



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El Silencio Administrativo en el Ecuador, ¿permite dicho sistema acceder a que los derechos sean efectivizados ante la inactividad de la Administración Pública?

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Rojas Polanco, Piedad Catalina

DIRECTOR: Encarnación Ordoñez, Sandra Jacqueline

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctora

Sandra Jacqueline Encarnación Ordoñez

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “El Silencio Administrativo en el Ecuador, ¿permite dicho sistema acceder a que los derechos sean efectivizados ante la inactividad de la Administración Pública?”, realizado por la abogada Rojas Polanco Piedad Catalina, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, marzo de 2015

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Rojas Polanco Piedad Catalina, declaro ser la autora del presente trabajo de fin de maestría: “El Silencio Administrativo en el Ecuador, ¿permite dicho sistema acceder a que los derechos sean efectivizados ante la inactividad de la Administración Pública?” de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo la doctora Sandra Jacqueline Encarnación Ordoñez, directora 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, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f)

Autora: Rojas Polanco, Piedad Catalina

Cédula de Ciudadanía: 1710012566

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a mi esposo, a mis hijas y a mis padres, por su amor y apoyo incondicional.

Piedad Catalina Rojas Polanco
AUTORA DE LA TESIS

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos quienes forman parte de la comunidad educativa de la Universidad Técnica Particular de Loja, por su compromiso con los estudiantes, mismo que ha contribuido en la consecución de los objetivos trazados durante esta etapa académica.

Piedad Catalina Rojas Polanco

AUTORA DE LA TESIS

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	II
DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I “El Silencio Administrativo”	6
1. Antecedentes Históricos del Silencio Administrativo	7
2. Definiciones de Silencio Administrativo	14
3. El Silencio Administrativo en el Derecho Comparado	20
3.1 Colombia	21
3.2 España	24
3.3 Argentina	25
CAPÍTULO II	27
1. El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana	28
2. El Silencio Administrativo en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada	28

2.1 Generalización de los efectos positivos del silencio administrativo y falta de determinación de los requisitos mínimos que deben cumplir las peticiones para que puedan ser aceptadas por el decurso del tiempo y la consiguiente configuración del silencio administrativo positivo	32
2.2 Negativa de despacho y/o suspensión de la tramitación	35
2.3 Emisión de la certificación del silencio administrativo	38
2.4 Expedición de resoluciones tardías	41
3. Efectos del Silencio Administrativo	42
3.1 Silencio administrativo con efecto negativo	43
3.2 Silencio administrativo positivo	45
4. Características de las peticiones y pretensiones que puedan ser aceptadas tácitamente en virtud de haber operado el Silencio Administrativo	51
5. Análisis de Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en torno a la ejecución de los derechos adquiridos en virtud de haber operado el silencio administrativo	52
CAPÍTULO III	65
1. Proyecto de Reforma a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada	66
2. Verificación de Objetivos	70
3. Contrastación de Hipótesis	72
CONCLUSIONES	74
RECOMENDACIONES	76

BIBLIOGRAFÍA 77

ANEXOS

RESUMEN

La Administración Pública se encuentra obligada constitucional y legalmente a pronunciarse en relación con cualquier petición formulada por los administrados. Frente a la omisión de esta obligación, se ha concebido la necesidad de regular en nuestra legislación un mecanismo que permita a los administrados superar la ineficacia e inoperancia de la Administración Pública; de aquí nace la institución del Silencio Administrativo, figura regulada en nuestra legislación, en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

La Función Judicial ha emitido sendas resoluciones y sentencias relacionadas con esta institución, que han permitido suplir varias falencias constantes en el citada norma, y brindar claridad a la figura del silencio administrativo.

Esta investigación pretende realizar un análisis de la norma planteada, de la doctrina existente en torno al silencio administrativo, de legislación comparada, y de las sentencias y jurisprudencia emitidas, para plantear un proyecto de reforma al artículo 28 de la citada Ley, que procure la protección de los derechos tanto de la Administración como del administrado.

PALABRAS CLAVE: Silencio Administrativo, Jurisprudencia, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, petición.

ABSTRACT

Public administration is obliged constitutional and legally to pronounce in relation to any petition made by the managed. Against the omission of this obligation has been conceived the need to regulate in our legislation a mechanism enabling the managed to overcome the inefficiency and ineffectiveness of the public administration; here was born the institution of administrative silence, a figure that is regulated in our legislation, the article 28 of the Law of Modernization of the State, privatization and provision of public services by the private sector.

The Judicial Function have issued resolutions and sentences related to this institution, that have allowed supplementing several constants in the cited standard laws, and provide clarity to the figure of the administrative silence.

This research aims at an analysis of the proposed standard, existing doctrine around the administrative silence, comparative law, and the judgments and jurisprudence issued, seeking through this thesis work to propose a reform to article 28 of the aforementioned law that ensure the protection of the rights of the Administration and the managed.

KEYWORDS: Administrative Silence, Law of Modernization of the State, privatization and provision of public services by the private sector, petition

INTRODUCCIÓN

El silencio administrativo positivo se encuentra expresamente reconocido en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada; sin embargo, los altos Tribunales y Cortes del Estado ecuatoriano han emitido sendas resoluciones y sentencias relacionadas con esta institución, de las cuales se desprende que la ejecución de esta figura está supeditada a que los administrados planteen la acción correspondiente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Lo dicho, nos lleva a pensar que la omisión de la Administración Pública, que es el antecedente para que opere el silencio administrativo, no permite per se, que los efectos positivos derivados del mismo se hagan efectivos de manera inmediata para el administrado.

Con estos antecedentes, a lo largo de la investigación propuesta, he pretendido determinar si efectivamente el administrado tiene o no la obligación de acudir ante un Tribunal de Justicia para hacer valer el derecho autónomo que se genera en virtud de haber operado el silencio administrativo, y de determinar clara e inequívocamente, en base de lo establecido por los autores de la materia y la jurisprudencia ecuatoriana, qué tipo de pretensiones y peticiones generan los efectos positivos del Silencio Administrativo, con el fin de plantear un proyecto de reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

Esto, en virtud de que es indispensable contar con la normativa suficiente para regular de manera amplia, clara e inequívoca los efectos del Silencio Administrativo y su pertinencia, lo cual permitiría, precautelar los derechos de la Administración y de los administrados.

Por todo lo expuesto se ha considerado de fundamental importancia realizar un estudio acerca de los efectos derivados de la inactividad de la Administración Pública, que permita determinar la pertinencia de una posible reforma de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

El tema abordado forma parte del Derecho Público, y dada la vigencia del mismo, se consideró de fundamental importancia realizar un estudio profundo acerca de la figura del silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en concreto, artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos

por parte de la iniciativa privada. Con el fin de desarrollar el presente trabajo de investigación, me propuse un objetivo general y cuatro objetivos estratégicos, que consisten, el primero, en determinar si el silencio administrativo permite acceder a los derechos que se hacen efectivos ante la inactividad de la Administración Pública; y los otros, analizar la doctrina nacional y extranjera emitida en torno a la institución del Silencio Administrativo Positivo y el derecho de petición, a efecto de lograr un amplio conocimiento sobre sus orígenes, evolución, efectos y forma de hacer efectivo el derecho autónomo que genera; analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo relacionado con el Silencio Administrativo y el derecho de petición; determinar de manera clara e inequívoca las pretensiones que en virtud del Silencio Administrativo deben ser aceptadas tácitamente; y, determinar la manera en la cual se hace efectivo el derecho autónomo que nace el momento en el cual opera el Silencio Administrativo, y de ser el caso proponer una reforma a la Ley de Modernización del Estado. Además,

Además, de manera previa al desarrollo del presente trabajo de investigación, se planteó la siguiente hipótesis: La Ley de Modernización del Estado deberá ser reformada determinando de manera clara qué pretensiones y peticiones pueden ser tácitamente aceptadas sin contrariar el ordenamiento jurídico, determinando inequívocamente cual es el procedimiento que deberán observar los administrados para hacer efectivo el derecho autónomo que surge en caso de operar el silencio administrativo. Cabe precisar que, al final de la presente investigación, se realizará una verificación del cumplimiento de los objetivos propuestos y de la hipótesis planteada.

Para proceder con un análisis coherente y organizado del tema de investigación propuesto, se ha planteado el desarrollo de un esquema, traducido en el índice de contenidos incluido en el presente trabajo, mismo que se resume en tres capítulos. El primero, considera una breve explicación de los orígenes, antecedentes históricos y definiciones de la figura del silencio administrativo; así como un análisis del mismo bajo la óptica del derecho comparado.

En el segundo capítulo, se realizó un análisis del silencio administrativo, al amparo de la legislación ecuatoriana, especialmente, de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, así como sus efectos y las características de las peticiones y pretensiones que pueden ser aceptadas tácitamente en virtud de haber operado el Silencio Administrativo. Además, dentro de este capítulo, se incluye un análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte

Suprema en torno a la ejecución de los derechos adquiridos en virtud de haber operado el silencio administrativo.

Por último, el tercer capítulo del presente trabajo de investigación, desarrolla un proyecto de reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, como consecuencia del análisis efectuado a lo largo del mismo, y de las conclusiones obtenidas en el segundo capítulo.

A efecto de desarrollar el tema de investigación planteado, se procedió en primera instancia a recopilar textos relacionados con la materia, así como sentencias y resoluciones emitidas por los altos tribunales y cortes ecuatorianas, así como normativa existente en relación con el tema planteado.

La información fue procesada aplicando los métodos inductivo, deductivo y analítico.

CAPÍTULO I

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. Antecedentes Históricos del Silencio Administrativo

El silencio administrativo tiene su origen y justificación en el derecho de petición, ya que solo a partir del ejercicio de este derecho, se configura esta institución; en tal virtud, considero de trascendental importancia, hacer un breve análisis del mismo, de manera previa a abordar el tema principal de este trabajo.

El derecho de las personas a dirigir peticiones, a decir del catedrático José Bartra Cavero, en su texto “El Derecho de Petición”, no es otorgado por la democracia, ya que el mismo ha sido aceptado desde tiempos inmemorables, e incluso en regímenes totalitarios; sin embargo, en el siglo XVIII, cuando reinaban en Europa los regímenes absolutistas, la presentación de peticiones, era considerada como una injerencia ilícita de los súbditos en la jurisdicción de las autoridades públicas; más aún se consideraba como una especie de rebelión.

Conforme consta de la página web http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro273.pdf, en el año de 1215, en Inglaterra, el derecho de petición se consagra en la Carta Magna impuesta al Rey Juan sin Tierra por sus barones; y, es proclamado en 1628 en la Petition of Rights, a través de la cual se impuso a Carlos I el reconocimiento formal de las libertades públicas de sus súbditos, mismas que estaba obligado a respetar.

Este derecho, tal como consta de la página web http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro273.pdf, aparece posteriormente en la Constitución francesa de 1791 como derecho natural y civil, reconocido a todos los hombres, incluso a los que no gozaban de derechos políticos. Gracias a este derecho, todos los ciudadanos podían participar de alguna manera en el ejercicio del poder legislativo; por lo que la consagración del mismo constituyó “un instrumento de legitimidad democrática”.

La importancia a lo largo de la historia de este derecho, radica en la posibilidad que otorga a los ciudadanos de acceder a los poderes públicos, de exigir el cumplimiento de los deberes del Estado y además en la influencia que tuvo en el desarrollo de otros derechos, en especial en los de reunión, asociación, manifestación o imprenta.

En concordancia con lo establecido anteriormente, el doctor José García Falconí, en el documento titulado “El Derecho Constitucional de Petición”, (2001), manifiesta que este es uno de los derechos más antiguos y clásicos, consagrados y reconocidos por los Estados en pro de los ciudadanos.

Varias de las constituciones que han regido la vida de nuestro país, garantizaban el derecho de petición. A decir del Dr. Edgar Neira Orellana, en su trabajo “Sobre la técnica del Silencio Administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos”, publicado en la Revista Ruptura No. 46 (2003, p. 134),

En el Ecuador, en la etapa del denominado “constitucionalismo clásico”, que corresponde al período que va desde la expedición de la Constitución de Riobamba de 1830 hasta la Carta Política de 1906, encontré que las diferentes Constituciones consagraron el derecho de petición, con la simultánea limitación de que no podía ser ejercido a nombre del pueblo. (...) En el denominado período del constitucionalismo social, que en la República del Ecuador comprende las cartas políticas de 1929, 1945, 1946, 1967, 1979 y 1998, continuará el afianzamiento del derecho de petición iniciado por la Carta de 1835. De las Constituciones Políticas de 1945 y de 1967 destaca el establecimiento del plazo de treinta días para resolver y una regulación explícita que prohibía al funcionario o autoridad dejar sin resolución la solicitud administrativa que le hubiere sido presentada. La Constitución Política que rige desde 1998, entre los derechos de las personas, consagra el de petición en términos que guardan correspondencia con nuestra tradición constitucional. Según la norma del Art. 23 numeral 15 de la Constitución de 1998, el Estado garantiza y reconoce a toda persona, el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir de éstas la atención o la respuesta pertinente, en un plazo adecuado. Al igual que en la Carta Política de 1835, las peticiones a la autoridad, en ningún caso podrán plantearse a nombre del pueblo.

Actualmente, el derecho de petición está consagrado en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución del República del Ecuador, cuyo texto es el siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Dentro del plano de la normativa internacional, el Derecho de petición ha sido recogido en los artículos 18 al 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al tratar sobre el derecho a participar en los asuntos públicos; y en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución.

El tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, incorpora en su texto la institución de la ciudadanía europea; en tal virtud, todo ciudadano con nacionalidad en un Estado miembro de la Unión Europea es también ciudadano de la Unión. Esta incorporación reconoce una serie de derechos, entre los cuales consta aquel por el cual quienes son ciudadanos europeos se encuentran facultados a presentar peticiones ante el Parlamento Europeo y a presentar una denuncia ante el Defensor del Pueblo Europeo.¹

Pero, ¿en qué consiste y cómo se define el derecho de petición?

El doctor José García Falconí, en su trabajo sobre “El Derecho constitucional de Petición”, publicado en la página <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/02/10/el-derecho-constitucional-de-peticion> (2011), señala que el derecho de petición “es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir a cualquier autoridad, para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta resolución, por parte del destinatario (...)”

Por su parte, el tratadista Gustavo Penagos, en su texto “El Silencio Administrativo” (1997, página 119) establece que “(...) el derecho de petición comprende la posibilidad de acudir ante la administración y la obtener oportuna respuesta. Esto no significa que el administrado deba obtener una definición favorable a la pretensión solicitada, sino que se resuelva dentro de los términos establecidos por la ley.”

A decir del Dr. Edgar Neira Orellana (2003, p. 134),

¹ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_es.htm

(...) la petición es el derecho de toda persona, natural o jurídica de solicitar, reclamar, recurrir, consultar o quejarse ante autoridad administrativa competente y obtener de ésta la correspondiente respuesta, en un plazo razonable de conformidad con la ley. (...) la eficacia del derecho de petición está indisolublemente vinculada a dos obligaciones de ineludible cumplimiento por parte de la administración: la primera que impone a los órganos administrativos la recepción de todas las solicitudes o pedidos que se le presenten, aun en los casos en que éstas no cumplan los requisitos legales (...); y la segunda, la de expedir resolución expresa dentro de los plazos legales (...), sin que sea motivo de excusa la oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al pedido de que se trate.”

Las Cortes de Justicia colombianas, en reiteradas ocasiones han señalado que el derecho de petición, "(...) es una garantía constitucional que le permite a los ciudadanos formular solicitudes respetuosas a las autoridades y obtener consecuentemente una respuesta pronta, oportuna y completa sobre el particular, la cual debe necesariamente ser llevada al conocimiento del solicitante", para que se garantice eficazmente este derecho. Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo..."

De todo lo dicho se desprende que la Administración Pública se encuentra obligada constitucional y legalmente a pronunciarse en relación con cualquier petición o pretensión formulada por los administrados; vislumbrándose que no se trata del simple derecho de comparecer ante autoridad competente y presentar una petición; sino que el mismo conlleva la obligación de la administración de dar respuesta oportuna a la misma, debiendo por lo tanto someterse al plazo que para el efecto ha previsto el ordenamiento jurídico; lo cual brinda certeza jurídica a quien concurre ante la autoridad y permite la ágil defensa de los demás derechos que se consideren conculcados de ser el caso.

En varias de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se han incorporado plazos que debe observar la administración pública a efecto de atender las diferentes peticiones presentadas por los administrados; es así, que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, dispone 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 (...)"

Cabe señalar, que existen otras normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que prevén términos de resolución mayores al previsto en la citada Ley; tal es el caso del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, mismo que en sus artículos 175 y 177 señala que el plazo máximo para resolver y notificar los recursos de reposición y apelación será de dos meses.

Por su parte, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, prevé textualmente en la parte pertinente de su artículo 124, lo siguiente:

Reclamos y Recursos Administrativos.- Toda persona podrá presentar reclamo administrativo en contra de los actos administrativos dictados por el Director General o los Directores Distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador que afectaren directamente sus derechos, dentro del plazo de veinte días contados desde la fecha en que hubiere sido notificado con dicho acto.

Los reclamos que se presentaren se sustanciarán y resolverán de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Tributario, dentro del plazo de sesenta días contados desde que el reclamante hubiere presentado dicho reclamo. (...)

El Código Tributario, en su artículo 132, dispone:

Art. 132.- Plazo para resolver.- Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos:

1. Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que se decida prescindir de ellos;
2. Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y,

3. Las reclamaciones aduaneras, en las que la resolución se expedirá en 30 días hábiles por el Gerente Distrital de Aduana respectivo.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé en la parte pertinente de sus artículos 408 y 412 lo siguiente:

Art. 408.- Plazos para el recurso de reposición.- (...) El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de sesenta días.

Art. 412.- Improcedencia de la revisión.- (...) El plazo máximo para la resolución del recurso de revisión es de noventa días.

En todo caso, la intención del legislador siempre ha sido establecer un plazo razonable, un límite temporal a efecto de que la administración cumpla con su obligación de resolver toda petición efectuada por el administrado, y así hacer efectivo el derecho de petición.

En relación con lo dicho, el Dr. Edgar Neira Orellana (2003), en el trabajo al cual se hizo referencia anteriormente, señala que el no limitar temporalmente a la administración, y como consecuencia de lo cual se expida la resolución en cualquier tiempo, viciaría el derecho de petición y constituiría un quebranto de la seguridad de toda relación jurídica.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando la administración hace caso omiso de esta obligación?

La administración pública, a través de los distintos órganos que la conforman, está obligada constitucional y legalmente a dar respuesta a cuanta petición le sea dirigida; en tal virtud, la abstención de pronunciamiento implica una violación de su deber de acción, en perjuicio de los administrados.

La falta de pronunciamiento por parte de la administración, genera situaciones jurídicas de inseguridad, controvertidas o confusas, que van en perjuicio de los administrados y causan su indefensión; en tal virtud, el Derecho a lo largo de la historia, ha procurado otorgar un efecto jurídico a la abstención de pronunciamientos o de manifestación de voluntad que puede darse en las relaciones jurídicas; de ahí nace la figura del silencio administrativo.

A decir de Gustavo Penagos, en su obra "El Silencio Administrativo" (1997, p. 37), el fundamento de esta institución es evitar "la arbitrariedad de los funcionarios y la injusticia

que origina la abstención de la administración al no resolver”, salvaguardando los derechos de los administrados; identificando el origen del mismo en la sumisión de la administración a la Ley, a efecto de evitar la arbitrariedad y la injusticia.

De forma concordante con el criterio del Jurisconsulto citado, en relación con la incorporación de esta figura al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el doctor José Meythaler, en su trabajo “La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano”, publicado en la Revista Juris Dictio, de la Universidad San Francisco (2003, página 138), manifiesta que el legislador, dio origen a una nueva forma de ver las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, ya que se abandonó el sistema por el cual se premiaba la “vagancia y el autoritarismo” de los servidores del Estado, en perjuicio de los administrados.

La institución del silencio administrativo nace como un mecanismo para evitar la impunidad del gobernante, cuando éste omite su obligación de resolver las peticiones presentadas por los administrados.²

En cuanto al origen de la institución del silencio administrativo, varios de los autores consultados coinciden, en que este se configuró hacia 1900, en Francia, cuando en el artículo tercero de la ley del 17 de julio, se incorporó la siguiente disposición: “En los negocios contenciosos que no puedan ser promovidos ante el Consejo de Estado bajo la forma de recurso contra una decisión administrativa, cuando transcurra el término de cuatro meses sin que se haya dictado ninguna decisión, las partes pueden considerar su decisión como negada y procederán ante el Consejo de Estado”

Posteriormente, varias legislaciones incorporaron en diferentes textos normativos esta figura. Por ejemplo, en España, el Estatuto Municipal de 1924, incorpora la idea de que la falta de respuesta por parte de la administración, ante peticiones o recursos elevados por los particulares, equivalía en determinadas ocasiones a la denegación de las mismas.

En México, en 1936, se incorporó en el artículo 16 de la Ley de Justicia Fiscal, el siguiente texto “El silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no dé respuesta a la instancia de un particular en el término que la ley fije, o a falta de término estipulado en noventa días.”

² <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1336/9.pdf>

Así, a lo largo de la historia, varios países fueron incorporando la figura del silencio administrativo en sus legislaciones, incorporando normativa tendiente a desarrollar el mismo, procurando la protección de los derechos de los administrados.

En nuestro país, la figura del silencio administrativo fue introducida en nuestra legislación a través del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada; norma que fue publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

Pese a lo dicho, aun existen ciertos vacíos en el texto legal transcrito que los altos Tribunales y Cortes del Estado ecuatoriano han procurado suplir a través de la emisión de resoluciones y sentencias, mismas que serán objeto de análisis posterior.

2. Definiciones de Silencio Administrativo

Tal y como se manifestó anteriormente, el silencio administrativo fue concebido como una figura jurídica tendiente a eliminar la arbitrariedad en las actuaciones de la administración. En tal virtud, y bajo esa premisa, varios autores han ensayado diversas definiciones de lo que ellos consideran es el silencio administrativo, algunas de las cuales me permito citar a continuación:

El Diccionario Jurídico Espasa (2006, p. 1313), establece que el silencio administrativo

(...) es una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración.(...) responde a la forma más simple de producción de cuantas son posibles: petición del interesado, o incoación e oficio (en actos favorables) y transcurso del plazo máximo de resolución y notificación sin que el particular haya recibido la notificación: el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo.

El tratadista Gustavo Penagos por su parte, en su libro “El Silencio Administrativo” (1997, p. 30), manifiesta que “El silencio administrativo, como la misma expresión lo dice, es la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados”

Luis Cosculluela Montaner, en su “Manual de Derecho Administrativo” (2012), señala que el silencio administrativo es la ausencia de resolución expresa que decida sobre un asunto en un procedimiento en curso.

La Corte Constitucional del Ecuador, en varios fallos, se ha pronunciado sobre la procedibilidad y aplicación del silencio administrativo y ha planteado incluso definiciones de esta figura jurídica. Así, la Primera Sala de la Corte Constitucional, en la Resolución expedida dentro del expediente No. 1064-07-RA, el 29 de enero de 2009, señala que “(...) la ficción jurídica del silencio administrativo (...) es 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.”

El doctor Edgar Neira Orellana (2003, p.123) entiende al silencio administrativo como

(...) la omisión del deber de resolver en que incurre un determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados dentro de los plazos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la administración (silencio positivo) o a la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo).

La definición propuesta por el doctor Neira, incorpora varios elementos, que este autor, precisa y explica en su trabajo, mismos que se resumen a continuación:

1. Omisión de un deber de acción por parte de la administración al no emitir un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión del peticionario.
2. Incumplimiento formal de un procedimiento reglado que exige un pronunciamiento expreso sobre la petición efectuada.
3. Peticiones de los administrados, entre las cuales se cuentan todos los reclamos, recursos y las consultas que se sustancian en la vía administrativa.
4. Falta de pronunciamiento dentro de los plazos de ley.

5. Manifestación tácita de voluntad o adopción de un remedio procesal, derivada de la ley, en virtud de que esta le otorga al silencio de la administración un silencio estimatorio o desestimatorio.

Por su parte, el catedrático Raúl Bocanegra Serra, en su texto “Lecciones sobre el Acto Administrativo” (2004, p. 82) señala que el silencio administrativo

(...) responde únicamente a la necesidad de contar con una declaración administrativa que posibilite el acceso a la vía contenciosa, cuando la Administración no resuelve a través de un acto administrativo expreso. Esta necesidad, que es consecuencia de una concepción rígida del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa que, por influencia francesa, exige operar sobre un acto administrativo previo, surge para evitar que la mera inactividad de la Administración pueda impedir el control jurisdiccional de su actividad y la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (...), mediante el ofrecimiento de una interpretación al silencio, a la pasividad de la administración.

Esta ficción jurídica genera efectos que se configuran como un medio de impedir que los trámites administrativos queden pendientes y que se vulneren los derechos subjetivos de los administrados. Bajo este concepto, se ha previsto dos tipos de efectos para el silencio administrativo: el que supone una denegación y el que supone una aceptación.

El primero surge de ellos paralelamente a la carga de agotar la vía administrativa, y se lo denomina silencio administrativo negativo. Se configura como un medio de defensa de los derechos del administrado frente a la autoridad, de esta manera, transcurrido el tiempo dentro del cual la Administración no se haya pronunciado, se entiende que ha negado lo requerido y el administrado tendría abiertas las puertas para demandar ante la denominada jurisdicción contenciosa administrativa.

De acuerdo con el Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en su trabajo “El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: Una visión crítica de la situación actual” (2003), ha advertido que los efectos legales que esta ficción jurídica tienen una diferencia sustancial, lo cual implica un estudio unitario de cada uno de ellos.

El silencio administrativo negativo nace de la necesidad de respetar y mantener el conjunto de privilegios que le son atribuidos a la administración para el desarrollo de sus distintas

actividades, y cuyo conjunto se denomina autotutela administrativa, en razón de la cual, el juez no puede interferir en el desenvolvimiento de la labor de la administración; requiriendo las cortes la previa manifestación de voluntad o un acto previo, cuya impugnación permita el inicio de un proceso contencioso. El mencionado autor cita en su texto a Eduardo García de Enterría, quien en relación con este tema, manifiesta que "(...) la autotutela de la administración no es definitiva: es inicial, previa, de primer efecto, pero reserva integra la posibilidad de que el juez enjuicie a posteriori el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o ejecución"

En virtud de lo expuesto, la administración, a efecto de que no exista un acto previo que pueda someterse a la revisión del juez, podría dejar de actuar. Esta, es precisamente la causa del origen del silencio administrativo con efecto negativo: el decurso del tiempo hace las peticiones o pretensiones efectuadas por el administrado se entiendan denegadas, a efecto de poder acceder a la vía administrativa o jurisdiccional. Sin embargo, esto bajo ningún concepto implica que la administración quede eximida de su deber de resolver, pudiendo dictar una resolución expresa tardía; constituyendo esto un contrapeso a los privilegios de la autotutela.

Por otra parte, existen normas que atribuyen efectos positivos a la inactividad de la administración, en cuyo caso, la petición o pretensión del administrado, se entiende aceptada por el simple decurso del tiempo, previsto en la norma. En este caso, a decir del citado autor, los efectos previstos en la norma, sustituyen la voluntad de la administración, y tienen el valor de una decisión administrativa, tema que desarrollaremos más adelante, al determinar la naturaleza jurídica del silencio administrativo positivo. En todo caso, esta figura, ha ocasionado incertidumbre en la aplicación de la misma por parte de los administrados, y abuso incluso por parte de los mismos, por su falta de claridad y normativa que desarrolle el alcance de la misma.

Con esto me refiero, en primer lugar, a la necesidad del administrado de acudir al órgano judicial para a la ejecución del acto presunto; y, en segundo lugar, a la mala aplicación de esta figura por parte de los administrados, al pretender que por este medio se acepten peticiones que salen de la legalidad, o por las que, se procura la inobservancia de requisitos legales previos.

En todo caso, el legislador ha tratado a través de esta figura dar solución a la inactividad de la administración.

El catedrático Raúl Bocanegra Serra (2004), en la obra a la cual se hizo referencia, plantea la necesidad de vislumbrar la naturaleza del silencio administrativo. Los efectos atribuidos a esta figura, sean estos positivos o negativos, ¿configuran un verdadero acto administrativo?

El citado autor, basándose en lo dispuesto en el artículo 43.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, determina que la naturaleza del silencio administrativo difiere de acuerdo con el efecto jurídico que le es atribuido.

Así, la citada Ley de Procedimiento Administrativo, establece que la aceptación de una solicitud o pretensión por silencio administrativo, se considera un acto definitivo, es decir un acto administrativo por el cual se pone fin a un procedimiento.

Esto, impide a la administración apartarse del contenido de los mismos, sin la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio o de revocación, igual a los exigidos para los actos expresos.

Por otra parte, la Ley citada por Bocanegra (2004, p.83), se refiere al silencio administrativo negativo, como una figura creada únicamente para permitir a los administrados el acceso a un recurso administrativo o contencioso administrativo; pudiendo incluso en este caso la administración, desligarse "(...) del contenido desestimatorio del silencio y acoger, en todo o en parte, el contenido de la solicitud presentada por el interesado o, en su caso, dar lugar a los efectos favorables para el mismo, si se trata de un procedimiento iniciado de oficio por la Administración"

En relación con este tema, el tratadista Gustavo Penagos, ha manifestado en su libro "El Silencio Administrativo" (1997, página 19), que los efectos que genere esta ficción, sean estos positivos o negativos, no constituyen actos administrativos, en virtud de que este último, constituye "(...) un decisión proferida por cualquier órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa o por particulares autorizados por la ley, que crea, modifica o extingue una relación jurídica. (...)" Señala también que "La doctrina admite que el silencio administrativo positivo se origina en la voluntad presunta, cuando la ley lo establece en forma expresa. (...)"

Adicionalmente, el mencionado tratadista, cita en su texto a Jesús González Pérez, quien en su obra, "Derecho Procesal Administrativo" (1996, p. 461), señala:

a) El silencio administrativo debe entenderse como una presunción legal, una ficción que la ley establece merced a la cual “se habla callando, porque sin haber dicho nada se está, sin embargo, diciendo bastante”. De aquí que, como señala Garrido, parece absurdo todo planteamiento del problema que se proponga como meta la interpretación que en estos casos haya de darse a la voluntad administrativa, pues no puede hablarse de interpretación de la voluntad de la administración cuando lo que falta es la voluntad administrativa; no es correcto, por tanto, hablar como a veces suele hacerse, de “resoluciones tácitas” o “actos tácitos”. Se han configurado como un hecho jurídico. b) Se trata, por otro lado, de una ficción legal establecida a favor del administrado. En el silencio positivo ello es evidente, en cuanto supone la estimación de la petición que hubiere deducido frente a la administración; en el silencio negativo, en cuanto se le habilita para interponer los recursos procedentes. No se establece a favor de la administración.

El doctor Edgar Neira (2003, p. 125), señala en su artículo, al cual se ha hecho mención en reiteradas ocasiones, que los efectos asignados al silencio administrativo negativo, no dan “(...) lugar a un acto administrativo pues está concebido para impedir la indefensión del peticionario y facilitarle la continuación de su impugnación ya fuere en vía administrativa o judicial. Por otra parte, en relación con el silencio administrativo positivo, “el silencio administrativo positivo comporta un verdadero acto administrativo.”

Por su parte, el doctor Juan Carlos Benalcázar (2003, p. 185), autor citado en líneas anteriores, manifiesta que “los efectos previstos por la ley sustituyen a la voluntad de la administración, tienen el valor de una decisión administrativa o equivalen a ella, y comportan un cambio jurídico-material en la situación del administrado. Aquel efecto legal, con valor análogo al de un acto administrativo, en principio, no podrá ser atacado por una resolución expresa tardía de signo contrario, y sólo podría ser retirado válidamente del mundo jurídico por medio de ciertos cauces de procedimiento, una vez cumplidos los requisitos previstos legalmente para la revocación de los actos administrativos, salvo el caso de lo que nuestro ordenamiento califica como “acto presunto” nulo.”

Nuestra normativa no es clara en cuanto a la naturaleza que se le atribuye a la figura del silencio administrativo, sean sus efectos positivos o negativos; sin embargo, la entonces Corte Suprema Justicia, sí se preocupó de abordar este tema en varias de sus sentencias, una de la cuales, publicada en la Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 5. Página

2033, correspondiente al mes de de octubre de 2007, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativa, establece en la parte pertinente de su considerando quinto lo siguiente:

QUINTO: En lo que 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, (...)

Es decir, a criterio del máximo organismo de justicia del Ecuador, plasmado en reiteradas sentencias, el efecto positivo del silencio administrativo se traduce en un acto presunto, que genera per se derechos para los administrados, entendiéndose por tal a “aquél que se imputa a la administración pública que debió resolver en plazo y no lo hizo. Realmente no existe declaración de voluntad administrativa, sino que se efectúa una imputación de la misma para garantizar la debida protección al interesado.”³

Criterio que es compartido por varios tratadistas, quienes han manifestado que este acto presunto no nace de la voluntad de la administración, pero que sin embargo, permite la defensa de los intereses de los administrados, catalogando a los efectos atribuidos al silencio administrativo como presunciones de derecho, que bajo ningún concepto pueden apartarse de la normativa vigente.

3. El silencio administrativo en el Derecho Comparado

El Derecho Comparado constituye una herramienta útil a efecto de conocer las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para problemas similares que surgen en el desarrollo de las relaciones jurídicas que se suscitan dentro de un estado.

Para el presente trabajo de investigación, y a efecto de tener un conocimiento amplio acerca de la figura del silencio administrativo, considero importante citar la normativa expedida en torno a esta figura, en Colombia, España y México.

³ Definición obtenida de la página web www.leyes.tv/textos/silencioadministrativo/actos-presuntos.php

3.1 Colombia.

Al igual que en varios países, en Colombia se ha visto la necesidad de normar lo relacionado con el derecho de petición. Es así, que el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia dispone que: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales"

La norma transcrita consagra el derecho de todo ciudadano de obtener una pronta resolución, frente a las peticiones que efectúe a la administración; disposición que trae implícita la obligación del Estado de emitir un pronunciamiento de fondo que satisfaga la necesidad del peticionario, permitiéndole conocer las razones o motivos que llevaron a la administración a tomar determinada decisión.

La Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-301 de 1998, en relación con el derecho de petición, ha señalado lo siguiente:

(...) El derecho de petición, es una garantía constitucional que le permite a los ciudadanos formular solicitudes respetuosas a las autoridades y obtener consecuentemente una respuesta pronta, oportuna y completa sobre el particular, la cual debe necesariamente "ser llevada al conocimiento del solicitante", para que se garantice eficazmente este derecho.

Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra "no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo.

Frente a un posible incumplimiento de esta obligación por parte de la administración, el legislador introduce en ordenamiento jurídico colombiano la figura del silencio administrativo. Es así, que el Código Contencioso Administrativo, en sus artículos 40 y 41, textualmente prevé:

Artículo 40.- SILENCIO NEGATIVO. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

Artículo 41. SILENCIO POSITIVO.- Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74.

Ahora bien, de la simple lectura de estas disposiciones se colige que el silencio administrativo de forma general en Colombia es negativo, y sólo es positivo en los casos que expresamente contempla la ley, lo cual implica que las pretensiones elevadas por el particular han sido negadas por el decurso del tiempo.

En relación con este tema, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-724 de 1998, señala que el silencio administrativo negativo no configura una respuesta, aunque se sobreentienda que las pretensiones elevadas por el particular han sido negadas. En tal virtud, en esta causa, los magistrados de la Corte, en el segundo y tercer apartados de la parte resolutive de la sentencia citada, textualmente señalan:

Segundo.- CONCEDER la tutela interpuesta por el señor Manuel Orlando Molina Trespalcios por violación a su derecho fundamental de petición. Por lo tanto, se ORDENA a la Caja Nacional de Previsión Social, si no lo ha hecho ya, responder, dentro del término de 48 horas, la petición de fecha 19 de agosto de 1998, en la que el actor solicita el reconocimiento y pago de su pensión de gracia.

Tercero.- Se hace un llamado de atención a la Caja Nacional de Previsión Social, para que en lo sucesivo resuelva las peticiones que se le presenten, sin incurrir en retardos injustificados.

Adicionalmente, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado, en el sentido de que el hecho de que opere el silencio administrativo, normado en el Código Contencioso Administrativo, no hace improcedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental de petición, lo cual es independiente de la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, tal como consta en las sentencias T-164 de 1998 MP Fabio Morón Díaz, T-301 de 1998 MP Alejandro Martínez Caballero, T-365 de 1998 MP Fabio Morón Díaz y T-529 de 1998 MP Antonio Barrera Carbonell, entre otras, a las se hace referencia a continuación, y en las que se cita únicamente las partes fundamentales:

(...) No puede afirmarse que el silencio administrativo negativo configure una respuesta a lo solicitado mediante el derecho de petición, como lo afirma el fallo de segunda instancia, mas aún cuando el primero evidencia claramente la vulneración del segundo. Tampoco pueden confundirse estas dos figuras pues tienen objetos distintos. (...)

Como lo ha expresado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades, cuando el juez de tutela deniega la protección solicitada, aduciendo que la falta de respuesta configura un silencio administrativo negativo, abriéndose así la vía contenciosa administrativa, contraviene la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el derecho de petición es de contenido formal, pues predica la pronta resolución de una solicitud, mientras que cuando se abre la vía jurisdiccional como consecuencia de la figura del silencio negativo, se hace referencia al fondo de lo pedido, pues lo que se entra a discutir es la legalidad de la actuación administrativa (...)

Por último, en la legislación colombiana, la figura del silencio administrativo no ha sido concebida como una respuesta a la petición efectuada por el administrado, tal como se ha pronunciado la función judicial señalando:

(...) El derecho de petición, es una garantía constitucional que le permite a los ciudadanos formular solicitudes respetuosas a las autoridades y obtener consecuentemente una respuesta pronta, oportuna y completa sobre el

particular, la cual debe necesariamente “ser llevada al conocimiento del solicitante”, para que se garantice eficazmente este derecho.

Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra “no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo (...)

Por esta razón, el silencio administrativo no puede ser entendido como resolución o pronunciamiento de la administración, ya que éste no define ni material ni sustancialmente la solicitud de quien propone la petición, circunstancia que hace evidente que dentro del núcleo del derecho de petición se concrete la materialización de una obligación de hacer por parte de la administración, - la de contestar y comunicar-, que ha sido reconocida claramente por la doctrina constitucional.

3.2 España.

En España, tradicionalmente, se atribuía al silencio administrativo efectos negativos; sin embargo, la promulgación de la Ley 30/1992 del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, se dio un carácter positivo de la inactividad de la Administración, con la finalidad de precautelar los derechos de los administrados y garantizar la obtención de una respuesta, dentro del plazo establecido para el efecto.

Con este fin, la citada ley sancionaba el incumplimiento de la obligación de resolver señalando que esta omisión “dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”; disposición que fue reformada, suprimiendo la sanción de remoción.

Conforme a lo manifestado anteriormente, en la legislación española, por regla general, las peticiones de los administrados se entienden aceptadas por el paso del tiempo y la inactividad de la administración, excepto:

- Si una norma con rango de Ley por o una norma de Derecho Comunitario establecieren lo contrario;

- Si la aceptación de la petición tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; y,
- Cuando se trate de procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

La legislación española otorga a la aceptación de una petición por haber operado el silencio administrativo todos los efectos de un acto administrativo, que pone fin a un procedimiento; la expedición de una resolución expresa posterior únicamente podrá ser confirmatoria.

En cambio, si los efectos que se atribuyeren al silencio administrativo fueren negativos, se brinda a los administrados únicamente la posibilidad de interponer un recurso administrativo o contencioso-administrativo.

3.3. Argentina.

La Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, regula en el artículo 10º el silencio en la Administración, y establece lo siguiente:

El silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa. Sólo mediante disposición expresa podrá acordarse al silencio en sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido este plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producir dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.

De lo dicho en la citada norma, se colige que en la República Argentina al silencio de la Administración, por regla general, se le atribuyen efectos negativos, siendo por lo tanto excepcional que la misma ley le otorgue a la inactividad del ente estatal efectos positivos.

El silencio administrativo con efectos negativos requiere para su configuración lo siguiente:

1. Que transcurra el plazo establecido para el efecto en el normativa, esto es, 60 días, desde la recepción del escrito presentado por el interesado;
2. Una vez que ha transcurrido el plazo de 60 días señalado anteriormente, el administrado requerirá al ente estatal o a la institución de que se trate “el pronto despacho” como mecanismo para denunciar la mora administrativa.

3. Si, una vez que ha transcurrido el plazo de 30 días, la administración no ha dado respuesta a la pretensión del interesado, se considera que ha operado el silencio administrativo.

La normativa argentina no ha emitido regulación alguna en relación la expedición de resolución expresa posterior.. Sin embargo, la mayoría de autores argentinos que han abordado este tema, consideran que la validez de una resolución tardía dependerá de los efectos que le sean atribuidos en el silencio administrativo, por cuanto, de ser estos positivos o estimatorios, mal podría la administración emitir una resolución contraria al acto presunto nacido de la inactividad de la administración.

CAPÍTULO II

1. El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana

Tal como se señaló en el capítulo I, en varias de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se han incorporado plazos que debe observar la administración pública a efecto de atender las diferentes peticiones presentadas por los administrados; previendo varias de estas disposiciones, que la inactividad de la administración, implicará la operatividad inmediata del silencio administrativo, con los efectos que el legislador le hubiere otorgado.

El presente estudio, se centrará en la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, disposición que será analizada a continuación.

2. El Silencio Administrativo en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada

Tradicionalmente, el Derecho Administrativo Ecuatoriano, dificultaba el ejercicio del derecho de petición de los administrados.

Esta situación cambió radicalmente a partir de la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993; disposición en la que la normativa ecuatoriana adoptó la figura del silencio administrativo con efecto positivo, como regla de aplicación general a todo trámite administrativo, en respuesta a la inactividad de la administración, y sobre todo, como garantía de la estricta observancia del derecho de petición consagrado actualmente en la Constitución de la República del Ecuador, así como en anteriores Cartas Magnas.

Es así, que la citada norma en su artículo 28 textualmente señala lo siguiente:

“Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el

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

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

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

De acuerdo con varios tratadistas ecuatorianos, entre ellos, el doctor José Meythaler⁴ (2003, p. 138), esta disposición deja ver algunos vacíos en relación con temas tales como “(...) el efecto del acto administrativo expreso posterior al tácito; la competencia de la autoridad después de verificado el acto tácito; la calidad jurídica del acto tácito; la prueba del mismo; la forma de ejercer los derechos que se derivan de este; etc”, mismos que abordaré más adelante a efecto de procurar dar una respuesta a estas interrogantes.

Por otra parte, el doctor Edgar Neira Orellana⁵ (2003), considera que, al analizar el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios

⁴ MEYTHALER, José, *La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano*, Revista Juris Dictio, Universidad San Francisco, Quito, 2003

⁵ NEIRA ORELLANA, Edgar, *Sobre la técnica del Silencio Administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos*, Revista Ruptura No. 46, Quito, 2003.

Públicos por parte de la iniciativa privada, en efecto se evidencia que en el mismo, el legislador no incorporó las condiciones jurídicas que me permito citar a continuación, para que opere el silencio administrativo:

- a. La petición efectuada por el administrado debe estar debidamente fundamentada, a fin de que se genere la obligación por parte de la administración de resolver, actuar o dejar de hacer dentro del plazo determinado por la ley para tal efecto.
- b. Que la petición haya sido planteada ante autoridad competente. En relación con esta condición que permite la operatividad del silencio administrativo positivo, el citado autor señala que, aun cuando la misma no está prevista expresamente en el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, del texto del mismo “subyace un sentido inequívoco de que la obligación de resolver corresponde exclusivamente al funcionario administrativo que tenga competencia para resolver las peticiones de los particulares”. Es decir, la petición planteada ante autoridad incompetente, impide los efectos del silencio administrativo positivo.

Cabe precisar que, el hecho de que un administrado dirija una petición a autoridad incompetente, no significa que esta desconozca su obligación de recibir la petición, y de expedir la providencia correspondiente, a través de la cual se declare expresamente su incompetencia para conocer y resolver el fondo del asunto, así como el archivo del expediente.

- c. La petición planteada por el administrado no puede contravenir el ordenamiento jurídico vigente. Tal como se manifestó anteriormente, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada nada dice en relación con peticiones planteadas en contra del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo señalado por el doctor Edgar Neira Orellana, el principio de automatismo del silencio administrativo, implica que de la inactividad de la administración, dentro del tiempo previsto por la norma para atender una petición efectuada por los particulares, surge automáticamente un acto presunto, independientemente de que la petición se haya efectuado con apego o no a Derecho.

En relación con el citado principio, el tratadista Ernesto García Trevijano, en su libro “El Silencio Administrativo en el Derecho Español”⁶ (1990), señala que el mismo ha ido cediendo a merced de la tendencia jurisprudencial de que en ningún caso podría obtenerse a través de la figura del silencio administrativo, aquello que de manera expresa no hubiere podido otorgar la administración, ya que esta figura no constituye un medio de subsanar algo que nace viciado.

En este mismo sentido, el antes denominado Tribunal Constitucional, así como la entonces Corte Suprema de Justicia, se han pronunciado señalando que los efectos del silencio administrativo tienen su límite en que la solicitud sea legal y posible, lo que de alguna manera pretende frenar la indiscriminada generalización que trae consigo el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, en el que, se asigna efectos positivos al silencio de la administración en relación con cualquier petición de los administrados, sin precisar algún tipo de límite, como este que considero elemental, que consiste en que la pretensión se encuentre enmarcada en la normativa legal vigente; ya que lo contrario, sería dar luz verde al abuso de personas que de mala fe, pretendan la aprobación de un requerimiento que atente contra el Estado, el orden público, o los particulares.

Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, en su Curso de Derecho Administrativo⁷ (2004, página 556), en relación con este enunciado, han manifestado que “(...) el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la ley y difícilmente puede decirse que la ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla.”

⁶ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12ª edición, Thomson -Civitas, Madrid, 2004.

- d. La petición no debe afectar los derechos de terceros. En este punto, de acuerdo con los citados autores, existen dos situaciones distintas:

Una, en la que el administrado presente una petición cuya pretensión tenga relación con el derecho o interés de un tercero, a tal punto que la resolución u omisión de la administración llegarían a afectarlo.

En segundo lugar, existen derechos de terceros que han sido reconocidos a través de otro acto administrativo discutido dentro del procedimiento. Cabe precisar que un acto administrativo declarativo de derechos no puede ser dejado sin efecto por haber operado la figura del silencio administrativo.

- e. La vía administrativa a través del cual se efectúa la petición debe ser la prevista en la ley, caso contrario no procedería bajo ningún concepto la aceptación de la petición por el decurso del tiempo.

Una vez revisadas de manera breve las condiciones jurídicas que deben cumplirse para que opere el silencio administrativo positivo, es importante realizar un análisis del texto del artículo 28 de la Ley de Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, que nos permita desentrañar los diversos problemas y dificultades que giran en torno a la aplicación de esta norma:

2.1 Generalización de los efectos positivos del silencio administrativo y falta de determinación de los requisitos mínimos que deben cumplir las peticiones para que puedan ser aceptadas por el decurso del tiempo y la consiguiente configuración del silencio administrativo positivo.

De la revisión del texto de esta disposición legal, se colige que una complicación importante en la aplicación de la misma radica en la falta de determinación clara de los requisitos mínimos que deben cumplir las peticiones que por el decurso del tiempo pueden generar derechos autónomos como consecuencia de haber operado el silencio administrativo, generalizando de manera indiscriminada la posibilidad de que cualquier reclamo, solicitud o pedido sea aceptado sin necesidad de un pronunciamiento de la administración.

El texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, en su parte pertinente prevé que todo

reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, precisando más adelante, que “En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.”

El tratadista Ernesto García-Trevijano⁸ (1990, p. 174) , cita la sentencia de 20 de marzo de 1965, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de la Coruña, que fuera confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo, que refleja el criterio inicial que manejaba la jurisprudencia española en relación con este tema, misma que en su parte pertinente señala:

(...) el silencio positivo -aún reconociéndose los perjuicios que pueda irrogar a la Administración- opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues, transcurrido este, sólo le queda a la corporación el instituto de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así, se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podrá revocarlos de oficio, sino a través del cause de la lesividad.

En relación con este tema, el doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en el antes mencionado texto (2003, p. 187), ha señalado que

(...) el sistema imperante es reprochable por la indiscriminada generalización de los efectos positivos del silencio. (...) Si el silencio administrativo es generalizante, de efectos positivos, junto a las pretensiones justas pueden admitirse las más absurdas y contrarias a lo jurídico, aquellas que atentan contra el interés general, o las que pueden menoscabar los derechos de los demás. Al respecto, la normativa legal, si se quiere mantener el sistema, debe ser por demás precisa y detallada de las situaciones, pero se observa poco discrimen, regulación y reflexión sobre las diversas circunstancias que pueden presentarse en la vida real. (...) No obstante, puede decírse nos que es un principio doctrinario el que postula que no procede el silencio administrativo contra legem, y que sólo se puede adquirir una cosa mediante dicha figura, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos necesarios para que

⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990

la Administración pueda pronunciarse (documentación esencial exigida para cada caso, prueba suficiente, etc.)

Las altas cortes y tribunales de nuestro país, en varias oportunidades como se analizará de forma más extensa en adelante, en cierto modo han aceptado esta “indiscriminada generalización”, al reconocer sin más, que el proceso contencioso por el cual el administrado pretende hacer efectivo el derecho autónomo generado por haber operado el silencio administrativo positivo es meramente de ejecución, y no de conocimiento; con lo que no se ha validado en varias ocasiones la pertinencia de la petición efectuada por el administrado, sin mayor análisis en relación con su legalidad .

La aceptación de una petición contraria a derecho resulta perjudicial para la administración, y por lo tanto para el Estado, así como atentatorio contra los derechos de terceros, toda vez que contraviene el ordenamiento jurídico establecido, vulnerando además esta circunstancia la seguridad jurídica que es la que brinda certeza sobre la vigencia y aplicación de las normas.

La inobservancia de la normativa vigente nos aparta de concepto de “Estado Constitucional de Derecho” previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador⁹, y por tanto se incurriría en la violación de otro precepto consagrado en la Carta Magna.

En virtud de lo dicho, y conforme se manifestó anteriormente, es importante que las peticiones efectuadas por los administrados, no vulneren el ordenamiento jurídico, ni atenten contra derechos de terceros, que sean planteadas ante autoridad competente, que cumplan con todas las formalidades que permitan su conocimiento y resolución y que a las mismas se acompañen todos los elementos que permitan a la administración resolver la cuestión planteada dentro del plazo previsto para tal efecto; situaciones que de alguna forma han sido analizadas por las altas cortes y tribunales del país, sin embargo, lo dicho debería ser incorporado en una norma legal que permita su efectivo cumplimiento.

⁹ Artículo 1, primer inciso de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

El doctor Juan Carlos Benalcázar¹⁰, (2003, p.195) que uno de los límites de esta figura legal se relaciona con la “(...) necesidad de que haya aportado la documentación esencial o prueba suficiente de lo que solicita. En torno a ellos cabe sentar un postulado: si la Administración no tiene la oportunidad de expresarse, mal podría acusársele de callar, de incurrir en silencio. En efecto, si la lógica de los requisitos o de las instituciones exige del administrado o contribuyente, expresa o implícitamente, prueba o documentación que respalde una petición o recurso, los efectos estimatorios del silencio no pueden operar sin ella”

De acuerdo con lo expresado por el citado autor, es importante que el administrado entregue a la administración todos los insumos que le permitan emitir una resolución, sea esta afirmativa o negativa; en el supuesto de que se omita esto, mal podría exigirse una respuesta de la administración en virtud de que la omisión del peticionario no ha permitido la formación de la voluntad administrativa. Sin embargo, al igual que muchas otras de las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo de investigación, la presente observación no se encuentra prevista en el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

2.2 Negativa de despacho y/o suspensión de la tramitación

Por otra parte, el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, prevé que “En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.”

En relación con este texto de la disposición citada, cabe realizar dos precisiones. En primer lugar, la declaración consagrada en este texto legal, y cuyo cumplimiento recae estrictamente en la administración, en lo que se refiera a la prohibición de negar la expedición de un pronunciamiento a las pretensiones de los administrados claramente se

¹⁰ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, Revista Ruptura No. 46, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2003.

deriva del derecho de petición consagrado como una garantía en el texto constitucional, que debe ser observada por todo servidor público en sus diferentes actuaciones, y cuya vulneración es sancionada en virtud de que todos quienes prestan sus servicios en el sector público son responsables de sus actuaciones y omisiones.

En segundo lugar, quisiera realizar un pequeño análisis en relación con la suspensión en la tramitación de una petición. La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada en su artículo 28 prohíbe categóricamente la suspensión de este procedimiento, como un medio de procurar una actuación eficiente de los entes públicos; y, por otra parte, para precautelar los derechos de los administrados; sin embargo de lo dicho, el artículo 115, numeral 5 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹¹, prevé la posibilidad de que la administración suspenda el plazo máximo previsto para resolver una petición en los casos que me permito transcribir a continuación:

“a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido;

b. Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 30 días; y,

c. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.”

¹¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Esta norma procura proteger los intereses de la administración y de terceros que eventualmente puedan ser perjudicados por haber operado el silencio administrativo, tal como se manifestó anteriormente; dilucidando adicionalmente situaciones que pueden ser subsanadas durante el procedimiento, por razones de economía procesal, lo cual a la larga resulta favorable al administrado, ya que en el desarrollo del mismo, puede corregir cualquier situación a efecto de que pueda resolverse su petición a la brevedad posible.

Pese a lo dicho, ésta norma, que se encuentra en franca contradicción con el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, ha generado que un sinnúmero de instituciones públicas dispongan la suspensión del trámite y la consiguiente inobservancia de la prescripción legal citada, pudiendo esto derivar en un acto ilegal y violatorio del derecho de petición consagrado en la citada norma legal.

En relación con este tema, el antes citado doctor Juan Neira Orellana, ha señalado que “La norma del Estatuto es contraria a la disposición de la Ley de Modernización que expresa inequívocamente la prohibición de suspender los procedimientos administrativos y manda que las resoluciones sean expedidas en el término de quince días. Para la Ley de Modernización, la solicitud deficiente o la prueba insuficiente no exime al órgano administrativo de su obligación de resolver, pues en tales supuestos éste deberá expedir resolución desestimatoria debidamente motivada. Para el Estatuto tales circunstancias determinan la suspensión del expediente, y si transcurridos dos meses desde que el administrado conoció de tal suspensión no hubiere impulsado el expediente, ocurrirá la caducidad del procedimiento y así deberá ser declarado.”

El legislador al promulgar esta norma, buscaba que se elimine todo “pretexto” de la administración para no atender la petición del administrado dentro del plazo legal previsto para tal efecto; en tal virtud, conforme lo prevé el propio artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, “en el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a

resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.

2.3 Emisión de la certificación del silencio administrativo

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, prevé que, a pedido del interesado el servidor competente de la entidad estatal que no ha atendido oportunamente la petición del administrado, tendrá la obligación de entregar, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término de quince días previsto en la norma, mismo que señala servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En primer lugar, considero de trascendental importancia precisar que el silencio administrativo opera por el mero transcurso del tiempo previsto en la norma jurídica sin que se haya atendido el pedido efectuado (mismo que, al menos, no deberá ser contrario a derecho, ni atentatorio contra terceros y estará dirigido a autoridad competente), generando esta omisión de la administración, tal como se dijo anteriormente, una derecho autónomo, cuyo reconocimiento bajo ningún punto de vista puede estar supeditado a la expedición de una certificación.

La determinación de la necesidad de la expedición de una certificación del silencio administrativo positivo obedece a la introducción de una reforma del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, promulgada en el Registro Oficial No. 144, publicado el 14 de agosto del año 2000.

Esta reforma, a mi criterio constituye un atentado contra el derecho constitucional de petición, contra la propia naturaleza del silencio administrativo, y contra el espíritu mismo de la norma, ya la introducción de la misma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, obedeció a la necesidad de proteger al administrado frente al descuido, arbitrariedad o abuso de la administración; sin embargo la introducción de este requisito, únicamente ha dificultado, e incluso en algunos casos ha imposibilitando la ejecución de los derechos adquiridos en

virtud de haber operado esta figura legal; sin embargo , para el legislador esta certificación constituye prueba irrefutable de que en efecto ha operado el silencio administrativo.

Los servidores públicos, desde la introducción de esta reforma, en reiteradas ocasiones se han negado a expedir este certificado. En relación con este hecho, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia dictada el 26 de septiembre de 2002¹², se ha pronunciado manifestando que para superar este tipo de inconvenientes, y hacer efectivo el derecho de los administrados, estos podrán requerir la misma judicialmente; sentencia que ha sido citada por el doctor José Meythaler, en su trabajo, “La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano” (2003, p. 140), misma que en su parte pertinente señala lo siguiente

(...) en 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 atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del autor 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 presenta 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.

¹² Juicio seguido por Gloria Juárez Lucero en contra del Consejo Provincial del Azuay Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 4047

Si bien la entonces Corte Suprema a través de este fallo ha procurado dar una solución a este problema, no es menos cierto que se ha establecido un procedimiento adicional para la declaración de derechos que por el simple transcurso del tiempo ya fueron adquiridos en virtud de haber operado el silencio administrativo positivo, siempre y cuando la petición haya sido efectuada observando el ordenamiento jurídico, el procedimiento previsto para el efecto y se haya dirigido a autoridad competente.

De lo dicho se desprende que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada ha previsto la emisión de esta certificación por parte de autoridad competente, a decir del doctor Edgar Orellana¹³, por ser esta “una formalidad exigida para aquellos casos en que el particular deba hacer valer su derecho ganado por silencio, ante otros órganos de la administración o en registros públicos que requieran de un acto administrativo para desplegar las actuaciones que requiera el peticionario.”

Se constituye más bien en un medio probatorio de que en efecto ha operado el silencio administrativo dentro de un procedimiento administrativo; y, en tal virtud la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, ha previsto que la negativa del servidor público obligado a expedir la misma será sancionada. Sin embargo, a mi criterio, la prueba de que en efecto el transcurso del tiempo ha generado los efectos que la ley establezca por la configuración del silencio administrativo, y que la administración no cumplió con su deber constitucional de resolver, debería más bien recaer en la administración, cuya obligación debería centrarse en probar que la solicitud planteada ha sido atendida dentro del término legal previsto para el efecto; por lo tanto, correspondería al obligado de resguardar las garantías constitucionales y legales de los administrados, es decir a las diferentes entidades estatales, probar que no se vulneró el derecho de petición al atender oportunamente los requerimientos efectuados.

Cabe precisar que esta certificación no constituye un documento a través del cual el servidor tenga la oportunidad de esgrimir argumentos por los cuales no dio atención oportuna a la petición del administrado.

¹³ NEIRA ORELLANA, Edgar, *Sobre la técnica del Silencio Administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos*, Revista Ruptura No. 46, Quito, 2003.

2.4 Expedición de resoluciones tardías

Tal como se ha analizado a lo largo de este trabajo, la administración, por diferentes factores que no considero pertinente dilucidar, incumple su deber de resolver o atender una petición dentro del plazo previsto por la norma para tal efecto. Sin embargo, en muchas ocasiones, emite un pronunciamiento extemporáneo, mismo que, a decir del catedrático Raúl Bocanegra Sierra¹⁴ (2004, p. 98), “solo puede consistir en un acto administrativo confirmatorio de la estimación producida por el silencio administrativo”, es decir, únicamente debería corroborar el nacimiento y adquisición del derecho autónomo generado por el decurso del tiempo. Pero, ¿qué sucede cuando la administración se pronuncia negando la pretensión del administrado?

La doctrina ha establecido que en razón del haber transcurrido el tiempo, la administración, pierde competencia para resolver sobre la petición efectuada; en virtud de que caduca la facultad resolutoria de la autoridad, siendo por tanto todo acto expedido fuera del término de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, nulo de pleno derecho, según los artículos 94 y 129 letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Ahora bien, una vez realizado un breve análisis de los inconvenientes que giran en torno de la aplicación el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, y consultados varios autores que han publicado textos relacionados con la figura del silencio administrativo positivo, tanto en el Ecuador, como a nivel internacional, a continuación me permito citar algunos de los casos en que la figura señalada no puede operar:

- Cuando el administrado dirige su petición ante quien carece de competencia para pronunciarse en relación con la misma o resolver.
- Si el administrado pretende la extensión de nombramientos o la suscripción de contratos para prestar servicios dentro de una institución estatal, en virtud de que para tal efecto las normas de la materia establecen procedimientos especiales; además ambos casos están supeditados a que la entidad pública determine la existencia de la vacante y de los fondos necesarios.

¹⁴ BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- Cuando la petición consista en la expedición, derogatoria, reforma o interpretación de normas jurídicas de carácter general.
- En caso de que el administrado requiera la concesión o delegación de servicios públicos.
- En el supuesto de que se trate de una entidad pública la que realiza la petición a otro órgano estatal.
- No opera cuando la petición pretende el reconocimiento de un derecho cuya posibilidad de ser reclamado ha caducado por el transcurso del tiempo.
- En relación con todo requerimiento que se refiera a omitir los procesos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, relacionados con la adquisición de bienes, prestación de servicios, y contratación de servicios de consultoría para entidades estatales.
- La petición que efectúa el administrado involucra derechos de terceras personas.
- La prescripción prevista en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, aplica siempre y cuando una norma con el carácter de orgánica no prevea otros plazos u otros efectos derivados de la inactividad de la administración, tal como sucede con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el que se atribuye al silencio administrativo efectos negativos.
- En el caso de las consultas, ya que estas no constituyen un instrumento de defensa, ni están previstas para proponer ninguna petición; sino más bien lo único que pretende el administrado es conocer el criterio de la administración sobre la inteligencia y aplicación de ciertas normas relacionadas con un caso concreto.

3. Efectos del Silencio Administrativo

En el capítulo I del presente trabajo de investigación, se determinó que existen legislaciones que han otorgado diferentes efectos a la omisión de la administración de atender las peticiones generadas por los administrados, en el periodo de tiempo establecido por la norma para tal efecto, configurándose de esta manera el silencio administrativo, con el fin de garantizar la efectividad del derecho de petición de los particulares. Es decir, los efectos otorgados al silencio administrativo no responden a actuaciones arbitrarias o discrecionales de la administración, sino más bien a la determinación que el legislador ha realizado en la norma pertinente.

Juan Carlos Morón Urbina, en su libro “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”¹⁵ (2004), considera al silencio de la entidad como un hecho administrativo al cual le sigue un tratamiento de declaración ficta, centrándose la discusión, no en existencia o no de una declaración de voluntad, sino más bien en torno a los presupuestos básicos para su acogimiento.

Aterrizando ya en el tema propuesto, la doctrina ha atribuido al silencio administrativo dos tipos diferentes de efectos: negativo y positivo; los cuales a me permito revisar brevemente a continuación:

3.1 Silencio administrativo con efecto negativo

De conformidad con el Diccionario Jurídico Espasa¹⁶ (2006, p. 1313), el silencio administrativo es “(...) una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender (...) desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la administración. (...) En el silencio administrativo negativo surge un acto ficticio, con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales según proceda”.

Los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en el texto al que hicimos referencia anteriormente, han manifestado que el silencio administrativo con efecto negativo constituye una ficción legal de efectos meramente procesales.

En concordancia con lo manifestado anteriormente, el antes citado autor doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón¹⁷ señala que la causa y origen del silencio administrativo de efectos negativos radica en que, en virtud de la autotutela administrativa, conjunto de privilegios de los cuales goza la administración, el juez, no puede interferir en el desarrollo de las actividades propias de esta; sino que la posibilidad de revisar las actuaciones emanadas de

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Judicial, tercera edición, Lima, 2004.

¹⁶ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001

¹⁷ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, Revista Ruptura No. 46, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2003.

la administración está supeditada a que el juez enjuicie a posteriori para verificar que las decisiones tomadas estén enmarcadas en la legalidad. Este control podría, a decir del citado autor, ser eludido fácilmente por la administración, al omitir pronunciarse sobre una petición puesta a su consideración, con lo cual el juez no podría actuar, quedando afectados eventualmente los derechos de los administrados.

Con este antecedente, el citado autor concluye, en el texto de la referencia (Benalcázar, 2003, p. 184), lo siguiente:

a) El silencio administrativo de efectos negativos constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento del acto o resolución administrativa previa con el concreto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal, y de permitir la fiscalización judicial. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no traduce novedad alguna en la situación jurídico-sustancial del administrado; no agrega ni quita nada, pues solamente confirma en derecho una situación de hecho: el interesado no adquiere lo que solicita o pretende.

b) El silencio administrativo negativo se lo ha instituido en beneficio del administrado o contribuyente, como uno más de los medios de garantía jurídica que le otorga el derecho positivo. Es un contrapeso necesario a los privilegios de autotutela.(...)

c) El silencio administrativo negativo no exime a la administración de su deber de resolver expresamente, (...) esto da lugar a la posibilidad de resoluciones expresas tardías, es decir, aquellas que se producen luego de cumplido el plazo dentro del cual se debió decidir y que tienen un cierto valor jurídico, aun cuando se haya iniciado un proceso ante los órganos jurisdiccionales. (...)

El tratadista Gustavo Penagos¹⁸, en su libro “El Silencio Administrativo” (1997), precisa que la doctrina ha señalado de forma enfática que el silencio administrativo negativo no constituye un acto, ni presunto ni tácito, toda vez que no se encuentra implícita decisión alguna, ni sus efectos tienen valor de un acto; no concurre la voluntad de la administración. Más adelante, el mismo autor, concluye que esta figura con efectos negativos constituye simple y llanamente una herramienta que permite a los administrados el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁸ PENAGOS, Gustavo, *El Silencio Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.

Ernesto García – Trevijano Garnica¹⁹ (1990, p. 89 y 90) , reforzando lo manifestado por el citado tratadista, en el texto “El silencio administrativo en derecho español” establece:

“Se trata, por tanto de una simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos; constituye así el contrapeso necesario e imprescindible al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sin que suponga – como señaló – A. Royo Villanova – la introducción de novedad alguna en el mundo jurídico (excepto el derivado de su propia naturaleza y finalidad), pues únicamente confirma en derecho una situación de hecho (el particular interesado no adquiere el derecho que solicita).

Por tanto, del silencio negativo no surgen actos presuntos (o efectos con valor de tales), toda vez que, como se ha señalado, no existe (aún por presunción) voluntad de la administración ni sustitución de la misma por la ley, por lo que no estamos en presencia de acto administrativo alguno.

El silencio negativo constituye lisa y llanamente un mero remedio procesal, no menos importante por tal circunstancia, pero en modo alguno subsumible dentro de la tipología de los actos administrativos, no siéndole, por ende, aplicable la teoría general sobre los mismos. Es, por tanto, inexacto que el ordenamiento jurídico presuma la existencia de acto a pesar de lo que a veces se sostiene”

En síntesis, el silencio administrativo negativo, constituye una ficción legal por la que, se entiende denegada la petición presentada, en virtud de que, la administración no ha resuelto la pretensión del administrado en el plazo determinado para el efecto por la ley.

Esta ficción legal, a modo de resolución desestimatoria, produce el principal efecto de que comienzan los plazos para interponer el recurso contencioso administrativo.

3.2 Silencio Administrativo Positivo

Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, la creación e incorporación de la figura del silencio administrativo nace de la necesidad de resguardar los derechos de los administrados, y principalmente de garantizar el cumplimiento del derecho constitucional de

¹⁹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990.

petición, mismo que bajo ningún precepto puede ser vulnerado por la inactividad de la administración.

Cabe precisar que el efecto positivo que genera la omisión de la administración, al configurarse el silencio administrativo, no constituye bajo ningún concepto un acto administrativo; afirmación que se apoya en lo manifestado por el tratadista Gustavo Penagos²⁰ (1997, p.19 y 20) quien entre otras cosas, señala lo siguiente:

“El acto administrativo es una decisión proferida por cualquier órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa, o por los particulares autorizados por la ley que crea, modifica o extingue una relación jurídica.

Conforme a esto, se observa que para que haya un acto administrativo se requiere que exista:

1. Una decisión de un órgano que la profiera.
2. Para que la decisión produzca efectos jurídicos, la ley exigen que se publique, notifique o comunique. (...)

La doctrina en general señala como elementos para la validez del acto administrativo los siguientes:

1. Órgano competente,
2. Voluntad administrativa,
3. Contenido u objeto
4. Forma o procedimiento
5. Fin.

De estos elementos se requiere para la existencia de la decisión, por lo menos:

1. El órgano que profiera el acto;
2. El contenido; y,
3. El cumplimiento de un requisito especial en caso de que la ley así lo exija para la existencia de la decisión.”

²⁰ PENAGOS, Gustavo, *El Silencio Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.

La aceptación tácita de la petición planteada por el administrado, producida por haber operado el silencio administrativo bajo ningún punto de vista cumple con los requisitos previstos para la existencia y validez del acto administrativo, toda vez que la administración no profiere una decisión, a través de la cual manifiesta su voluntad de manera expresa, elemento este último esencial del acto administrativo. En relación con este tema, García-Trevijano Garnica²¹ (1990) señala que la voluntad se exterioriza a través de la palabra, escrito o signos convencionales, que constituyen una manifestación expresa de la misma; circunstancia que no opera en el caso del silencio administrativo que se genera precisamente por la falta de expresión de la administración de su voluntad.

Sobre lo dicho, el tratadista italiano Guido Zanobini²², (año, p. 362 y 363) en su obra “Curso de Derecho Administrativo” ha señalado que “se tiene el silencio, cuando no sea posible establecer el contenido de la voluntad, ni siquiera con medio indirectos.” Gustavo Penagos, adicionalmente manifiesta que no se debe confundir el silencio administrativo con el acto tácito, ya que este último constituye una forma de expresar la voluntad de la administración, mientras el silencio simplemente presupone justamente la falta de establecimiento de esta, y en tal virtud, y con el fin de proteger y salvaguardar el derecho constitucional de petición, a esta inactividad la propia ley le otorga efectos positivos; sin que, en tal virtud pueda establecerse la voluntad de ésta.

La configuración del silencio administrativo positivo trae consigo como consecuencia la aceptación tácita de la petición hecha por el administrado, lo cual, está previsto, tal como se manifestó, en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, de forma “indiscriminadamente generalizada”, lo que ha ocasionado dificultades al momento de su aplicación, tanto para la administración como para el administrado.

Por esta razón, de conformidad con lo manifestado por Edgar Neira Orellana, “las condiciones jurídicas para que opere el silencio administrativo de efectos positivos son la existencia de una petición debidamente fundamentada, que no contravenga el orden jurídico y que dentro del plazo legal la administración no haya expedido resolución expresa.” De forma más detallada, y tal como se manifestó anteriormente, el citado autor señala que las

²¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990.

²² ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Dott. A Guiffre Editore, Milano, 1958.

condiciones legales para que opere el silencio administrativo son: que exista previsión legal, esto es, que la ley otorgue efectos negativos a la inactividad de la administración; que se haya planteado la petición en la forma prevista por la norma, debiendo la misma contar con todos los requisitos legales o reglamentarios previstos para tal efecto.; que la petición haya sido planteada por el administrado ante autoridad competente; que el pedido esté enmarcado en la legalidad; que la petición no afecte derechos de terceros; y, por último, que haya transcurrido el tiempo previsto en la norma para que opere el silencio administrativo sin que el ente estatal haya atendido la pretensión del administrado.

En concordancia con esta afirmación, el doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón²³ (2003, p. 193) manifiesta que:

(...) el silencio administrativo positivo genera inseguridad e incertidumbre para el administrado o contribuyente, quien aparentemente, resulta beneficiado por la figura. (...) la doctrina considera que el silencio administrativo positivo sólo podría operar cuando la petición cuando la petición o pretensión es conforme a derecho, dentro de los límites del ordenamiento jurídico y cuando se han cumplido los requisitos esenciales que condicionan una resolución expresa. De no observarse estos postulados, simplemente no se genera ningún efecto legal, ante lo cual surgiría un problema, especialmente en aquellos casos en que el administrado o contribuyente tiene la posibilidad de ejecutar por sí mismo lo obtenido por silencio, pues deberá apreciar y decidir unilateralmente – evidentemente sin ayuda de una administración silente e incumplidora - si verdaderamente obtuvo lo solicitado y los límites de su actuación. Si no acierta en sus apreciaciones, se verá sometido al riesgo de las correcciones que en derecho correspondan, por no tener el soporte legal, lo supuestamente ganado por silencio, o por haberse excedido de la medida legal. (...) el silencio positivo es concebido como una táctica para agilizar la actuación administrativa, aunque sea a través de un acto presunto, permitiendo una relativamente rápida respuesta al interesado, pero siempre sobre la base de que éste haya cumplido previamente con todos los requisitos exigidos en el caso concreto de que se trate. En otras palabras, el silencio positivo no constituye un instrumento para

²³ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, Revista Ruptura No. 46, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2003.

liberar al administrado del cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (...)

Ernesto García – Trevijano Garnica (1990, p. 179), en la obra citada anteriormente, abordando el tema desde la óptica del administrado, señala que:

“(...) desde la perspectiva del interesado, la efectividad del silencio positivo es más que dudosa. Cuando sea discutible u opinable si la petición se acomoda o no a la legalidad, el interesado –si opta por actuar- se verá sumido en un indudable riesgo; como ha señalado Santamaría Pastor, el interesado se encontrará en el dilema de hacer o no hacer uso del silencio, sin que ni siquiera pueda en principio acudir a los Tribunales para que se clarifique su situación, ya que no puede actuar como demandante para que se confirme un acto presunto (por silencio positivo).”

La configuración del silencio administrativo positivo trae consigo los siguientes efectos:

- El nacimiento de un acto presunto, que a decir de Edgar Neira Orellana (2003), goza de legitimidad, ejecutoriedad y que está llamado a cumplirse.

El acto presunto es aquél que se imputa a la administración pública que debió resolver en plazo y no lo hizo. Realmente no existe declaración de voluntad administrativa, sino que se efectúa una imputación de la misma para garantizar la debida protección al interesado (definición obtenida de la página web <http://leyes.tv/textos/silencio-administrativo/actos-resuntos.php>).

Gustavo Penagos (1997, p. 34), citando a Escola, manifiesta en relación con los efectos que se ha otorgado a la figura del silencio administrativo positivo, que “(...) se admite que, conforme a las normas legales aplicables, existe una resolución tácita, un acto presunto del órgano correspondiente”

En concordancia con lo citado con anterioridad, el hecho de haber operado el silencio administrativo, en virtud del decurso del tiempo previsto para tal efecto en la norma, no implica bajo ningún concepto la emisión de un acto administrativo, en tanto en cuanto la administración no ha realizado ningún tipo de análisis o proceso a través del cual se ha ido formando su voluntad y peor aún la ha exteriorizado de manera alguna; constituyendo por lo tanto el efecto positivo una ficción prevista en la norma jurídica, o

mejor dicho, una presunción jurídica, a través de la cual se aprueban las pretensiones de los administrados.

- Surgimiento de un derecho autónomo como consecuencia de haber operado el silencio administrativo positivo.

A decir de Edgar Neira Orellana (2003, p.), “el derecho autónomo significa que el acto presunto de aceptación tácita es independiente de las circunstancias administrativas anteriores a su origen, al que no le afecta una resolución administrativa expresa dictada fuera del término legal para resolver la petición de que se trate”

Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. En sentencia expedida el 10 de diciembre de 1997, y publicada en la Gaceta Judicial, año XCVII, serie 16, N° 10, p. 2716.²⁴, la Sala de lo Contencioso– Administrativo de la Corte Suprema precisa 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. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28. de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso–administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta (...) precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino mas bien una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo.

²⁴ Juicio Seguido por Agip Ecuador, en contra del Ministerio de Energía y Minas y Petrocomercial

- Caducidad de la competencia del servidor administrativo

La falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo concedido para tal efecto por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, trae consigo, como consecuencia, la caducidad de la facultad del servidor público de resolver la petición puesta en su conocimiento y en tal virtud su competencia en razón del tiempo.

En el supuesto de que el ente público obligado a atender una petición emitiera un pronunciamiento o resolución fuera del tiempo otorgado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, este acto administrativo sería nulo de pleno derecho, de acuerdo con lo previsto en los artículos 94 y 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en virtud de que el mismo sería emitido por una autoridad que no es competente para tal efecto en virtud del tiempo, y ya que eventualmente, la misma contrariaría al derecho autónomo obtenido en virtud de haber operado esta figura legal.

Cabe precisar que el acto de notificación debe realizarse dentro del plazo de quince días previsto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, ya que solo a través de la misma, los actos administrativos alcanzan eficacia, conforme lo prevé el artículo 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

- Nace el derecho de accionar el derecho autónomo que ha nacido como consecuencia del silencio administrativo positivo, en la vía de ejecución, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo cual ha sido objeto de varios pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, que ha señalado de forma reiterada en sus fallos que el administrado beneficiario de los efectos del silencio administrativo, podrá accionar en la vía contencioso administrativa, para que se ejecute el derecho que nació a su favor.

4. Características de las peticiones y pretensiones que puedan ser aceptadas tácitamente en virtud de haber operado el Silencio Administrativo.

Sobre la base de todo lo expresado anteriormente, y considerando especialmente los aspectos analizados a lo largo de este capítulo, me permito señalar de manera sintética

cuales son las características que a mi criterio deben observar las peticiones a efecto de que sea aplicable en ellas el efecto positivo del silencio administrativo:

Debe estar dirigida a autoridad competente

- Debe estar enmarcada en la legalidad, es decir, debe ser acorde con el ordenamiento jurídico vigente.
- Debe encontrarse debidamente fundamentada, para lo cual, en la misma deberá incluirse un detalle de los antecedentes y de la normativa legal aplicable. Cabe precisar que es indispensable que se adjunte a la misma toda la documentación relacionada con la pretensión del administrado, a efecto de que la administración cuente con todos los elementos que permitan la formación de la voluntad administrativa.
- Debe haber observado los procedimientos y formalidades previstas para su formación.
- Debe encontrarse limitada a los derechos que por ley le correspondan únicamente al solicitante, sin afectar bajo ningún a terceros.

5. Análisis de Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en torno a la ejecución de los derechos adquiridos en virtud de haber operado el silencio administrativo

Los jueces y magistrados de las altas Cortes de nuestro país, han desarrollado un papel fundamental en el desarrollo y regulación de la figura del silencio administrativo, cuyos pronunciamientos han permitido cubrir los vacíos que genera la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

En un principio, las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ratificaban la aceptación de la petición efectuada, sin un mayor análisis de la existencia de elementos esenciales para la aplicación del silencio administrativo, como la competencia de la autoridad a quien se dirige el administrado, así como la determinación de que la pretensión planteada es lícita.

En relación con lo manifestado, me permito citar ocho sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, y que ejemplifican la observación efectuada anteriormente:

GRÁFICO No. 1			
Actor:	Demandados:		Fecha de la sentencia:
AGIP GAS ECUADOR S.A.	MINISTRO DE ENERGIA Y MINAS EMPRESA DE COMERCIALIZACIÓN Y TRANSPORTE DE PETRÓLEOS DEL PETROCOMERCIAL	Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716.	10 de diciembre de 1997
<p>La sentencia citada, en su considerando cuarto textualmente establece "(...)En torno a la materia conviene señalar como el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que conforme lo enseña la doctrina y jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria 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, 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. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo en reemplazo del efecto negativo que 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 Política 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.(...)"</p>			
Fuente: Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716			

En una segunda oportunidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado en el mismo sentido, conforme se detalla en el cuadro siguiente:

GRÁFICO No. 2			
Actor: YOLANDA OTTATI	Demandado: MUNICIPIO DE AZOGUEZ	Juicio No. 168/98 Resolución No. 195/99	Fecha de la sentencia: 21 de junio de 1999
<p>Esta sentencia, en su considerando cuarto señala: “Por otra parte, es de trascendental importancia doctrinaria referirnos a un aspecto al que no se refiere la sentencia: la aceptación por el ministerio de la ley, debido al silencio administrativo que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, frente a la solicitud inicial presentada por la actora. Es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen. Así consta de sendos fallos tanto del Consejo de Estado Francés como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, y evidentemente tiene indiscutible trascendencia en nuestro derecho desde la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado vigente. En el caso, es evidente que habiendo transcurrido más del término de quince días sin que se diera respuesta a la actora, su petición inicial fue aprobada por el ministerio de la ley; más, también no es menos evidente que tal solicitud inicial pretendía el que se deje sin efecto la primera resolución de 24 de febrero de 1997, la cual precisamente, se resolvió dejarla sin efecto en sesión de 17 de junio de 1997, en sustitución de la cual precisamente se aprobó la resolución impugnada en esta causa. Por lo anterior, es evidente que lo relativo a la aprobación por el ministerio de la ley no podía ser materia de resolución en este proceso; siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el ministerio de la ley de las pretensiones no contrarias a derecho presentadas ante autoridad competente, como consecuencia del silencio administrativo y en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización vigente.(...)”</p>			
Fuente: Sistema informático Lexis			

En una tercera oportunidad, la referida Corte, se pronunció en el mismo sentido, constituyéndose por lo tanto estos fallos de triple reiteración en jurisprudencia:

GRÁFICO No. 3			
Actor: FERNANDO OTTATI	Demandado: MUNICIPIO DE AZOGUEZ	Juicio No. 169-98 Resolución No. 217/99	Fecha de la sentencia: 13 de julio de 1999
<p>Nuevamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema en el considerando cuarto, lo siguiente: “(...) CUARTO: Por otra parte, es de trascendental importancia doctrinaria referirnos a un aspecto que no toca la sentencia: la aceptación por el ministerio de la ley, debida al silencio administrativo que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, frente a la solicitud inicial presentada por el actor. Es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo</p>			

durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen. Así consta de sendos fallos tanto del Consejo de Estado Francés como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, y evidentemente tiene indiscutible trascendencia en nuestro derecho desde la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado vigente. (...) es evidente que lo relativo a la aprobación por el ministerio de la ley no podía ser materia de resolución en este proceso; siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el ministerio de la ley de las pretensiones, no contrarias a derecho, presentadas ante autoridad competente, como consecuencia del silencio administrativo y en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización vigente.”

Fuente: Sistema informático Lexis

De la lectura de la jurisprudencia transcrita, se evidencia que los jueces, en una primera etapa únicamente señalan de manera muy general que las pretensiones contrarias derecho, no pueden entenderse aprobadas aún por el decurso del a ley.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, la Corte Suprema de Justicia, fue añadiendo más elementos a través de sus sentencias, que han permitido una aplicación de la figura del silencio administrativo con efectos positivos, que sea más consistente con el ordenamiento jurídico vigente.

Es así que, en sentencia que me permito mencionar a continuación, citando a los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, (2004, pp. 587 y 588) ²⁵, ha evidenciado las tres líneas jurisprudenciales que ha surgido en torno a la aplicación de esta figura desde la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, y que me permito transcribir a continuación:

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12ª edición, Thomson -Civitas, Madrid, 2004.

GRÁFICO No. 4

<p>Actor:</p> <p>ANABELLE MAZA RIVILLA</p>	<p>Demandado:</p> <p>MINISTERIO DE FINANZAS Y CRÉDITO PÚBLICO</p> <p>MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA</p> <p>DIRECTOR DEL HOSPITAL EUGENIO ESPEJO</p> <p>PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO</p>	<p>Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3660.</p>	<p>Fecha de la sentencia:</p> <p>21 de agosto de 2002</p>
<p>"El problema mayor, y prácticamente el único que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por este medio y 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 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 a la seguridad jurídica consideró, en cambio, que siendo el silencio administrativo 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 ganados adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho (...)"</p>			
<p>Fuente: Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3660.</p>			

En relación con esta cita, la sentencia precisa que la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha adoptado la solución intermedia, consistente en considerar que mediante el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adoleciera de vicio de nulidad absoluta y siempre que la acción planteada se haya dirigido a la autoridad competente.

Una vez que la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, definió la línea jurisprudencial a la cual se alinearía al momento de expedir sus sentencias, y expidió fallos de casación en los cuales se desarrollan de forma más

extensa los requisitos que debe cumplir la petición planteada, a efecto de que la misma pueda ser aceptada en virtud de haber operado el silencio administrativo positivo por el decurso del tiempo previsto para tal efecto en la norma. A continuación me permito citar varios ejemplos de estas sentencias, que a mi criterio, contienen elementos fundamentales dentro del análisis efectuado en el presente trabajo de investigación:

GRÁFICO NO. 5			
Actor:	Demandado:		Fecha de la sentencia:
LUIS, MERY LEONOR, JESÚS CRISTINA, MARIANA Y LUIS MARÍA BUSTAMANTE PÉREZ	DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCIÓN DE AVIACIÓN CIVIL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 283.	10 de noviembre de 2004
<p>“Ahora bien, conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley. (...) QUINTO.- Sin perjuicio de lo antes señalado conviene anotar que en el proceso de ejecución del derecho adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo las dos circunstancias que se debe establecer en dicho proceso son si la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente para dejar sin efecto el acto impugnado y si lo aprobado por el silencio administrativo se halla afectado por nulidad insubsanable, asuntos ambos que son de puro derecho, por lo que el trámite de ejecución no debe tener prueba. (...)”</p>			
Fuente: Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 283.			

GRÁFICO NO. 6

Actor: MIGUEL FERNANDO HERMIDA Y OTROS	Demandado: MUNICIPIO DE CUENCA	Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 2033. JUICIO 19/2005	Fecha de la sentencia: 2 de octubre de 2007
---	---	---	--

“QUINTO: En lo que 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 invaliables. 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 invaliables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos.- La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presume legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos posteriores 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 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 invaliables, 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.”

Fuente: Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 2033.

GRÁFICO NO. 7

<p>Actor:</p> <p>ELIZABETH DE LOURDES QUIZHPI FARFÁN, POR SUS PROPIOS DERECHOS Y COMO PROCURADORA COMÚN DE LUISA MARTHA FARFÁN MATUTE, LETICIA MERCEDES Y ANITA DE LOS ANGELES QUIZHPI FARFÁN</p>	<p>Demandado:</p> <p>MUNICIPIO DE CUENCA</p>	<p>Expediente de Casación 245-09.</p> <p>JUICIO 184/2006</p>	<p>Fecha de la sentencia:</p> <p>20 de julio de 2009</p>
---	--	--	--

“CUARTO.- En el presente caso, el thema decidendum consiste en determinar la procedencia de la ejecución, solicitada por las actoras de un acto administrativo presunto derivado de la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y de la conducta omisa de la autoridad competente al no atender una petición por la que solicitan "se deje sin efecto la contribución de un cuerpo de terreno de 579 metros cuadrados, que como contribución comunitaria se impuso a los propietarios... en razón de la lotización de un inmueble suyo: y, en consecuencia, se restituya a las comparecientes la propiedad de dicho bien. En el criterio que forma parte de los fallos de triple reiteración que sobre la ejecución de los efectos del silencio administrativo ha desarrollado esta Sala, se señala que en la intervención de los jueces dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, ellos han de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales que se analizarán a continuación.

QUINTO.- En lo que respecta a los requisitos sustanciales, es preciso señalar que, 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 inval道ables que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquéllos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquéllos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido 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 administrativo en razón de su legitimidad. 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 éste 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 concierne 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 pueda 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 lo 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, pues no puede exigirse 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 correspondería a los tribunales distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones tácticas 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 destaca sus fundamentos jurídicos y tácticos: de los primeros, se ha de derivar la cobertura legal para pedir lo que efectivamente se pide. En este aspecto, es preciso verificar la regularidad de la petición presentada en esta causa, esto es que "se deje sin efecto la contribución de un cuerpo de terreno de 579 metros cuadrados, que como contribución comunitaria se impuso a los propietarios..." en razón de la aprobación del plano de una lotización de propiedad de las actoras que permitió que el área materia de la reclamación pase a dominio municipal para uso comunal y consecuentemente público. La lotización mencionada fue aprobada el 30 de mayo de 1994 por la Comisión de Urbanismo, ratificada por el I. Concejo Cantonal el 9 de junio del mismo año, protocolizada en una de las notarías del cantón Cuenca el 11 de julio de 1994 e inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 con el número 292 el 21 de julio de 1994. Esta aprobación se dio con sujeción a la Ordenanza que regula la contribución comunitaria en parcelaciones y urbanizaciones que se encuentran dentro del sector urbano del cantón Cuenca y sus cabeceras parroquiales rurales, publicada en el mes de julio de 1993, la misma que guarda relación con el artículo 249 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Las actoras en su petición que consta a fojas 5, afirman que "por cuanto no existe figura jurídica, ni en la Constitución y ni en la Ley, que establezca como forma de adquirir el dominio de las cosas ajenas la (contribución comunitaria)" pretenden que se restituya a las comparecientes dicho inmueble, sin embargo, no señalan concretamente una disposición legal que reconozca su derecho a solicitar lo que pretenden, por tanto, su pedido carece de motivación. De todo lo mencionado se desprende que no es posible considerar que el eventual acto administrativo presunto, con el que la Municipalidad de Cuenca por su omisión hubiese reconocido el derecho de las actoras a dejar sin efecto la referida contribución comunitaria sea estimado regular, en este sentido, de conformidad con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución de 1998,

actualmente, literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República vigente: y el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado. Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, dicho acto genera nulidad de pleno derecho por ser inmotivado, por no encontrarse fundamentado en base jurídica alguna que cubra su contenido. Al contrario, para que el acto administrativo presunto, que en el presente caso, se alega como prueba del derecho, sea regular se habría requerido que la ley u otra norma jurídica determine el derecho de las actoras a que la autoridad deje sin efecto una contribución comunitaria y les restituya el dominio del inmueble, junto al reconocimiento de la ilegitimidad del acto administrativo por el cual se ordenó dicha contribución. Sólo en tal caso hubiera sido posible considerar la procedencia de la solicitud pretendida.”

Fuente: Sistema informático Lexis

Por último, me permito citar la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, que tiene relación con la emisión de la certificación prevista en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, misma que en sus considerandos primero y quinto prevé lo siguiente:

GRÁFICO NO. 8

Actor:	Demandado:		Fecha de la sentencia:
<p>ELIZABETH DE LOURDES QUIZHPI FARFÁN, POR SUS PROPIOS DERECHOS Y COMO PROCURADORA COMÚN DE LUISA MARTHA FARFÁN MATUTE, LETICIA MERCEDES Y ANITA DE LOS ANGELES QUIZHPI FARFÁN</p>	<p>MUNICIPIO DE CUENCA</p>	<p>Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4796. JUICIO 184/2006</p>	<p>20 de julio de 2009</p>
<p>“PRIMERO.- Habiéndose alegado en su oportunidad la aprobación de lo solicitado por los accionantes como consecuencia del silencio administrativo e interponiéndose la casación, entre otros motivos por una presunta falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales relativos al silencio administrativo, parece oportuno una vez más referirnos a lo que ha sido la doctrina constante de esta Sala en relación a los efectos de la institución del silencio administrativo, que de conformidad con lo establecido en el Art. 28 de la Ley de</p>			

Modernización del Estado tiene carácter positivo, es decir que: "En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante". Conforme lo manifestamos en la resolución Nro. 321-97 en el juicio seguido por Agip - Ecuador S.A. contra el Ministerio de Energía y Minas; en la resolución Nro. 195-99 dentro del juicio Nro. 168-98 y en la resolución Nro. 217-99 dentro del juicio Nro. 169-98, los cuales se encuentran publicados en la Gaceta Judicial correspondiente a mayo -agosto de 1999, Serie XVI Nro. 15, "es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y jurisprudencias 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 si no de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho este que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen", 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 esta 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. (...)De conformidad con las reformas del Art. 28 de la misma ley. "...el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado (aquel que es necesario para que se produzca el silencio administrativo y que por regla general es de quince días), 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 le correspondan" (lo que está entre paréntesis es de la Sala) tanto del texto que habla de la obtención por este medio de un instrumento público a favor del accionante, como de la doctrina que remonta el origen de esta disposición a la ley española, se aprecia que la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino al contrario un procedimiento para darle viabilidad; de allí que por una parte parece evidente que el interesado esté munido de la facultad de utilizar para la petición al administrador, de esta certificación o instrumento público, de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito, para que por intermedio de este 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.

Segundo.- (...) más tal circunstancia no vicia de nulidad una resolución en la que se hubiere aceptado la

petición, sino de ilegalidad que bien pudo evitarse, ya dando oportuna contestación al pedimento, negándolo por tal razón, ya recurriendo a un recurso de lesividad en caso de haberse concedido, para que tal concesión declarada ilegal no surta efecto. Lo anterior nos lleva a la evidente conclusión de que el silencio administrativo en el caso originó la aprobación de lo solicitado por los accionantes.”

Fuente: Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4796.

Conforme a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de Justicia, en las sentencias citadas, con el fin de hacer efectivos los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efecto positivo, los jueces deben cuidar de que se cumplan los siguientes requisitos:

- La petición debe estar dirigida a autoridad competente.
- La petición, de haber sido aprobada de manera expresa, no adolezca de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, y que por tanto se encuentre enmarcada dentro del ámbito permitido por la ley. Debe por lo tanto tratarse de un acto regular, entendiéndose por tal a aquel merecedor de protección jurídica, es decir, aquellos respecto de los cuales se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. Caso contrario se desvanece la presunción de legitimidad de la que gozaría un acto expreso por contener el mismo vicios invaliables, lo que derivaría en que el acto presunto generado por la omisión de la administración, bajo ningún concepto, pueda ser ejecutado.

El acto presunto, puede ser considerado legítimo y ejecutable, lo cual implicaría que el mismo ha generado derechos a los administrados, no pudiendo ser modificado o extinguido por actos administrativos ulteriores.

En relación con este tema, la Corte Suprema de Justicia manifestó que sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela puede dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho, expreso o presunto, aún cuando se alegue que se han generado derechos para el administrado, toda vez que el mismo afecta el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. En relación con los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, señala que “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 pueda 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.

- Por último, y en relación con la expedición de la certificación prevista en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia señaló que el procedimiento previsto para la emisión de esta, lejos de entorpecer el derecho de los administrados, procura más bien viabilizar el mismo, precisando que, en el supuesto de que no se obtuviere ni voluntariamente ni mediante el procedimiento judicial previsto para el efecto, no implica bajo ningún concepto que 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.”

Los citados elementos, en especial los dos primeros, deben ser objeto de análisis por parte de los jueces que conocen las causas relativas a la aplicación del Silencio Administrativo con efectos positivos, ya que constituyen ambas circunstancias de pleno derecho; y, en tal virtud, el trámite que se debe observar dentro de las acciones incoadas es de ejecución y no de conocimiento, no pudiendo, a decir de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cambiar su naturaleza a cuenta de verificar la validez del acto presunto.

CAPÍTULO III

1. Proyecto de Reforma a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada

A lo largo de este trabajo de investigación hemos tratado de evidenciar los diversos inconvenientes que surgen al aplicar el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada; lo cual, a criterio de la autora del mismo, amerita el planteamiento de un proyecto de reforma a la citada disposición, que permita brindar mayor seguridad jurídica tanto a la administración como a los administrados, en la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo.

En tal virtud, a continuación planteamos un proyecto de Ley Reformatoria del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, de conformidad con lo siguiente:

Exposición de motivos

De conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, la Administración Pública se encuentra obligada a pronunciarse en relación con cualquier petición o pretensión formulada por los administrados; sin embargo, esta obligación de manera previa a la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, no conllevaba el deber de la administración de dar respuesta oportuna a la misma, lo que derivaba en la inobservancia de este precepto, e implicaba un perjuicio para los administrados.

Con la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, la intención del legislador fue establecer un plazo razonable, un límite temporal, a efecto de que la administración cumpla con su obligación de resolver toda petición efectuada por el administrado, y así hacer efectivo el derecho de petición.

El silencio administrativo tiene su origen y justificación en el derecho de petición; y fue concebido como un mecanismo para hacer efectivo el mismo y así evitar la arbitrariedad de la administración.

Es así que, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, textualmente dispone:

“Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

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

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

Pese a lo dicho, el legislador no incorporó en la disposición transcrita las condiciones jurídicas necesarias para que opere el silencio administrativo, lo que hace

indispensable la revisión de esta disposición, que otorgue mayor certeza al momento de su aplicación.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

- Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral sexto de su artículo 120 establece como atribución de la Función Legislativa expedir, codificar, reformar, derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio;
- Que, la Norma Suprema, en su artículo 66 numeral 23, reconoce y garantiza a las personas el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas;
- Que, con la finalidad de garantizar el derecho de petición, el entonces Congreso Nacional, expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, misma que fue promulgada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993, disposición que en su artículo 28, en concordancia con lo prescrito en el Norma Suprema vigente a la época, consagra el derecho de petición de las personas, precisando que frente a la inactividad de la administración dentro del término de quince días, operará la figura del silencio administrativo con efecto positivo;
- Que, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Nacional de Justicia, han evidenciado en sus sentencias la necesidad de introducir una reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, toda vez que se requiere regular de mejor forma la figura del silencio administrativo con efecto positivo, con la finalidad de brindar seguridad jurídica tanto a la administración como a los administrados al momento que opere la misma,

permitiendo además hacer efectivo el derecho de petición consagrado en el Constitución de la República del Ecuador;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL
ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA**

Artículo 1.- Sustituir el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, por el siguiente:

Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

El reclamo o petición al que se refiere este artículo, deberá contener los siguientes requisitos:

1. Ser planteada ante autoridad competente;
2. Contar con los fundamentos de hecho y de derecho que permitan a la administración conocer la pretensión del peticionario, debiendo la misma estar enmarcada en la legalidad;
3. Adjuntar, de ser pertinente, la documentación que respalde los asertos constantes en la petición, a efecto de no retardar el despacho de la petición efectuada, ni suspender su tramitación; y,
4. Ser planteada por la vía administrativa prevista por la ley para tal efecto, observando las formalidades del caso.

En ningún órgano administrativo se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados; pudiendo únicamente suspenderse la tramitación de las mismas, por un término máximo de cinco días, cuando deba requerirse la subsanación de deficiencias y/o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido, que cumpliera con los requisitos señalados anteriormente, ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. De no expedir el funcionario responsable la certificación a la que se hace referencia, el requerimiento hecho por el interesado, constituirá prueba suficiente de que el administrado, por este medio, ha tratado de obtener el citado documento, no siendo por lo tanto necesario que se realice ningún trámite adicional, ni administrativa ni judicialmente.

En el supuesto de que la petición aceptada por el decurso del tiempo requiriera la participación de la administración para su efectivización, y esta, por cualquier motivo, se negare, el interesado podrá solicitar la ejecución judicial del derecho adquirido, en un proceso sumario que no superará el término de treinta días.

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

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

2. Verificación de objetivos

Una vez desarrollada la investigación correspondiente al tema planteado, se han llegado a verificar los siguientes objetivos:

Objetivo general

Determinar si el silencio administrativo permite acceder a los derechos que se hacen efectivos ante la inactividad de la Administración Pública.

Este objetivo ha sido cumplido a lo largo de este trabajo de investigación, toda vez que, a través del análisis del ordenamiento jurídico vigente, de la doctrina expuesta, y la jurisprudencia y sentencias citadas, se han evidenciado una serie de problemas que surgen alrededor de la aplicación de la norma contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, y de los posibles perjuicios que puede ocasionar a la administración y a los administrados.

Objetivos específicos

- ✓ ***Analizar la doctrina nacional y extranjera emitida en torno a la institución del Silencio Administrativo Positivo y el derecho de petición, a efecto de lograr un amplio conocimiento sobre sus orígenes, evolución, efectos y forma de hacer efectivo el derecho autónomo que genera.***

Tal como se evidencia con la revisión del trabajo de investigación propuesto, se ha citado a importantes tratadistas nacionales e internacionales, cuyas obras han permitido obtener un conocimiento más elevado acerca del derecho de petición y de la figura del silencio administrativo, lo que ha coadyuvado a definir los inconvenientes que surgen alrededor de la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, elementos que permitieron plantear un proyecto de reforma a la citada disposición.

- ✓ ***Analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo relacionado con el Silencio Administrativo y el derecho de petición.***

Se efectuó un amplio análisis en relación con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, determinándose los diferentes inconvenientes que surgen en su aplicación, así como los vacíos que la Corte Suprema y la Corte Nacional de Justicia han determinado en sus sentencias, y que han pretendido sortear en procura de respetar el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- ✓ ***Determinar de manera clara e inequívoca las pretensiones que en virtud del Silencio Administrativo deben ser aceptadas tácitamente***

En el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, se determinaron los requisitos que deben observar las pretensiones que, por el decurso del tiempo y consiguiente efectivización del silencio administrativo con efectos positivos, se entenderán aceptadas, destacando principalmente que las mismas deben observar el ordenamiento jurídico vigente y estar dirigidas a autoridad competente.

Adicionalmente, se determinó una serie de peticiones, que por su naturaleza, bajo ningún punto de vista, pueden ser aceptadas por el simple decurso del tiempo.

- ✓ ***Determinar la manera en la cual se hace efectivo el derecho autónomo que nace el momento en el cual opera el Silencio Administrativo, y de ser el caso proponer una reforma a la Ley de Modernización del Estado***

Una vez realizado un análisis doctrinario y legal de la figura del silencio administrativo en el Ecuador, se evidenció la necesidad de plantear un proyecto de reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, con el fin de brindar mayor seguridad a quienes requieren la aplicación de esta norma en virtud de la inactividad de la administración pública; proyecto que se incorpora en el presente capítulo.

3. Contrastación de Hipótesis

La hipótesis planteada de manera previa a desarrollar el presente trabajo de investigación es la siguiente:

La Ley de Modernización del Estado deberá ser reformada determinando de manera claramente qué pretensiones y peticiones pueden ser tácitamente aceptadas sin contrariar el ordenamiento jurídico, determinando inequívocamente cual es el procedimiento que deberán observar los administrados para hacer efectivo el derecho autónomo que surge en caso de operar el silencio administrativo.

Tal como se manifestó anteriormente, del estudio efectuado se determinó que la norma contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, no brinda certeza jurídica

ni a la administración ni a los administrados en cuanto a la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo.

Las altas Cortes de Justicia han jugado un importante papel en la incorporación, a través de jurisprudencia y sentencias, de elementos que permitan una adecuada aplicación del silencio administrativo con efectos positivos. Sin embargo, es indispensable que dentro del propio artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, consten elementos que permitan la correcta aplicación de esta figura, en beneficio de los intereses del Estado y los particulares. Por tal razón, se ha planteado la correspondiente reforma, que a criterio de la autora, incorpora elementos importantes dentro de la disposición señalada.

CONCLUSIONES

1. La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 23 de su artículo 66 reconoce y garantiza a las personas “el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas”.
2. El legislador, como un mecanismo para evitar la arbitrariedad por parte de la administración pública, y de reconocer y garantizar el derecho de petición, incorporó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, concretamente en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, la figura del silencio administrativo positivo, en virtud del cual, se obligó a toda entidad estatal a atender las peticiones dirigidas por los administrados, dentro del término de quince días; caso contrario, y por el simple decurso del tiempo, se entiende aceptada tácitamente la petición.
3. De las normas y la doctrina expuestos a lo largo del presente trabajo de investigación, así como del análisis efectuado se colige que la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, omite la inclusión de una serie de elementos que otorgaría certeza jurídica a la administración y a los administrados al momento de la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo, relacionados con los requisitos que debe observar la petición a efecto de que la aceptación tácita de la misma no implique un perjuicio a quienes se encuentren relacionados con ella o una vulneración del ordenamiento jurídico; esto es, que la petición no adolezca de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho.

Esta falta de determinación clara de los requisitos mínimos que deben cumplir las peticiones que por el decurso del tiempo pueden generar derechos autónomos como consecuencia de haber operado el silencio administrativo (entre los cuales se debe considerar la obligación del administrado de dirigir la misma a una autoridad competente, invocando la vía adecuada y sobre todo observando el ordenamiento jurídico y los derechos de terceros), ha derivado en una generalización indiscriminada en cuanto a la aceptación de cualquier reclamo, solicitud o pedido, sin necesidad de un pronunciamiento de la administración.

Las omisiones en que incurrió el legislador al momento de expedir esta norma, han tratado de ser suplidas por varios órganos del poder judicial. Es así que tal como se dijo

anteriormente, los jueces y magistrados de las altas Cortes de nuestro país, han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo y regulación de la figura del silencio administrativo, toda vez que los pronunciamientos y sentencias emitidas, han permitido cubrir los vacíos que genera la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

RECOMENDACIONES

1. Todos los servidores públicos, de conformidad con el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, están categóricamente obligados a aplicar directa e inmediatamente los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de oficio o a petición de parte. En tal virtud, el derecho de los administrados de recibir respuestas motivadas, frente a las quejas o peticiones planteadas, no puede bajo ningún concepto estar supeditado a la voluntad de la administración, la que está constitucionalmente obligada a dar atención oportuna a las mismas. Es por esto que, la omisión de un servidor público, en relación con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales señaladas, debe ser observada y sancionada, al amparo de la normativa vigente, y no ser considerada como un mero “olvido”, que no acarrea consecuencia alguna para el funcionario que actúa de forma negligente.
2. La administración pública no sólo está obligada a dar atención a las peticiones o quejas planteadas por los administrados, sino que la misma debe ser oportuna; esto es, debe observarse en todo momento los términos y plazos establecidos para tal efecto en las diferentes normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano; ya que, caso contrario, se vulneraría los derechos y garantías constitucionales de los administrados.
3. En base de lo manifestado a lo largo de este trabajo de investigación, y de lo precisado en las conclusiones, se hace evidente la necesidad de regular de forma clara, completa y adecuada la figura del silencio administrativo, procurando que la aplicación de la misma se encuentre enmarcada en el principio de legalidad y sobre todo en el respecto y observancia de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a favor de la administración y de los administrados. Es por esto, que, se ha planteado y se recomienda la reforma del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, procurando a través de la misma suplir los vacíos en que ha incurrido el legislador, y acoger los pronunciamientos de las altas cortes del Ecuador en lo que sea pertinente.

BIBLIOGRAFÍA

BARTRA CAVERO, José, *Ponencia "El Derecho de Petición"*, Revista Sapetre, Revista Virtual de la Facultad de Derecho, Universidad San Martín de Porres, Perú.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, 2007.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, Revista Ruptura No. 46, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2003.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Pamplona, 2012.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2006

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12ª edición, Thomson -Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, II, 9ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA FALCONÍ, José, *El Derecho Constitucional de Petición*, www.derechoecuador.com, 2011

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1955

LEXIS, Silec Pro, Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana.

MEYTHALER, José, *La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano*, Revista Juris Dictio, Universidad San Francisco, Quito, 2003

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Judicial, tercera edición, Lima, 2004.

NEIRA ORELLANA, Edgar, *Sobre la técnica del Silencio Administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos*, Revista Ruptura No. 46, Quito, 2003.

PENAGOS, Gustavo, *El Silencio Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.

SECAIRA DURANGO, Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004.

SECAIRA DURANGO, Patricio, *Introducción al derecho Administrativo*, Loja. UTPL, 2008.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Dott. A Guiffre Editore, Milano, 1958.

www.leyes.tv/textos/silencioadministrativo/actos-presuntos.php

http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro273.pdf

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/02/10/el-derecho-constitucional-de-peticion>

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_es.htm

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Suplemento del Registro Oficial 351, de 29 de diciembre de 2010.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Suplemento del Registro Oficial 303, de 19 de octubre de 2010.

Código Tributario, Suplemento del Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

Código Penal, Suplemento del Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

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

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Colombia

Constitución Política, Gaceta Constitucional 116 de 20 de julio de 1991.

Código Contencioso Administrativo, Diario Oficial 36.439 de 10 de enero de 1984

España

Ley 30/1992, del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Boletín Oficial del Estado 285, de 27 de noviembre de 1992

Argentina

Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Boletín Oficial de 27 de abril de 1972.