratar (sic) de una acto expreso de los que señala expresamente el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa (sic) Administrativa, las garantías constitucionales de los ciudadanos y el elemental derecho de petición, consagrado en la Carta fundamental del Ecuador". 3.4.-El Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 3, en su fallo expresa: Todo lo dicho es a propósito de que el silencio administrativo positivo es un acto administrativo presunto y como tal tiene las características de cualquier otro acto administrativo generado por una de las instituciones del Estado, sin gozar de ninguna prerrogativa y tiene que someterse a lo que la ley rectora de esta jurisdicción ordena, esto es, al art. 65 que dispone que los recursos subjetivos son válidos si se interpone dentro de los noventa días que concede la ley y para los actos administrativos presuntos debe agregarse el término de 15 días que concede el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, como así enseña la jurisprudencia.

CUARTO.- 4.1.- La doctrina, en su gran mayoría, se alinea en el sentido que el silencio administrativo no es un acto administrativo, pues precisamente no cumple con ninguno de los requisitos que él requiere, careciendo en primer término del elemento esencial que es la voluntad de producir derechos u obligaciones, el silencio administrativo corresponde a una omisión, a una inacción, por tanto, no puede reflejarse en aquello esa intención. El acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es elemento esencial una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos, por el contrario, el silencio administrativo se produce cuando la Administración se abstiene de expresar una declaración, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo, vago y equívoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión volitiva alguna. Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas. *(Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007, pág. 231)* – **4.2.**- Las consecuencias jurídicas del silencio de la administración están en la ley, por ese motivo cada legislación podrá establecer diferentes consecuencias, ya sea que el silencio administrativo se entienda como la negativa a la petición formulada; o, que al contrario, se pueda entender como atendida favorablemente. Formalmente, la falta de respuesta, el silencio de la Administración, frente a una petición o un recurso no es un acto, sino un hecho jurídico, pues falta la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, como es propio de los actos expresos. El silencio es el comportamiento del que no manifiesta ninguna voluntad; *"qui tacet neque negat, neque utique facetur"*. *(Parada, Ramón, Derecho Administrativo I, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 117).* Sin embargo, por los efectos que la ley contempla como consecuencia de la inacción administrativa, la doctrina tiende a distinguir, entre actos expresos o presuntos, dentro de los últimos estaría ubicado el silencio administrativo, sin que esta distinción haya zanjado las discusiones al respecto, pero se la considera como útil y necesaria con el fin de configurar los efectos del silencio administrativo, pues solo otorgándole la denominación de acto administrativo, aunque sea presunto, se le pueden entregar los privilegios de todo acto administrativo, esto es, la legitimidad y la ejecutoriedad.- **4.3.**- Lo antes expuesto sin duda, es una novedad para el ordenamiento procesal administrativo ecuatoriano que contemplaba fundamentalmente la impugnación del acto administrativo, incluso la del acto administrativo presunto que por silencio administrativo se entendía negado. El giro que se da a este tema con la Ley de

Modernización del Estado no se armonizó con la normativa procesal. Uno de los principales problemas que presenta el actual régimen jurídico del silencio administrativo en el Ecuador es la posibilidad práctica de ejercer lo ganado por ministerio de la ley... Esta situación ha sido observada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha establecido que lo ganado por silencio administrativo comporta un "derecho autónomo" nacido de la ley, que no puede desconocerse por una resolución expresa tardía de sentido contrario, lo que da lugar a un "accionar procesal autónomo", esto es, a un proceso de ejecución. Efectivamente, la Jurisprudencia ecuatoriana ya ha establecido precedente al respecto, basta citar la Resolución No. 245 - 09, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial No. 100, de 14 de diciembre de 2010, que en la parte pertinente al respecto establece: Para resolver la acusación de los recurrentes, es preciso considerar el término de caducidad previsto en el artículo 65 de la Lev de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la luz del régimen jurídico que regula el silencio administrativo, institución jurídica alegada por las actoras. Es conveniente recordar que en materia de silencio administrativo, esta Sala se ha pronunciado, en múltiples ocasiones, (entre otras las Resoluciones 180-2009. de 28 de abril del 2009, en el juicio 480 -06 de Chávez c. CTG: 134-2009, de 29 de abril del 2009, en el juicio 173-06 de Grueso c. Ministerio de Salud; 91 -2009 de 7 de abril del 2009, en el juicio 464 - 06 de Proaño c. 1ESS; 480 - 2007, de 30 de noviembre del 2007, en el juicio 121- 06 de Sosa Ocampo c. Dirección Nacional de Cooperativas; 406- 2007, de 16 de noviembre del 2007, en el juicio 71 -05, López Yúnez c. Presidente de la República; 414 -2007, de 2 de octubre del 2007, expedida en el juicio 19 - 05, Hermida Moreira c. Municipalidad de Cuenca: 378 -2006, de 30 de noviembre del 2006, expedida en el juicio 37 - 04, *Brito Albuja c. Estado Ecuatoriano)*. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es una norma jurídica útil a fin de fijar la oportunidad para acudir ante la Función Judicial a efectos de hacer valer los derechos presuntamente vulnerados por hechos o actos de la Administración: de allí que la caducidad del derecho a demandar (ejercicio del derecho de acción) no tiene nada que ver con la extinción (por prescripción o caducidad) de los derechos o potestades que se discuten en el proceso, una vez, que éste se ha instaurado válidamente. Esta Sala ha señalado que la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. Los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de noventa días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (esto es, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo; y. cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos. En consecuencia, en este aspecto el Tribunal A quo aplicó indebidamente la norma que determina el término de extinción para accionar, que en este caso se debe calcular desde que se produjo el acto administrativo presunto hasta la presentación de la demanda el 19 de noviembre del 2004 (fs. 11 vta.) período en el que no había transcurrido los cinco años, término previsto en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que da mérito a que esta Sala case la sentencia en atención a la facultad prevista en el artículo 16 de la Ley de Casación.- En el presente caso, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 3, si bien ha aplicado la norma correcta, no le ha dado el alcance apropiado al texto del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, al haber resuelto que es de noventa días (más 15 previstos por el Art. 28 de la Ley de Modernización) la caducidad para pedir que se ejecute lo aceptado por silencio administrativo, cuando lo adecuado para ese caso es que la caducidad opera en cinco años. Así lo señaló, en forma apropiada, el Voto Salvado a la sentencia recurrida, que concuerda con el criterio de este Tribunal.- Finalmente, conforme la doctrina y la jurisprudencia corresponde verificar si lo que se solicitó fue ante autoridad competente, es posible y es lícito, en cuanto no contraviene norma alguna; en la especie el informe solicitado por el recurrente, está previsto en la ley, por lo que no puede ser ilícito, es posible y ha sido pedido a la autoridad competente.- Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más consideraciones, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** 1) Acepta el recurso de casación interpuesto, y por tanto casa, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la sentencia de mayoría de 4 de noviembre de 2009, las 10h58, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, dentro del juicio por silencio administrativo interpuesto por Macario Idrovo Borja contra el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre.- 2) En consecuencia, se acepta la demanda y se

tenga por emitido el informe del organismo de regulación de tránsito competente, de tal forma que pueda seguir con el trámite pertinente.- Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

ff) Drs. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Ximena Vintimilla Moscoso, Álvaro Ojeda Hidalgo, Juezas y Juez Nacionales.-

Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.-

ANEXO No. 4

Expediente No. 0168-2009-RA, referente a la causa que siguió Luis Alvarito Ochoa Castro, Gerente General de la Compañía Agua Marina Cía. Ltda. en contra del IESS.

JUEZ PONENTE: Doctor Alfonso Luz Yunes

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN.- SALA DE ADMISIÓN.- Quito D.M., 09 de agosto de 2010, a las 15h58.- Vistos: De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 y las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 2010 y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria de 18 de mayo de 2010, la Sala de Admisión conformada por los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes y Manuel Viteri Olvera, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la **causa No. 0680-10-EP,** relacionada con la ***acción extraordinaria de protección*** presentada por los doctores **Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado y, doctor Andrés Chávez Peñaherrera, Subscretario Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, delegado del Ministro de esa Cartera de Estado,** en contra de la sentencia emitida el 22 de abril de 2010, a las 09h00, por los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, la misma que rechazó los recursos de casación interpuestos a nombre de las Entidades que representan, dentro del juicio No. 356-07 planteado en su contra por el doctor Manuel Rosales Cárdenas, exigiendo el pago de honorarios profesionales, como consecuencia del silencio administrativo del Ministerio demandado. En lo principal, el Delegado de la Procuraduría General del Estado sostiene que la sentencia impugnada vulnera los derechos a la tutela efectiva e imparcial (artículo 76); al debido proceso y a la defensa, en particular, las garantías previstas en los números 1, 3, 7 (letras a), k) y l)) del artículo 76 de la Constitución, pues de manera infundada se ha determinado que "…*el juicio verbal sumario por pago de honorarios, incoado por el demandante, es un juicio de ejecución".* Que procesalmente, las causas que se sustancian por la vía verbal sumaria y ordinaria son de conocimiento, sin embargo, los jueces cuestionados aplicaron incorrectamente el principio de analogía al artículo 862 del Código de Procedimiento Civil. Que al parecer la Sala casacional confundió los procesos de ejecución con los de conocimiento de instancia única, como son los juicios verbal sumarios por honorarios profesionales y los contenciosos administrativos, salvo aquellos que son para ejecutar el silencio administrativo. Que el juicio incoado por el demandante no fue de ejecución de silencio administrativo ni verbal sumario porque el propio demandante manifestó que planteaba recurso subjetivo o de plena jurisdicción. Que, contrariando la naturaleza extraordinaria, formal y rigurosa del recurso de casación, la Sala Nacional de Casación procedió a analizar, de manera oficiosa varias disposiciones del Código Civil para encasillar el contrato de servicios de los profesionales del derecho en el contrato de mandato. Expresa finalmente que esta Corte: "… *al analizar los fundamentos expuestos en esta acción extraordinaria de protección y en la demanda del doctor Manuel Rosales Cárdenas, dictará sentencia desestimatoria".* Por su parte, el Subsecretario del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable manifiesta: Que se han vulnerado los derechos al debido proceso y seguridad jurídica, consagrados en los artículos 11, número 5; 75;76, números 1, 3 y 7 letras k) y l); y, 82 de la Constitución; Que los juzgadores rechazaron los recursos de casación respaldados en la mera transcripción de varias disposiciones legales, inaplicables a los antecedentes de hecho que fueron objeto de la acción propuesta por el doctor Manuel Rosales Cárdenas. Que los jueces de casación y el Tribunal a quo actuaron sin competencia al conocer un reclamo de pago de honorarios profesionales que debía ser exigido en la justicia ordinaria, por la vía civil y no por la contenciosa administrativa. Que, la demanda del doctor Manuel Rosales se sustentó en el silencio administrativo que a su criterio se había producido ante la falta de respuesta del Ministerio de Energía y Minas, a un reclamo administrativo presentado por el actor exigiendo el pago de exorbitantes honorarios profesionales. Que, en todo caso, el derecho del actor para demandar la ejecución del silencio administrativo positivo, había fenecido a la fecha de la presentación de la demanda, pues había transcurrido en exceso el término establecido en el Artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Que, no solo estaba caducado el derecho a demandar por la vía contenciosa, sino además, había prescrito la acción que correspondía para exigir el pago de honorarios profesionales en la jurisdicción ordinaria, según lo dispuesto en el artículo 2421 del Código Civil. Por estas y otras consideraciones solicita dejar sin efecto

la sentencia impugnada; disponiéndose como medida cautelar la suspensión inmediata de la ejecución de la sentencia impugnada. En lo principal, se considera:

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional ha certificado que la presente causa tiene identidad con el caso No. 0700-10-EP.

SEGUNDO.- El artículo 10 de la Constitución establece que *"las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales".* El numeral 1 del artículo 86 ibídem señala que *"Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución",* adicionalmente, en el artículo 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse *"contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución".*

TERCERO.- El artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 94 de Constitución, establece que: "*La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución".*

CUARTO.- Los artículos 61 y 62 ibídem, prevén los requisitos formales y de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. Esta Sala considera que en aplicación de las normas referidas en los considerandos anteriores, las demandas presentadas dentro de esta acción extraordinaria de protección reúnen los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda previstos en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se **ADMITE** a trámite la acción de protección No. 0680-10-EP. El pedido de medida cautelar se lo rechaza por improcedente. Procédase al sorteo correspondiente para la sustanciación de la presente acción.- **NOTIFÍQUESE.-**

ff) Doctores Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera, Jueces Constitucionales

LO CERTIFICO.- Quito D.D., 09 de agosto de 2010, a las 15h58
f) doctor Arturo Larrea Jijón, Secretario de la Sala de Admisión

VOTO SALVADO: Doctor Manuel Viteri Olvera

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN.- SALA DE ADMISIÓN.- Quito D.M., 09 de agosto de 2010, a las 15h58.- Vistos: De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 y las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 2010 y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria de 18 de mayo de 2010, la Sala de Admisión conformada por los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes y Manuel Viteri Olvera, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la **causa No. 0680-10-EP,** relacionada con la ***acción extraordinaria de protección*** presentada por los doctores **Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado y, doctor Andrés Chávez Peñaherrera, Subscretario Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, delegado del Ministro de esa Cartera de Estado,** en contra de la sentencia emitida el 22 de abril de 2010, a las 09h00, por los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, la misma que rechazó los recursos de casación interpuestos a nombre de las Entidades que representan, dentro del juicio No. 356-07 planteado en su contra por el doctor Manuel Rosales Cárdenas, exigiendo

el pago de honorarios profesionales, como consecuencia del silencio administrativo del Ministerio demandado. En lo principal, el Delegado de la Procuraduría General del Estado sostiene que la sentencia impugnada vulnera los derechos a la tutela efectiva e imparcial (artículo 76); al debido proceso y a la defensa, en particular, las garantías previstas en los números 1, 3, 7 (letras a), k) y l)) del artículo 76 de la Constitución, pues de manera infundada se ha determinado que "…*el juicio verbal sumario por pago de honorarios, incoado por el demandante, es un juicio de ejecución".* Que procesalmente, las causas que se sustancian por la vía verbal sumaria y ordinaria son de conocimiento, sin embargo, los jueces cuestionados aplicaron incorrectamente el principio de analogía al artículo 862 del Código de Procedimiento Civil. Que al parecer la Sala casacional confundió los procesos de ejecución con los de conocimiento de instancia única, como son los juicios verbal sumarios por honorarios profesionales y los contenciosos administrativos, salvo aquellos que son para ejecutar el silencio administrativo. Que el juicio incoado por el demandante no fue de ejecución de silencio administrativo ni verbal sumario porque el propio demandante manifestó que planteaba recurso subjetivo o de plena jurisdicción. Que, contrariando la naturaleza extraordinaria, formal y rigurosa del recurso de casación, la Sala Nacional de Casación procedió a analizar, de manera oficiosa varias disposiciones del Código Civil para encasillar el contrato de servicios de los profesionales del derecho en el contrato de mandato. Expresa finalmente que esta Corte: "… *al analizar los fundamentos expuestos en esta acción extraordinaria de protección y en la demanda del doctor Manuel Rosales Cárdenas, dictará sentencia desestimatoria".* Por su parte, el Subsecretario del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable manifiesta: Que se han vulnerado los derechos al debido proceso y seguridad jurídica, consagrados en los artículos 11, número 5; 75;76, números 1, 3 y 7 letras k) y l); y, 82 de la Constitución; Que los juzgadores rechazaron los recursos de casación respaldados en la mera transcripción de varias disposiciones legales, inaplicables a los antecedentes de hecho que fueron objeto de la acción propuesta por el doctor Manuel Rosales Cárdenas. Que los jueces de casación y el Tribunal a quo actuaron sin competencia al conocer un reclamo de pago de honorarios profesionales que debía ser exigido en la justicia ordinaria, por la vía civil y no por la contenciosa administrativa. Que, la demanda del doctor Manuel Rosales se sustentó en el silencio administrativo que a su criterio se había producido ante la falta de respuesta del Ministerio de Energía y Minas, a un reclamo administrativo presentado por el actor exigiendo el pago de exorbitantes honorarios profesionales. Que, en todo caso, el derecho del actor para demandar la ejecución del silencio administrativo positivo, había fenecido a la fecha de la presentación de la demanda, pues había transcurrido en exceso el término establecido en el Artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Que, no solo estaba caducado el derecho a demandar por la vía contenciosa, sino además, había prescrito la acción que correspondía para exigir el pago de honorarios profesionales en la jurisdicción ordinaria, según lo dispuesto en el artículo 2421 del Código Civil. Por estas y otras consideraciones solicita dejar sin efecto la sentencia impugnada; disponiéndose como medida cautelar la suspensión inmediata de la ejecución de la sentencia impugnada. En lo principal, se considera:

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional ha certificado que la presente causa tiene identidad con el caso No. 0700-10-EP.

SEGUNDO.- El artículo 10 de la Constitución establece que *"las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales".* El numeral 1 del artículo 86 ibídem señala que *"Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución",* adicionalmente, en el artículo 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse *"contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia*. *Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución".*

TERCERO.- El artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 94 de Constitución, establece que: "*La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución".*

CUARTO.- Esta Sala considera que los accionantes pretenden a través de esta acción que la Corte Constitucional realice una nueva valoración procesal de la resolución de los Jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia bajo la consideración de lo injusto y equivocado de las resoluciones emitidas por la jurisdicción ordinaria y que ya fueron ventilados en esta vía, por ende no existe sustento para ejercer esta acción que es de carácter excepcional. Además se verifica que no existe la presencia de los presupuestos establecidos en el artículo 62 numerales 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para l procedencia de la presente acción. En tal virtud, la pretensión jurídica no se ajusta a los requisitos de la acción extraordinaria de protección. Por lo expuesto, esta Sala en aplicación de las normas citadas anteriormente, **INADMITE** a trámite la acción extraordinaria de protección Nro. 0680-10-EP y dispone el archivo de la causa.- Devuélvase el proceso al juez de origen **NOTIFÍQUESE.-**

f) Dr. Manuel Viteri Olvera JUEZ CONSTITUCIONAL

ANEXO No. 5

Acción extraordinaria de protección No. 0680-10-EP, presentada por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en contra de la sentencia de la Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Nacional.

Resolución de la Corte Constitucional 168
SEGUNDA SALA
No. 0168-2009-RA

Juez Constitucional Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

ANTECEDENTES:

Luís Alvarito Ochoa Castro, Gerente General de la Compañía Agua Marina Cía. Ltda., propone acción de amparo en el Juzgado Segundo de lo Civil de Machala, fundamentado en el Art. 95 de la Constitución Política de la República, Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, contra el Lcdo. Helmer Ubaldo Gallardo Asanza, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro y la Ing. Mercy del Pilar Loayza Maldonado, Subdirectora de Servicios del Asegurado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro; en lo principal el accionante manifiesta que el 2 de enero del 2008, Rafael Chacha Cuenca compareció ante la Ing. Mercy del Pilar Loayza Maldonado, Subdirectora de Servicios del Asegurado del IESS de El Oro, para hacerle conocer que había laborado para la representada del recurrente desde el 19 de septiembre de 1983 hasta el 13 de octubre de 1994, y que durante dicho tiempo no se le había cancelado sus ingresos con las respectivas aportaciones al IESS; por lo cual su representada fue notificada el 23 de enero del 2008 con la glosa No. 28100250 emitida el 18 de abril del 2008 por la suma de USD. 19.887,97; por lo que presentó un escrito de contestación, impugnación y petición el 29 de abril del 2008 para solicitar a nombre de su representada se deje sin efecto la glosa levantada por los hechos denunciados por Rafael Chacha Cuenca, y además para que se amplíe dicho informe. Que, el 30 de abril del 2008 volvió a comparecer ante la Subdirectora de Servicios del Asegurado del IESS de El Oro, para adjuntar documentación de descargo a los argumentos esgrimidos por Rafael Chacha Cuenca en la denuncia presentada en el IESS de El Oro contra su representada. Que, el 4 de junio del 2008 solicitó que por no haber tenido respuesta alguna aceptando o negando lo solicitado de los escritos antes presentados, se de cumplimiento al Silencio Administrativo de conformidad con el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, trayendo como consecuencia que las peticiones formuladas a nombre de su representada se debería entender que han sido resueltas favorablemente. Que, tampoco obtuvo respuesta alguna del escrito presentado el 4 de junio del 2008, pero con fecha 28 de mayo del 2008 consta un acta signada con el No. 53-2008 de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS de Loja suscrita por el Dr. Carlos Bustamante Bustamante, Secretario AD-HOC de la CPPC-L, mediante la cual se confirma que ha operado el silencio administrativo. Que se han violado los Arts. 23 numerales 26 y 27; y 24 numeral 10 de la Constitución Política de la República; y, solicita que se declare que ha operado el silencio administrativo y en tal virtud se conmine al Lcdo. Helmer Ubaldo Gallardo Asanza, Director Provincial del IESS de El Oro y a la Ing. Merey del Pilar Loayza Maldonado, Subdirectora de Servicios del Asegurado del IESS de El Oro que emitan una certificación para demostrar que el silencio administrativo ha operado favorablemente. A la Audiencia Pública realizada el 9 de septiembre del 2008 comparece el Ab. José Arce García acompañado de Luís Alvarito Ochoa Castro, Gerente General de la Compañía Agua Marina Cía. Ltda.; y manifiesta que se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en su demanda. Comparece el Dr. Julio Rodrigo Tandazo Tacuri a nombre y representación del Lcdo. Helmer Ubaldo Gallardo Asanza, Director Provincial del IESS de El Oro y de la Ing. Merey del Pilar Loayza Maldonado, Subdirectora de Servicios del Asegurado del IESS de El Oro; y manifiesta que el recurrente ha presentado otra Acción de Amparo por la misma causa en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de El Oro, razón por la cual la presente acción se torna improcedente. Que, la presente acción no reúne los requisitos establecidos en el Art.95 de la Constitución Política de la República, ni en el Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. El 23 de septiembre del 2008, el Juez Segundo de lo Civil de Machala resuelve aceptar el recurso de amparo formulado, decisión que es apelada ante esta Corte. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor para resolver, se realizan las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la resolución del Pleno de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDA.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso por lo que se declara su validez.

TERCERA.- Es pretensión del accionante se declare que ha operado el silencio administrativo y en tal virtud se conmine al Lcdo. Helmer Ubaldo Gallardo Asanza, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro y a la Ing. Merey del Pilar Loayza Maldonado, Subdirectora de Servicios del Asegurado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro que emitan una certificación para demostrar que el silencio administrativo ha operado favorablemente.

CUARTA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

QUINTA: La Segunda Sala advierte que ya se ha pronunciado al respecto dentro del caso Nro. 0601-08-RA, en el sentido de que según la doctrina entre los principios que tipifican el procedimiento administrativo están el de la rapidez, simplicidad y economía en los trámites administrativos, especialmente ante entes públicos, los que deben caracterizarse por el informalismo a favor del administrado, y en lo fundamental garantizar un debido proceso. La rapidez o eficiencia procesal se traduce en una administración "propiamente ejecutiva" y en un administrado satisfecho en sus "derechos e intereses, en tiempo y forma, sin demoras ni dilaciones". El proceso hacia la conclusión del procedimiento administrativo bien puede provenir de forma "normal" cuando concluye en un acto administrativo expreso a través de una resolución de fondo; y proviene de una terminación anormal o irregular cuando la conclusión del trámite no proviene de un acto expreso - resolutivo de la cuestión "sino de casos legalmente asimilados (silencio administrativo) o de hechos o actos del administrado interviniente (caducidad, desistimiento, etc.). El silencio administrativo tiene lugar corno consecuencia de la inactividad y pasividad de la Administración, que "con su inercia no expide en tiempo y forma las peticiones formuladas., por lo que, por vía legal y presuntiva se equipara la omisión a la resolución tácita denegatoria". El silencio positivo es un medio de protección jurídica frente a la mora, retardo o inactividad o silencio de la Administración.

SEXTA.- La Sala precisa que el accionante al señalar que ha operado el silencio administrativo, el cual se trata de una técnica ideada para dar solución a la situación de desprotección o indefensión en que puede hallarse un administrado cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión por él deducida. En efecto, la carga que pesa sobre la Administración Pública de dictar resolución o de emitir el pertinente acto administrativo, resultaría ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para exigir su cumplimiento. El Silencio Administrativo, su origen o razón de ser responde a la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo, cuando la administración no cumple con su deber de responder la petición del administrado. Bajo esta premisa de "tutela jurídica" de la administración se estableció el silencio administrativo negativo, esto es que, si en cierto tiempo el administrado no ha recibido respuesta, tal respuesta es negativa a su pedido, por lo que le queda expedita la vía de la impugnación, que de no ciarse el silencio negativo, generaría la indefensión del administrado ante la indolencia de la administración. Así planteado no se trata de un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino lo contrario, vale decir la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, ante lo cual no es admisible proceso interpretativo alguno destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente. En virtud, de ser el administrado, la parte débil en la relación jurídica, se ha desarrollado el concepto del silencio administrativo positivo, este, además de garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de impugnación, le da una solución efectiva a la petición realizada a la administración, garantizando de esta manera el cumplimiento de derecho de petición del administrado. Por su parte el silencio administrativo que puede denominarse positivo, es por ende un verdadero acto administrativo, ya que no permite a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instadas. La

Constitución de 1998 en el Art. 23 num. 15 y la Constitución de la República de 2008 en el Art. 66 num. 23 reconoce el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones a las, autoridades, y a recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado; en concordancia con aquello el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, establece los plazos y condiciones en los cuales opera el silencio administrativo en donde se determina todo un procedimiento para ello. De lo señalado deviene que el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en los términos señalados, es un derecho autónomo, que conforme lo señala la doctrina, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución; por lo cual, la invocación que hace el accionante de tal silencio administrativo, en el caso no opera. Pronunciamiento ya emitido por esta Sala

SEPTIMA.- De las aseveraciones del accionante en su demanda y de los documentos que obran del proceso se observa que existen las peticiones presentadas ante la señora Subinspectora de Servicios del Asegurado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro, mediante el cual impugnaba el informe y la glosa que se había levantado en contra de su representada; asunto que no le corresponde analizar a esta Sala. Es indiscutible la falta de procedencia de la pretensión del accionante, pues esta se está refiriendo a cuestiones propias del control de la legalidad y de ninguna manera asuntos relativos al control de la constitucionalidad, así la acción de amparo al ser un proceso tutelar de derechos subjetivos constitucionales no se encuentra prevista en la Constitución como un mecanismo para reemplazar procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico y el mismo texto constitucional relativo a las atribuciones propias de los gobiernos seccionales.

OCTAVA.- Para que proceda el amparo constitucional el accionante no sólo debe mencionar que la violación alegada es verdadera o real, sino que se ha violado un derecho constitucional subjetivo del impugnante, causándole daño, lo que no ha ocurrido en este caso, pues el accionante debe seguir el curso de la glosa dictaminada la cual es regida por la Ley y Reglamentos del IESS, no se ha violado ningún derecho establecido en la Constitución. Por tanto no se han cumplido los requisitos de procedibilidad de la presente acción de amparo. Por las consideraciones expuestas, la Segunda Sala en uso de las atribuciones constitucionales,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por el Juez Segundo de lo Civil de El Oro; y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por Luis Alvarito Ochoa Castro; y,

2.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley de Control Constitucional.- NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente (E) Segunda Sala.
f.) Dra. Nina Pacari Vega, Jueza Constitucional Segunda Sala.
f.) Dr. Diego Pazmiño Holguín, Juez Constitucional (S) Segunda Sala.

Razón: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por los señores doctores, Roberto Bhrunis Lemarie, Nina Pacari Vega y Diego Pazmiño Holguín Presidente (e) y Jueces Constitucionales de la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el período de transición; respectivamente, en el Distrito Metropolitano de Quito, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil nueve.-

LO CERTIFICO.

f.) Dr. Mauricio Montalvo Leiva, Secretario Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de la Segunda Sala..

ANEXO No. 6

FORMULARIO DECLARACIÓN JURADA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO

Solicito aplicación del silencio administrativo

Lugar y fecha:
Señores
(indicar el nombre de la entidad pública
(indicar la dirección de la entidad pública)

Quien suscribe

(*indicar apellidos y nombres del solicitante, cédula de identidad/ciudadanía, dirección domiciliaria)*

DECLARO BAJO JURAMENTO

Que con fecha		con número de trámite nº	

Presenté ante su entidad mi solicitud requiriendo lo siguiente: …… …… …… …… …… …… ……

Que habiendo cumplido con los requisitos y/o documentos establecidos para la tramitación del requerimiento citado y una vez transcurrido el término de 15 días establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, no se ha dado trámite, atención o contestación a mi requerimiento, sin habérseme notificado pronunciamiento alguno por parte de su entidad.

En tal sentido presento mi declaración jurada, con la finalidad de hacer valer mi derecho ante vuestra entidad o terceras entidades de la administración pública, constituyendo el cargo de recepción prueba suficiente de la aprobación ficta de mi solicitud o trámite iniciado[33] [34].

Finalmente declaro que la información y documentación que he proporcionado es verdadera y cumple con los requisitos exigidos, en caso contrario, el acto administrativo será nulo de pleno derecho, encontrándome obligado a resarcir los daños ocasionados y a asumir la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Atentamente,

(Firma del declarante)

[33] En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la autoridad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa para el trámite.

[34] Cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales.