



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA**

**TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Incidencia del Silencio Administrativo, en los actos administrativos  
generados por la Contraloría General del Estado**

**TRABAJO DE TITULACIÓN.**

**AUTORA:** Velasco Dávila, Yolanda Zoraya, Dra.

**DIRECTOR:** Blacio Aguirre, Galo Stalin Dr. Ph.D.

**CENTRO UNIVERSITARIO QUITO**

**2016**

## **APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Doctor  
Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.  
DOCENTE DE LA TITULACIÓN  
De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado: “Incidencia del Silencio Administrativo, en los actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado”, realizado por la Dra. Yolanda Zoraya Velasco Dávila, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, junio de 2016

f)  
Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Yolanda Zoraya Velasco Dávila**, declaro ser autora del presente trabajo: **“Incidencia el Silencio Administrativo, en los actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado”**, de la Titulación de la Maestría en Derecho Administrativo; siendo el Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph D., Director del presente trabajo. Eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales, relacionadas con su contenido.

Certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”*

f).....

Autora: Dra. Yolanda Zoraya Velasco Dávila

Cédula: 0200867356

## **DEDICATORIA**

A seres maravillosos que desde el cielo siguen guiando mis pasos; y, aquellos que en la tierra me brindan cada día su mano.

## **AGRADECIMIENTO**

**A Dios, ser supremo**

A la Universidad Técnica Particular de Loja, por brindarme la oportunidad de estudiar a distancia y así cumplir mis objetivos.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN .....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS .....	iii
DEDICATORÍA .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
<b>RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>5</b>
<b>1. 1 Reseña histórica del silencio administrativo.....</b>	<b>6</b>
<b>1. 2 Antecedentes del silencio administrativo .....</b>	<b>29</b>
<b>1. 2. 1 ¿Qué es el silencio administrativo?.....</b>	<b>34</b>
<b>1. 2. 2 Definición del silencio administrativo.....</b>	<b>37</b>
<b>1. 2. 3 Normas legales del silencio administrativo.....</b>	<b>41</b>
<b>1. 2. 4 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.....</b>	<b>43</b>
<b>1. 2. 5 Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado.....</b>	<b>47</b>
<b>1. 2. 6 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.....</b>	<b>48</b>
<b>1. 2. 7 Código Tributario.....</b>	<b>51</b>
<b>1. 2. 8 Ley de Régimen Tributario Interno.....</b>	<b>53</b>
<b>1. 2. 9 Ley de Gestión Ambiental.....</b>	<b>53</b>
<b>1. 2. 10 Reglamento de Contratación de Servicios de Auditoría.....</b>	<b>54</b>
<b>1. 2. 11 Ley para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana.....</b>	<b>54</b>

1. 2. 13	<b>Ley de Minería.</b>	55
1. 2. 14	<b>Ley Orgánica de Educación Superior.</b>	59
1. 2. 15	<b>Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.</b>	59
1. 2. 16	<b>Clases de silencio administrativo.</b>	60
1. 2. 17	<b>Silencio administrativo positivo.</b>	62
1. 2. 18	<b>Silencio administrativo negativo.</b>	67
1. 2. 19	<b>Características del silencio administrativo.</b>	71
<b>CAPÍTULO II: ACTOS ADMINISTRATIVOS</b>		79
2. 1	<b>El acto administrativo</b>	80
2. 2	<b>Elementos del acto administrativo</b>	90
2. 3	<b>Presunción de legitimidad.</b>	92
2. 4	<b>Actos administrativos susceptibles de silencio administrativo positivo</b>	94
2. 4. 1	<b>Acceso a la información pública.</b>	96
2. 4. 2	<b>Garantías y recursos.</b>	96
2. 4. 3	<b>Recurso de reposición.</b>	97
2. 4. 4	<b>Recurso jerárquico.</b>	97
2. 4. 5	<b>Recurso extraordinario de revisión.</b>	98
2. 4. 6	<b>La Acción de Protección.</b>	99
2. 4. 7	<b>Acción extraordinaria de protección.</b>	102
2. 5	<b>Actos administrativos susceptibles de silencio administrativo negativo</b>	103
2. 6	<b>Formatos del silencio administrativo</b>	106
<b>CAPÍTULO III: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>		110
3. 1	<b>Obligaciones de la administración pública</b>	111
3. 2	<b>Elementos de la administración pública</b>	114
3. 3	<b>Nueva gestión pública</b>	114
3. 4	<b>Personalidad y Responsabilidad del Estado</b>	115

3. 4. 1	Teoría de la Ficción.....	116
3. 4. 2	Teoría de la Negación.....	116
3. 4. 3	Teoría de la Realidad.....	116
3. 4. 4	Teoría de la Dupla Personalidad.....	117
3. 4. 5	Teoría Del Órgano.....	118
3. 5	<b>SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN</b> .....	124
3. 5. 1	<b>Carácter normativo y superior de la Constitución</b> .....	124
<b>CAPÍTULO IV: COMPARACIÓN DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE SILENCIO ADMINISTRATIVO</b> .....		127
4. 1	<b>El Silencio Administrativo en Colombia</b> .....	128
4. 2	<b>El Silencio Administrativo en España</b> .....	135
4. 3	<b>El silencio administrativo en México</b> .....	140
4. 4	<b>El silencio administrativo en el Perú</b> .....	142
4. 5	<b>Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado</b> .....	149
4. 6	<b>Ley de Silencio Administrativo, Ley N° 29060</b> .....	150
4. 7	<b>El silencio administrativo en Chile</b> .....	151
4. 7. 1	<b>Inseguridad jurídica.</b> .....	153
4. 7. 2	<b>Acto certificadorio.</b> .....	154
4. 7. 3	<b>Forma y expresión documental.</b> .....	154
4. 7. 4	<b>Ecuador</b> .....	155
<b>CAPÍTULO V: INCIDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERADOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO</b> .....		159
5. 1	<b>Actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado</b> .....	160
5. 1. 1	<b>Acciones de control.</b> .....	160
5. 1. 2	<b>Concepto de Auditoría Gubernamental.</b> .....	160
5. 1. 3	<b>Objetivos de la auditoria.</b> .....	161
5. 1. 4	<b>Modalidades de la Auditoría Gubernamental.</b> .....	162

5. 1. 5	Resultados de la auditoría.....	163
5. 1. 6	Tiempos de control. ....	164
5. 1 6. 1	Auditoria interna.....	164
5. 1 6. 2	Auditoría Externa.....	165
5. 2	Determinación de responsabilidades.....	165
5. 2. 1	Definición legal y doctrinaria de responsabilidad.....	165
5. 2. 2	Origen de la responsabilidad.....	167
5. 2. 3	Acción. ....	168
5. 2. 4	Omisión.....	169
5. 2. 5	Omisión intencional.....	169
5. 2. 6	Omisión culposa.....	169
5. 3	CLASES DE RESPONSABILIDAD.....	170
5. 3. 1	Por los sujetos. ....	170
5. 3. 2	Responsabilidad directa y solidaria.....	170
5. 3. 3	Principal y subsidiaria.....	171
5. 3. 4	Por el objeto.....	172
5. 4	Predeterminación de responsabilidades.....	172
5. 4. 1	Responsabilidad administrativa culposa. ....	172
5. 4. 2	Responsabilidad civil culposa. ....	177
5. 4. 3	Glosa.....	177
5. 4. 4	Orden de reintegro.....	181
5. 4. 5	Indicios de responsabilidad penal.....	181
5. 4. 6	Determinación de responsabilidades mediante resoluciones.....	182
5. 4 6. 1	Procedimiento.....	183
5. 4 6. 2	Impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.....	187
5. 5	EFFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	189

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>190</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>192</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>193</b>

## **RESUMEN**

A lo largo de la historia, el Derecho ha mostrado su preocupación por otorgar un efecto jurídico a la abstención de pronunciamientos o por la manifestación de falta de voluntad que puede darse en las relaciones jurídicas, lo cual ha dado paso al surgimiento de normas legales, cuya finalidad es el otorgar un arma a los administrados para reclamar por esa falta de cumplimiento.

La obligación que tiene la Administración de resolver los procedimientos y, notificar dentro del plazo determinado establece en el silencio administrativo una técnica generada por la ley, ante la falta de resolución dentro del plazo, mediante la cual se pueden entender estimadas o desestimadas, las peticiones dirigidas a la Administración.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, establece la particularidad del silencio administrativo negativo.

Es así que, las resoluciones por responsabilidad que no se emitieren dentro del plazo legal, el Administrado, deberá recurrir ante los Tribunales Contencioso Administrativo, pues son firmes en la vía administrativa.

**PALABRAS CLAVE - SILENCIO ADMINISTRATIVO - CONTRALORÍA**

## **ABSTRACT**

Throughout history, the right has shown its concern to give legal effect to the abstention of pronouncements or by the manifestation of lack of will which can occur in legal relations, which has given way to the emergence of legal norms, aimed at giving a weapon to the managed to claim that lack of compliance.

The obligation that the Administration resolves the procedures and notify within the given time establishes the administrative silence a technique generated by the law, in the absence of resolution within the time limit, which can be understood estimated or dismissed, the requests addressed to the administration.

Article 85 of the Act organic of the Comptroller General of the State promulgate in the supplement of the registry official No. 595 of June 12, 2002, establishes the particularity of negative administrative silence.

So that, the resolutions by responsibility that not emitieren within the legal deadline, administered, must appeal to the administrative contentious Court, because they are firm in the administrative.

**KEYWORDS** - ADMINISTRATIVE SILENCE - COMPTROLLER

## INTRODUCCIÓN

La Contraloría General del Estado, Organismo Técnico de Control, emite actos administrativos (resoluciones) que generan efectos jurídicos, una vez efectuado el control, predeterminada la responsabilidad y analizados tanto la argumentación como la documentación de descargo presentada por los administrados y terceros involucrados en una responsabilidad ya sea administrativa o civil culposas.

Estos actos administrativos, con naturaleza sancionadora, se producen por incumplimientos Constitucionales, Legales, Reglamentarios, Normativos, Estatutarios, como consecuencia de la acción u omisión culposa de servidores públicos o terceros involucrados, que pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Los administrados involucrados en presuntos hechos generadores de responsabilidad, mantienen la expectativa del pronto trámite de sus observaciones, pues las sanciones administrativas y responsabilidades civiles pueden producir efectos desfavorables dentro de su participación como servidores públicos o como contratistas con el Estado.

El silencio administrativo nace a lo largo de la historia, como una garantía procesal no jurisdiccional, pues se trata de un proceso administrativo, que al basarse en la protección y resguardo de los derechos de los administrados, su intención primordial es la de conservar el derecho de recibir una respuesta y limitar el abuso de parte de los funcionarios públicos, por ello se entiende que el silencio administrativo es una garantía por el hecho que protege el derecho de tutela en el procedimiento administrativo, proteccionista del derecho de petición.

Como premisa fundamental hay que partir de la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite, y, además, notificar dentro de un plazo determinado dicha resolución, 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 o desestimadas, las peticiones dirigidas a la Administración.

El presente trabajo hace un análisis exhaustivo de lo qué es el silencio administrativo, sus características a lo largo de la historia jurídica, sus efectos, su naturaleza, sus clases; también un estudio de la legislación de los países: Colombia, España, México y Perú,

relativas al silencio administrativo; así como el proceso de control que ejecuta la Contraloría General del Estado, y la emisión de los actos administrativos resolutorios que confirman o desvanecen responsabilidades administrativas y civiles.

La incidencia del silencio administrativo en los actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado, genera expectativa en los funcionarios públicos y terceros involucrados, una gran parte de las responsabilidades civiles son determinadas en contra de empresas y contratistas con el Estado, quienes presentan sus justificativos a dichas responsabilidades, pero las resoluciones no son emitidas en el tiempo estipulado por la Ley, ocasionando que estos sujetos de responsabilidad no puedan obtener sus certificados para poder presentarlos en nuevos procesos contractuales.

## **CAPÍTULO I**

### **EL SILENCIO ADMINISTRATIVO**

## 1.1. Reseña histórica del silencio administrativo

El ejercicio del poder, a través del sometimiento de la Administración pública a la Ley y al Derecho, se ha rodeado de unos límites jurídicos cada vez más precisos que posibilitan el control de la actuación a través de los Tribunales de justicia. Límites que son el fruto de una constante y tenaz “lucha por el Derecho”, según Ihering<sup>1</sup>. Esta labor se ha llevado a cabo a través del principio de legalidad, como expresión del Estado de Derecho, y se ha articulado en torno a la teoría de las potestades. En estrecha conexión con el principio de legalidad se sitúa el efecto de este estudio, el principio de eficacia administrativa y el de seguridad jurídica.

Debería preguntarse si: ¿estas consecuencias que se desprenden con naturalidad en un Estado de Derecho, se han concebido del mismo modo desde su formulación, a partir de la revolución francesa?

En el inicio del Estado de Derecho, algunos autores basan este concepto en la exigencia de la celeridad de la Administración en la ejecución de las leyes<sup>2</sup>. Significativamente el jurista alemán Rudolf Von Gneist en su escrito en 1879<sup>3</sup> promulgaba la clara separación de la Administración de justicia como muy necesaria. Así señalaba que el “modo de proceder, las aptitudes del juez y del abogado son diversas (de las de la Administración)” y “no pueden conjugarse con la exigencia de una ágil y espontánea administración”<sup>4</sup>. Al describir la reforma administrativa en Prusia, y en particular un proyecto de ley de 1869, señalaba como uno de los puntos generales: “Para la simple administración debe prevalecer el pensamiento de la simplificación de las instancias, de la energía del sistema burocrático, de la rigurosa subordinación de los agentes ejecutivos bajo la dirección Ministro (...)”<sup>5</sup>. “No sólo el procedimiento administrativo responde a criterios de agilidad y rapidez, sino también la creación de una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, diferenciada de la civil.

---

<sup>1</sup> IHERING, Rudolph von: La lucha por el Derecho, Ed. Civitas, Col. “Cuadernos”, 1985, reimpresión 1993

<sup>2</sup> BULLINGER, Martin: La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad. Reflexiones y reformas en Francia y Alemania”, DA 234, abril-junio 1993, pp 90-91

<sup>3</sup> Lo Stato secondo il Diritto ossia la Giustizia nell’Amministrazione política, Ed. Nocila Zanichelli, Bologna, 1884, traducción de Isacco Artom.

<sup>4</sup> Vid Lo Stato obra citada página 100

<sup>5</sup> Vid Lo Stato obra citada página 229

Esta concepción del Estado de Derecho se inscribe en el liberalismo alemán de mitad del siglo XIX, donde se realizaron una serie de aportaciones doctrinales, en función de un contexto político bien determinado: la realización de la unidad alemana y el tránsito del Estado prusiano al Reich Alemán<sup>6</sup>. Estos autores formulan un modelo teórico que se caracteriza ante todo por la vinculación a la ley y a la protección del derecho de los individuos<sup>7</sup>.

No obstante, este modelo teórico del Estado de Derecho no llegó a imponerse en la práctica sino que durante la segunda mitad del siglo XIX en donde prevalecerían las tesis del jurista conservador Friedrich Julius STHAL<sup>8</sup>. Este autor concibe el derecho más como un dispositivo de limitación del poder que como un medio de organización racional del Estado y de normalización de sus relaciones con los administrados.

De esta forma, el concepto del Estado de Derecho sufriría un estrechamiento”, respecto a las tesis precedentes de tendencia liberal, por ello no es de extrañar que el control del tiempo en la actuación administrativa permaneciera en manos de la Administración activa e inmune a cualquier tipo de control jurisdiccional.

El factor tiempo en la ejecución de la ley, va pasando a un plazo cuasi marginal, así es que es la propia administración y no el ciudadano quien tiene el control del momento en que deben ejecutarse las leyes. El principio de Estado de Derecho se limita fundamentalmente a vincular a la Administración, en lo que atañe al contenido de sus contenidos y al contenido de sus decisiones y al contenido de las leyes”<sup>9</sup>. La labor del jurista se centraba en buscar mecanismos de defensa contra la Administración en aquellos supuestos en los que se extralimitaba, pero del Estado de Derecho no se desprendía una rápida resolución del procedimiento administrativo.

En Francia la recepción de las teorías de Rechtsstaat alemán se producen más tarde y de forma parcial. La razón de ello estriba en la propia concepción francesa que giraba en torno al État légal. De esta forma, si el Rechtsstaat es establecido únicamente por el interés y

---

<sup>6</sup> CHEVALLIER, Jacques: L'Etat de droit, Ed. Montchrestien, París, 1992, páginas 14-15

<sup>7</sup> ABELLÁN GARCÍA, Joaquín: “Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert Von Mohl” en Revista de Estudios Políticos (Nueva época) 33, mayo-junio 1983, página 133

<sup>8</sup> ABELLÁN GARCÍA, Joaquín: “Liberalismo alemán del siglo XIX, página 133

<sup>9</sup> BULLINGER, Martín “La Administración, al ritmo de la economía y de la sociedad, en REDA 69, enero-marzo 1991

salvaguardia de los ciudadanos, el *État légal* se refiere a una concepción de la organización fundamental de los poderes del Estado y tienden fundamentalmente a asegurar la supremacía del cuerpo legislativo.<sup>10</sup>

Así el régimen de justicia administrativa no se configura a diferencia del modelo alemán exclusivamente en torno a los derechos individuales, sino esencialmente como un control objetivo de la actuación administrativa. En este contexto, será la necesidad de una Administración centralizada y fortalecida la que llevará a facilitar, en la medida de lo posible, el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa. Es bastante significativo que si bien el Derecho administrativo francés ha sido fundamentalmente construido pretorianamente a través de los *arrêts* del *Conseil d'État*, la teoría del silencio administrativo negativo nace en Francia en virtud de las decisiones normativas: el artículo 7 del Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864 relativo al recurso interpuesto contra las decisiones de autoridades subordinadas al Ministro<sup>11</sup> y el artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1900 que generaliza el silencio administrativo negativo a los recursos contra una decisión administrativa.<sup>12</sup>

El primer supuesto (1864) debe inscribirse en el II Imperio, durante el reinado de Napoleón III, dentro de una serie de medidas de procedimiento, recogidas en el Decreto imperial, dirigidas a facilitar el acceso al *Conseil d'État* (dispensa de otros costos que los derechos de timbre y registro para los recursos por exceso de poder, dispensa de abogado en materia de pensiones, etc.). Señalado que estas reformas respondían al deseo del Emperador de establecer, en defecto de libertad política, una Administración más justa<sup>13</sup>.

En todo caso, el propio Emperador en una carta dirigida al Ministro de Estado expresó su preocupación sobre la lentitud de la burocracia administrativa y manifestó su deseo de la

---

<sup>10</sup> CHEVALLIER, Jacques: *L'Etat*, obra citada, página 32

<sup>11</sup> El título exacto de esta norma es: Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, relativo al procedimiento ante el Consejo de Estado en material contenciosa y a las reglas a seguir por los ministros en los asuntos contenciosos. Puede consultarse su texto completo en *Le Conseil d'État son histoire á travers les documents d'époque 1700-1974*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, páginas 510-511

<sup>12</sup> El texto exacto es: Ley de 17 de Julio de 1900, por la que se modifica la Ley de 26 de octubre de 1888, relativa a la creación de una sección temporal del contencioso en el Consejo de Estado.

<sup>13</sup> *Le Conseil d'État son histoire á travers les documents d'époque 1700-1974*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, página 511

observación de los plazos y la simplificación de la forma de vista a una más rápida expedición de los asuntos, fuera puesta en estudio dentro del seno de cada sección.<sup>14</sup> Debe recordarse el papel que juega en esa época el Conseil d'État (Consejo de Estado), "como un mecanismo destinado a asegurar el funcionamiento sin fisuras de un poder arbitrario; un instrumento muy útil para reforzar un Ejecutivo cada vez más fuerte a un Cuerpo legislativo impotente"<sup>15</sup>

En este contexto, es lógico que se facilitara y reforzara el acceso de los asuntos administrativos al Consejo de Estado, máxime si se tiene en cuenta el control que realizaban los propios Ministros sobre tal institución, por tanto, en un régimen autocrático, el de Napoleón III, donde se favorecería el recurso por exceso de poder sobre todo como un medio de fortalecer el Estado, al ofrecer a los descontentos la posibilidad de expresarse en vía contenciosa<sup>16</sup> y no tanto como una forma de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.<sup>17</sup> Además, con este reforzamiento del acceso al Consejo de Estado, se conseguía otro objetivo muy importante: evitar que tales descontentos, alimentados por los abusos administrativos de autoridades inferiores se remonte al jefe de Gobierno. En aquel momento a través de la política de desconcentración realizada por el Decreto de 25 de marzo de 1852 los prefectos habían adquirido un importante ámbito de decisión, favoreciéndose en este clima de autoritarismo la creación de numerosas "tiranías locales"<sup>18</sup>. Advirtiéndose que el silencio se establece precisamente en relación a la falta de respuesta de los Ministros respecto a las autoridades inferiores, quienes habían adquirido una importancia notable durante la restauración monárquica, verían paulatinamente amputadas sus competencias como jueces de lo contencioso-administrativo, en un proceso que ha sido definido como la erosión de la doctrina del ministro-juez. En este proceso un hito

---

<sup>14</sup> QUENTIN-BAUCHART, E: Etudes et souvenirs sur la Deuxième République et le Second Empire (1848-1870). Memories posthumes publiés par son fils, tomo II, Ed. Librairie Plon, París, 1901, páginas 370-371

<sup>15</sup> WRIGHT, Vicent: Le Conseil d'État sous le Second Empire, París, 1972. Página 14

<sup>16</sup> BURDEAU, Francois: Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle, Ed. Montchrestien, 1989, página 303

<sup>17</sup> Que el silencio administrativo no es concebido con carácter fundamentalmente garantizador puede constatarse en la primera jurisprudencia del Conséil d'État. Así en la resolución de 29 de junio de 1888 se declaraba que al expirar el plazo de cuatro meses para resolver empezaba a correr el plazo ordinario del recurso contencioso. Por tanto, si el particular no estaba atento a los plazos podía ser vedado su camino a la vía jurisdiccional. DARESTE, R: Les voies de recours contra les actes de la puissance publique, página 406.

<sup>18</sup> BURDEAU, Francois: Histoire du droit administratif, Ed. PUF, Col. Thémis Droit Public, París 1995, página 175

fundamental será el Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, a través del cual se implanta el silencio administrativo.

El segundo paso (1900), se produce en una situación política diferente: la III República francesa. En ese momento se había realizado el tránsito de una justicia retenida a un sistema de jurisdicción delegada y se había abandonado la teoría del ministro-juez<sup>19</sup>. Así para asegurar la primacía de la Asamblea Nacional Francesa frente al Poder Ejecutivo fue necesario facilitar en la medida de lo posible el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa, resolviendo al mismo tiempo la denegación de justicia que tal situación provocaba. Se generalizó, por tanto, el sistema que se había iniciado en 1864 al asimilar el silencio a una decisión implícita de rechazo, abriendo las puertas al contencioso-administrativo, ante la exigencia de una decisión previa.

Así la Ley tiene como finalidad quitar estorbos para acceder al Consejo de Estado, disminuir la lentitud de los asuntos y está destinada también, como remarca el relator del entonces proyecto Chastenet, a combatir la inercia administrativa. Si bien debe señalarse que estaría presente el carácter garantizador de los derechos de los ciudadanos y la posible denegación de la justicia.

Es sintomático el cambio jurisprudencial que se va abriendo camino en el sentido de que no corren los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta la existencia de una resolución expresa notificada, dejando el silencio abierto indefinidamente el camino al Consejo de Estado, en este sentido se emiten las resoluciones de 7 de agosto de 1905 y 8 de mayo de 1908, en esta última se señala que: “[...] cuando a Administración se pronuncia explícitamente, el recurso contencioso debe formularse en el improrrogable plazo de dos meses; pero si no se pronuncia explícitamente, está indefinidamente expuesta la Administración al recurso contencioso”.<sup>20</sup>

En cuanto al silencio positivo también empieza a recogerse normativamente en alguna legislación sectorial. Así, puede citarse una Ley francesa de 8 de abril de 1898, sobre el

---

<sup>19</sup> COSTA, Jean Paul: *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Ed. Económica, París. (Dicha evolución se había producido con la Ley orgánica de 24 de mayo de 1872).

<sup>20</sup> HAURIOIU, Maurice: *Précis de Droit administrative et Droit Public*, 1921 página 410. Traducción de la sentencia de REDONDO, Pedro: *La teoría del silencio administrativo en la legislación y en la jurisprudencia española*, conferencia pronunciada en la Academia nacional de jurisprudencia.

régimen de las aguas,<sup>21</sup> en esta normativa se disponía que los propietarios ribereños que querían realizar construcciones, plantaciones o cercas a lo largo de los ríos navegables que desembocan en el mar, debían observar las distancias reglamentarias establecidas para asegurar el libre ejercicio de la servidumbre de camino de sirga. Al respecto Jéze observa que si el silencio de la Administración supusiera una negativa de construir, ello implicaría que el ejercicio del derecho de propiedad quedaría paralizado en las manos del propietario. Si, en cambio, supusiera un asentamiento, la servidumbre de camino de sirga quedaría comprometida, por eso, la Ley busca una solución intermedia, el propietario puede construir, pero si las distancias condicionan el ejercicio de la servidumbre, tales construcciones podrán suprimirse, ahora bien, deberá pagarse la correspondiente indemnización al propietario.

En cambio en Italia donde se recibe más pronto el concepto alemán y donde el modelo de justicia administrativa es de corte esencialmente subjetivo, es decir centrado principalmente en la protección de los derechos individuales y no simplemente de legalidad<sup>22</sup>, la introducción del silencio responde a otro tipo de motivaciones.

El problema del silencio administrativo fue objeto de discusión en el Senado italiano al debatirse el artículo 7 de la Ley de 31 de mayo de 1889, institutiva de la IV Sección del Consejo de Estado, con la que se venía a paliar la situación surgida a partir de la Ley de 20 de marzo de 1865, de abolición de lo contencioso-administrativo. La atribución del conocimiento de la lesión de los derechos subjetivos a los tribunales ordinarios, había producido una disminución de garantías respecto a los intereses legítimos. A partir de 1889 se encomendará a la IV Sección del Consejo de Estado la tutela de estos intereses. La Ley de 1889 se inscribe, por tanto, dentro de una dinámica garantista, destinada a corregir las disfuncionalidades que presentaba el sistema de justicia administrativa italiano.

Así el senador Cavallini, puso de manifiesto la ausencia en la Ley de garantías frente a la inactividad administrativa, tanto en los casos de solicitudes como de recursos, contando con el apoyo del Senador Pierantoni, quien puso de relieve en un caso concreto los efectos nocivos de la inactividad administrativa, así en unas elecciones municipales había permitido

---

<sup>21</sup> JÉZE, Gastón: *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public*, en *renue de Droit Public* 1905, páginas 780-781

<sup>22</sup> Las razones del restablecimiento en 1889 de la justicia administrativa en Italia, abolida en 1865, pueden encontrarse en el discurso de SPA VENTA, Silvio: "La Giustizia nell'Amministrazione" discurso pronunciado en la Asociación constitucional de Bergamo el 6 de mayo de 1880. En la página 24 se señala como: aboliendo radicalmente la jurisdicción administrativa, privó muchos intereses de cualquier garantía de justicia".

a un grupo político bloquear durante cierto tiempo el acceso del partido vencedor al gobierno municipal. Observaciones que no fueron acogidas en el texto definitivo de la Ley, cuyo artículo 7 decía lo siguiente: “Cuando la ley no prescriba otra cosa, el recurso a la sección de lo contencioso-administrativo no se admite sino es contra la resolución (procedimiento) definitiva, emanada en sede administrativa sobre el recursos presentado en vía jerárquica. El recurso contencioso-administrativo tampoco se admite cuando, contra la resolución (procedimiento) definitiva, se ha presentado recurso al rey en sede administrativa, según la ley vigente”.

Las razones argumentadas por el relator de la Ley, el Senador Costa, se basaban en garantías morales y políticas, considerando que no era una materia a regular por una ley con carácter general, sino que debía establecerse caso por caso.

El silencio administrativo surge unos años después a través de la decisión “Longo” del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), pues la primera jurisprudencia que en Italia alude el tema del acceso a la jurisdicción frente a los comportamientos pasivos de la Administración pública se contiene en la decisión de la Sección IV del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1894, si ben en forma de obiter dictum (dictamen). No es hasta la decisión de 22 de agosto de 1902 de la Sección IV del Consejo de Estado que se pone, de forma expresa, la primera piedra en la construcción del silencio administrativo como un medio de defensa del particular frente a la inactividad formal de la Administración pública, ya sea en una solicitud o en un recurso. Como en tantos otros supuestos es la jurisprudencia que ante el vacío normativo que deja tras de sí el legislador, tiene que anticipársele dictando una resolución de carácter pretoriano que marcará un hito en la evolución del instituto.

Esta histórica decisión se fundamenta en los siguientes hechos: Giuseppe Longo, oficial de justicia en el tribunal de Nápoles, en una serie de irregularidades administrativas era dispensado del servicio con decreto del primer presidente de la corte de apelación el 3 de junio de 1901. Admitiéndose contra tal resolución recurso jerárquico ante el ministro de gracia y justicia, por el artículo 24 del Real Decreto 365/1900, de 9 de octubre, Longo recurre al ministro, no habiendo obtenido respuesta el 9 de marzo de 1902 notificó al mismo ministro un atto d'uscire, requiriéndole a decidir el recurso en el plazo de 10 días. El ministro permanece en silencio, y entonces Longo interpone recurso ante la IV Sección del Consejo de Estado contra el decreto del primer presidente, en cuanto tácitamente confirmado por el ministro.

En este caso, a diferencia del caso francés, estamos ante una consecuencia del Estado de Derecho, concebido fundamentalmente desde la perspectiva de la organización fundamental de los poderes del Estado; debe advertirse en cambio, la influencia significativa que tendrá la cultura jurídica alemana en los creadores del Derecho administrativo italiano. Esta doctrina centra el Derecho administrativo en la teoría del acto, en el cual uno de sus elementos formales es el silencio administrativo. El contexto político en que surge esta dogmática se inscribe en períodos que, bajo la apariencia parlamentaria, muestran claras tendencias autoritarias y conservadoras que desembocarían en una crisis del sistema<sup>23</sup>.

Posteriormente en los años 30, en el período de entreguerras, el Derecho administrativo si bien mantiene su carácter autoritario quiere dar la imagen de potenciar las garantías ciudadanas para obtener la colaboración de actividades privadas de interés público. La peculiar ascensión al poder de Mussolini en términos que los historiadores han definido como “consenso” explican “la subsistencia de al menos de una parte de Estado y la tendencia de la población a la aceptación del régimen aunque fuera de una forma superficial y pasiva más que entusiasta”<sup>24</sup>. Por ello como advierte Norberto Bobbio el fascismo italiano se caracteriza “por un vestigio de legalidad en el comportamiento de la Administración pública”. En esos momentos se reconsideraría el papel del acto administrativo y surgiría la distinción entre silencio negativo con efectos meramente procesales a efectos de la mera impugnación y silencio, de hacer admisible el recurso contencioso, y silencio positivo con efectos substantivos. El silencio negativo “nada añade ni nada quita a la situación jurídica sustancial”, por lo que no está regido por plazos de caducidad, los cuales tienen “la finalidad de consolidar en el espacio de poco tiempo los efectos del acto administrativo”<sup>25</sup>. Al contrario, en este caso regirán los plazos de prescripción a los que está sometido el derecho patrimonial objeto de controversia.

---

<sup>23</sup> El período en que se realizan las grandes reformas de la Administración italiana es el de los gobiernos presididos por Francesco Crispi (1887-1891 y 1893-1896), como se señala Valerio LINTNER: “Las principales características de su régimen fueron el apoyo a Alemania, la ambición colonial, el apoyo a los nuevos propietarios de tierras y a la clase media industrial, la intolerancia de la oposición y sus marcadas tendencias dictatoriales. No es difícil imaginar que los fascistas lo tomaron más tarde como modelo. [...] El impulso esencial de sus acciones fue reforzar al ejecutivo a expensas del legislativo, e incrementar el autoritarismo del estado en sus propias manos”.- Historia de Italia, 2da. Ed, Ed. Celeste, Madrid, 1995, página 178

<sup>24</sup> TUSELL GÓMEZ, Javier: “Fascismo italiano y franquismo” en la obra del mismo autor La dictadura de Franco, Ed. Alianza, Madrid, 1988, página 327

<sup>25</sup> FORTI, Ugo, Il “silenzio” della pubblica amministrazione ed I suoi processuali” en Rivista di diritto processuale civile 2, 1932, páginas 145-146 y nota 1

En este sentido son de particular interés los estudios de la dogmática italiana sobre la discrecionalidad a través de los cuales se analiza si a través del silencio administrativo se está ejerciendo algún tipo de función. A tal efecto Presutti, distingue entre diversos tipos de discrecionalidad, la primera concierne al acto en sí, dejándose a la Administración la facultad de su emanación, si bien se regula detalladamente su contenido; la segunda se refiere al contenido del acto, debiéndose dictar obligatoriamente por la Administración. Por último, se encuentran supuestos de máxima discrecionalidad, donde la Administración es libre tanto de dictar el acto como de fijar su contenido. Para Resta no se puede hablar de ejercicio de función administrativa en el segundo caso ya que no podría emanarse un acto que no dice nada, ni se podrá no emanarlo sin violar la obligación específica que incumbe a la Administración. En cambio para el último caso, el de discrecionalidad máxima, si la Administración permanece inerte, esto significa que no quiere dar curso a la solicitud que la excita a moverse. En esos casos el silencio vale como rechazo de los intereses del solicitante. Por lo que se refiere al primer caso, discrecionalidad en dictar el acto, pero vinculación en el contenido, es donde pueden distinguirse los casos de silencio positivo. Será negativo en aquellos casos donde la Administración desarrolle un ejercicio positivo de sus facultades, mientras que será positivo en los supuestos donde ejercita facultades negativas de veto o prohibición.<sup>26</sup> Del estudio de Resta, se puede concluir, por tanto, que el silencio constituye una forma de ejercicio de la función administrativa en aquellos casos donde la Administración no está obligada a dictar el acto administrativo. Si en cambio existe esta obligación no cabe hablar del silencio administrativo como instrumento en manos de la Administración para llevar a cabo sus cometidos, sino un mecanismo para reaccionar contra ilegalidades administrativas. Las conclusiones quizá deberían obligar a replantear la generalización a toda costa de la exigencia de resolver obligatoriamente en la mayoría de los supuestos.

Por lo que respecta al estado liberal español del siglo XIX, estamos ante un Estado civilmente en crisis y donde predominarían los gobiernos de corte autoritario, surgidos del constante “ruido de los sables” que se va sucediendo durante todo el período. La preocupación fundamental reside en asegurar una Administración fortalecida que sea capaz de recaudar tributos y aplicar la ley ante el desorden que provocan numerosas guerras civiles. Así el liberalismo de mitades del XIX no es por un período caracterizado por una

---

<sup>26</sup> “Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa” en *Il Foro amministrativo* 1929, vol. V., pp 106-114. Las tesis de Presutti y Resta serán recogidas en la doctrina española por MASIP ACEVEDO, Julio: “El silencio en el Derecho Administrativo español” en *Trabajos de la Cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo*, 1934.

lucha con la Administración a la que haya que sujetar y reducir, sino que se intenta construir una Administración fortalecida capaz de resolver los males endémicos del país<sup>27</sup>. Los autores más significativos de la época (Francisco Agustín Silvela, Alejandro Oliván, Javier de Burgos y unos pocos años más tarde Posada Herrera y Manuel Colmeiro), están marcados por una clara influencia francesa, que en algunos casos no es solo doctrinal, sino institucional.<sup>28</sup>

Por estas razones fracasarán en sus inicios las tesis de corte eminentemente judicialista que se fraguaron en las Cortes de Cádiz y que tuvieron una escasa o nula efectividad. La importante labor realizada por los autores de la época y la influencia del modelo francés llevan a la implantación de un sistema de justicia administrativa, retenida dentro de la propia Administración, destinada a una mayor agilidad que los tribunales ordinarios”.

De esta forma, en 1845 la jurisdicción contencioso-administrativa se residencia en el Consejo Real y se dota de una legislación específica. Sin embargo, este cuerpo normativo, de carácter competencial y de funcionamiento, no aclara específicamente la naturaleza de esta jurisdicción. Tampoco se prevén mecanismos de respuesta a la inactividad administrativa, pero debe observarse que ya durante los primeros años de su vigencia empiezan a dictarse algunas normas que recogen de forma pionera la institución del silencio administrativo. Concretamente el artículo 4 de la Ley de 20 de marzo de 1846, mandando a indemnizar a los partícipes legos de diezmos,<sup>29</sup> prevé que: “en caso de que los interesados no se conformasen con su decisión (la calificación del Gobierno), o ésta se dilatarse más del año, podrá intentarse la vía judicial ante los Consejos de provincia, con apelación a dicho Consejo Real”. Posteriormente, se dicta la Real Orden de 28 de mayo de 1846, aprobando la instrucción para el cumplimiento de la Ley de partícipes legos de diezmos, cuyo artículo 4 advierte que:

---

<sup>27</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos: “Los Orígenes del Derecho administrativo español”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia 6, 1943, pp 586-587

<sup>28</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro: “Apuntes para una historia de los autores de Derecho Administrativo español” en 34 artículos seleccionados de la Revista de Administración pública con ocasión de su centenario. Ed. INAP. Col. “Estudios Administrativos”, 1984, p. 39.

<sup>29</sup> En el Diccionario de la Administración española de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1917, se define de la siguiente forma la voz “Diesmo eclesiástico y de partícipes legos”: “Llamase así la imposición sobre los frutos de la tierra que el labrador pagaba de los productos íntegros de su trabajo, sin deducción de los gastos que se ocasionaban ni el rédito de los capitales que éstos exigían”.

“Si el Gobierno declarase nulos o insuficientes los títulos y demás documentos que el partícipe presente para justificar su derecho, o la decisión de aquél se prolongase más del año designado por la ley, podrá éste acudir dentro del plazo establecido en juicio contencioso administrativo a probar y deducir su derecho ante el Consejo de la provincia en que estos derechos estaban radicados, con apelación al Consejo Real”.

La necesidad de evitar “grandes perjuicios al Erario”, lleva a dictar normativa complementaria “con el objeto de remediar este mal y evitar también a los interesados el de la paralización de sus expedientes que no podría resolverse sin grave dificultad, para no recargar indebidamente al Estado”. Hay que tener en cuenta que la abolición de los diezmos, lejos de beneficiar a los destinatarios de los impuestos, provocó un endeudamiento del Estado respecto a los partícipes legos y una grave disminución de los ingresos del estado, la cual se tradujo en un correlativo enriquecimiento de la burguesía de la época. Dentro de este contexto, con la técnica del silencio administrativo se pretendió evitar que la inactividad de la Administración deje abiertas indefinidamente las puertas a eventuales litigios, iniciándose los plazos de impugnación ante los cuales el particular debe reaccionar interponiendo el recurso o perdiendo la posibilidad de hacerlo. El silencio administrativo no constituye, sin embargo, una medida aislada, sino que se establecen también otras complementarias, tales como la posibilidad de realizar ciertos acuerdos de composición de intereses, para resolver y finalizar aquellos asuntos cuya falta de claridad no permita una terminación pronta de los mismos.

Por su parte, la Ley de 20 de febrero de 1850, que fija las bases de la contabilidad general, provincial y municipal, estableció en su artículo 17 un supuesto de silencio administrativo negativo, al que sigue la fijación de un estricto término de prescripción. En este caso existía un año para resolver gubernativamente el asunto, transcurrido el cual el particular disponía de un plazo de prescripción de dos años para acudir a la vía contencioso-administrativa.

“Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios, o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste el recursos que corresponda por la vía contencioso-administrativa, al que habrá lugar como si la reclamación hubiera sido denegada por el Gobierno. Este recurso prescribirá por el transcurso de dos años, a contar desde la misma fecha”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Tal precepto sería reproducido, años más tarde por el artículo 18 de la Ley de 25 de junio de 1870, provisional de Administración y Contabilidad de la Hacienda.

Este conjunto normativo confirma que el silencio negativo, concebido como mecanismo para acceder a una jurisdicción contencioso-administrativa revisora, se introduce en determinados ámbitos con la finalidad de dejar resuelto lo más rápido el problema que tales indemnizaciones planteaban. Por tanto el silencio administrativo no se entiende tanto para garantizar al particular sus derechos, sino más bien como un modo de organización de la Administración financiera de la época, que quiere cerrar posibles reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa fuera de unos plazos relativamente prudentes, los cuales podrían en caso contrario, quedar abiertos sine die como consecuencia de la propia inactividad de la administración pública.<sup>31</sup>

En la vía administrativa, la necesidad de descargar asuntos a determinados órganos centrales de los Ministerios, lleva a dictar algunas disposiciones en las que se atribuyen las competencias ordinarias a los inferiores. Por tanto aquéllos solamente serán competentes cuando se entorpecía la instrucción de los expedientes (es decir retraso o inactividad) o no fueran atendidas las solicitudes, así como también cuando se reputaren agraviados por la decisión. De esta forma, puede encontrarse la Real Orden de 13 de enero de 1846, mandando que no den curso a las instancias de los Cabildo y eclesiásticos particulares, sino que observen lo prevenido por las circulares de 13 de enero y 20 de julio de 1846, expedidas por el Ministerio de Gracia y Justicia. Tales medidas se adoptan “conviniendo al servicio público y al expedito despacho de los negocios del Ministerio de mi cargo”, y confirman el carácter organizativo de las mismas. Pero sin duda, es en el ámbito de las clases pasivas (es decir los empleados públicos que se crean con derecho de cesantía o jubilación) donde se encuentran diversas medidas de impulso a la actividad administrativa, llegándose a consagrar un supuesto de silencio administrativo, que si bien no abre la vía contenciosa, produce unos efectos muy favorables para el particular. Ciertamente, el tema de las clases pasivas era un asunto agobiante para el Estado debido a sus repercusiones económicas y a los abusos que se habían producido. Por ello se creó una Junta de clases pasivas y se instrumenta la intervención de otros órganos del Estado (Dirección del Tesoro, Contaduría General del Reino) que pueden interponer recursos y reclamaciones contra las decisiones de tal Junta. Estos órganos pierden su derecho a reclamar en unos plazos muy precisos, y cuando lo hacen: “Pasado el plazo sin resolver la Junta, se entenderá confirmada

---

<sup>31</sup> El dato lo confirma la aplicación jurisprudencial de tales preceptos legales. Así la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1892 entiende que “el recurrente debió utilizar la vía contencioso administrativa, al expirar el año desde que se presentó la instancia en que solicitaba la indemnización de los diezmos de que se trata, sin que le comunicasen la resolución recaída”. Por tanto, se declara procedente la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.

su primera decisión”.<sup>32</sup> El empleado se ve favorecido, por tanto, por la inactividad de la Junta en vía de recurso, debiendo considerar confirmada la decisión que le reconocía su derecho. Medida que se complementa con la posibilidad de obtener una certificación por los interesados donde “se acredite el transcurso de los plazos sin haber recaído la decisión definitiva”.

En esa época también aparece el silencio administrativo en dos ámbitos muy concretos: la autorización para procesar funcionarios públicos<sup>33</sup> y la reclamación gubernativa para entablar demandas judiciales contra el Estado<sup>34</sup>. La razón de ello no parece estar tanto en garantizar al ciudadano el acceso a las jurisdicciones civil y penal, sino fundamentalmente en otro tipo de motivaciones que responden a la propia organización de los Poderes del Estado.

Ernesto García-Trejivano Garnica, afirma que el silencio administrativo no surge históricamente como consecuencia del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>35</sup>. Se basa para ello en las tesis defendidas por los profesores José Ramón Parada Vásquez y Juan Alfonso Santamaría Pastor, para los cuales el proceso contencioso-administrativo inicialmente se configuraba “al servicio directo de la resolución de cuestiones conflictivas y no de apelación o revisión de actos administrativos ejecutorios”. Según estos autores el carácter revisor se iría adquiriendo posteriormente a través de una desvirtuación del modelo original. La causa de esta desvirtuación reside para Santamaría Pastor en la “traslación a este ámbito (el contencioso-administrativo) de la técnica de la reclamación previa al proceso civil”, apoyándose en la Real Orden de 9 de junio de 1847, la cual según

---

<sup>32</sup> Los artículos 10 y 11 del RD de 24 de mayo de 1850, ampliando el de 28 de diciembre de 1849, por el cual se creó la Junta de clases pasivas.

<sup>33</sup> Artículo 5 del RD de 27 de marzo de 1850, estableciendo reglas que han de observarse en los procesos que se formen contra los Gobernadores de las provincias y demás empleados y corporaciones dependientes de éstos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones: “Si la resolución no se comunicase en el término de los veinte días de que trata el artículo anterior, el Ministerio de Gracia y Justicia tendrá por concedida la autorización y dispondrá la continuación de la causa”. En rigor no se trata de un supuesto de silencio positivo, tal como lo entendemos hoy en día, sino que en realidad la función del silencio que ahora contemplados es la de facilitar el acceso a la jurisdicción penal, si bien con un filtro previo de carácter temporal en vía administrativa.

<sup>34</sup> El RD de 20 de septiembre de 1851, previniendo no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certifique haber precedido reclamación en la vía gubernativa.

<sup>35</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: “El silencio administrativo en el Derecho español, Ed. Civitas, Col. “Monografías”, Madrid, 1990. Pp. 24-26

este autor establece por vez primera esta vía administrativa previa en los litigios contra el Estado. Para este autor la influencia de esta Real Orden en la configuración del acto previo es “solapada”, pues dos meses después de promulgarse, aparece el primer Real Decreto Sentencia en el que el Consejo Real empieza a exigir la decisión previa en el ámbito contencioso-administrativo. Influencia tan decisiva, pese a que el mismo autor reconoce que el Consejo Real no cita ni una sola vez la Real Orden que impone la reclamación previa. En aquellos momentos las razones por las cuales el silencio administrativo es una técnica limitada a casos muy singulares en el contencioso-administrativo no derivan de una recepción parcial de la técnica de la reclamación previa. En realidad tal situación tiene esencialmente su origen en dos tipos de causas:

- a) En primer lugar puesto que el silencio no se concibe como un instrumento garantizador, sino que se ha previsto únicamente en aquellos casos que por su trascendencia social necesitan ser resueltos lo más rápido posible:
- b) En segundo lugar no hace falta insistir en la exigencia de la vía administrativa previa a la jurisdiccional a diferencia de lo que sucede en la autorización para procesar funcionarios y la reclamación previa a la vía judicial. En efecto, no hay necesidad de instaurar tal técnica, pues el Consejo real, después Consejo de Estado, se dedica a inadmitir sistemáticamente todo tipo de demanda de la que previamente no haya conocido la Administración concebida como “objeto de una Ciencia de Gobierno”, más que como un Derecho eminentemente garantista en contra de la Administración”.

En este panorama juega un papel significativo la burocracia, entendida como “factor de poder”,<sup>36</sup> se va imponiendo, por tanto una relativización del factor tiempo en la actuación de la Administración pública. Así la creciente profesionalización de los empleados públicos creará un núcleo de poder a cuya discrecionalidad quedará, en muchas ocasiones, el cumplimiento del principio de Estado de Derecho, siendo utilizada por políticos en su dialéctica con los poderes soberanos del Parlamento. Son muy significativas para estas consideraciones, las palabras del político liberal-conservador Andrés Borrego Moreno en 1855,<sup>37</sup> respecto a las reformas administrativas del entonces presidente del Consejo de Ministros Juan Bravo Murillo:

---

<sup>36</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: El silencio administrativo en el Derecho pp. 23 y 24

<sup>37</sup> La revolución en Julio de 1854 apreciada en sus causas y en sus consecuencias, 1855.

“(Éstas) no son más que una servil copia del sistema francés de centralización, de desconfianza, de eternos expedientes y de enredosos procedimientos, muy a propósito para cubrir la arbitrariedad y las injusticias gubernamentales, y de vana fraseología. En la obra de esas decantadas reformas se compiló de tal modo la maquinaria administrativa, que fue ya imposible intervenir con éxito sus operaciones, vigilar sus actos, activar sus procedimientos y enmendar sus yerros. Pero, en cambio, se creó un inmenso ejército oficinesco, una milicia de pluma [...] en cuyas manos se quiso colocar la fortuna, la honra, la suerte y los destinos del país. De esta manera complicada la máquina administrativa convertía el funcionario público en una especie de mandarín o reyezuelo, y rodeada de aparatoso boato la vida administrativa, fue indispensable que el presupuesto de gastos creciera fabulosamente.”

Esta situación no impidió, sin embargo, que en esa época se vayan poniendo importantes cimientos en la construcción dogmática del Derecho administrativo. En este proceso, el dominio público constituyó, sin duda, uno de los “primeros títulos habilitantes que van a justificar la atribución de poderes de intervención a la Administración”.<sup>38</sup>

A lo largo del siglo XIX comienza a producirse el fenómeno de la industrialización del país. Consecuencia de ello es un fuerte despoblamiento del campo favorecido por la migración a las grandes ciudades. Para paliar las consecuencias desfavorables de esta situación se dictan diversas normas, como la Ley de 3 de junio de 1868 sobre colonias agrícolas. En la misma también se incluye la técnica del silencio positivo (artículo 26). Esta Ley y la técnica del silencio positivo deben inscribirse en los diversos factores que condicionan la política de colonización agrícola del siglo XIX. La concepción predominante de este ámbito era la de concebir la acción de intervención del gobierno muy limitada, rediciéndose a estimular la colonización agrícola. Además, se producía en aquella época la desamortización, primándose la concentración de tierras y la capacidad económica de los solicitantes, principios del proceso desamortizador que regirán de forma similar en el proceso colonizador. Dentro de esta compleja situación, el silencio positivo venía a constituir un instrumento que posibilitara el rápido acceso a las tierras para beneficiarse de los diversos beneficios que concedía la Ley. En este sentido, los propietarios más activos y emprendedores, por tanto, los más poderosos, eran los que podían instalarse más rápidamente y por tanto gozar de los beneficios legales, sin que la lentitud de la Administración pública supusiera un obstáculo a estos objetivos. La escasa conflictividad

---

<sup>38</sup> FONT I LLOVET, Tomás: “La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños” en RAP 123, septiembre-diciembre 1990, p. 79

que plantea este supuesto de silencio positivo, reflejada en las escasas sentencias que se han encontrado, se plantea en términos o no de su vigencia, ante la posible derogación que podía haber implicado la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, en este período se observó como el silencio administrativo, tanto negativo como positivo, no nace esencialmente como un mecanismo garantizador, sino que responde a razones de Estado muy concretas. Tal afirmación puede demostrarse además por la conciencia existentes sobre el daño que causaban para el Estado la dilación de los procedimientos administrativos. Así en la Exposición de Motivos del RD de 18 de febrero de 1871 por el que se aprueba el Reglamento para el régimen y la tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda (Gaceta de Madrid de 22 de febrero de 1871), se advierte que:

“La lentitud con que se tramitan los negocios administrativos, y los entorpecimientos y dificultades que en su instrucción se encuentran, han sido objeto de constante crítica, tanto más fundada, cuando los perjuicios que se irrogan a los particulares son siempre menos que los que sufren los intereses del Estado”.

Se trataba, además, de mejorar la propia imagen de la Administración pública, tal como se evidencia más adelante en la misma exposición de motivos:

“A su vez la sencillez, la claridad y la rapidez en el despacho, no sólo liquidarán los atrasos, no sólo realizarán parte de los débitos, no sólo activarán la gestión de los negocios, sino que, y esto es quizás lo más importante, harán que la Administración pública se presente a los ojos del país y al juicio de la opinión de una manera tal, que desaparezcan muchas de las críticas que sobre ellas pesan, las cuales provienen de la languidez, de la confusión y de la oscuridad que a veces reinan, que de los defectos o de las causas a que se atribuyen”.

En América, el silencio administrativo establecido dentro del Derecho Administrativo, aparece con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado de la limitación al poder del monarca y su estructuración tripartita, ya que se hacía necesaria la implementación de procedimientos que permitan establecer procedimientos y limitaciones al poder estatal, como una necesidad de la existencia de un Derecho para poner límites al poder y evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, es lo que se ha dado en denominar de manera general principio de legalidad.

De las normas constitucionales nacen las diferentes potestades públicas, conocidas principalmente con la Administración Pública, que se rige por las disposiciones de la Constitución y la Ley creada con la finalidad de ampliar y organizar la administración del Estado atendiendo a la organización y competencia de los poderes públicos, incluyendo a los regímenes descentralizados, regulando las políticas administrativas y estableciendo normas básicas sobre sus funciones y obligaciones, la Administración Pública, es pues una organización que está conformada por las personas jurídicas estatales y por sus órganos, concentrados o desconcentrados, incluyendo a las Empresas Estatales.

El silencio administrativo nace de un acto administrativo, que se circunscriba al Derecho Administrativo, por contraposición al acto jurídico que nos da la noción, nos define y regula el derecho civil, teniendo en claro que el mismo es el producto de la función administrativa, independientemente del ejercicio de la misma por parte de un órgano administrativo o de los Poderes Judicial o Legislativo, donde la función administrativa se encargará de llevar adelante en la práctica los cometidos estatales y para ello se requerirá frecuentemente que la administración pública, mediante sus órganos o entes, que declare o exteriorice su voluntad, siendo el Estado una persona jurídica de carácter público que manifestará su voluntad luego de cumplidos los recaudos determinados en el ordenamiento jurídico y el acto por el cual se declara la voluntad estatal es precisamente el acto administrativo.

A lo largo de la historia, el Derecho ha mostrado su preocupación por otorgar un efecto jurídico a la abstención de pronunciamientos o por la manifestación de falta de voluntad que puede darse en las relaciones jurídicas, lo cual ha dado paso al surgimiento de normas legales, que tienen como una de sus finalidades el otorgar un arma a los administrados para reclamar por esa falta de cumplimiento, en base de las normas legales.

Como premisa principal hay que partir de la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite, y, además, notificar dentro de un plazo determinado dicha resolución, 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 o desestimadas, las peticiones dirigidas a la Administración.

En el Ecuador, el 16 de mayo de 1977, como organismo emisor, el Consejo Superior de Gobierno, se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, promulgada en el Registro Oficial 337, en cuyo artículo 336, se establece: "Imperfección legal de las resoluciones.- Si las resoluciones no cumplieren los requisitos señalados en los artículos

anteriores, o no se expidieren o notificaren dentro del plazo señalado, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus alegaciones y, consiguientemente, como confirmación de las glosas, pudiendo en tal caso interponer la acción que corresponda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. Entendiéndose como silencio administrativo negativo.

El surgimiento del silencio administrativo en nuestro país fue por medio del Decreto Ejecutivo 601, promulgado por el Vicepresidente de la República, Encargado de la Presidencia, (Dr. Blasco Peñaherrera Padilla), publicado en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985,<sup>39</sup> considerando entre otros aspectos que es deber del Estado garantizar el más amplio ejercicio del derecho de petición de los ciudadanos, y por lo mismo el derecho a recibir las respuestas adecuadas, dentro de un plazo prudencial, de acuerdo con el numeral 10 del Art. 19 de la Constitución de 1979, y que entre las diferentes disposiciones de aquel decreto, se encuentra:

*“Art. 10.- En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se denegará la decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En el evento de que cualquier autoridad administrativa suspendiere un proceso administrativo o se negare a dictar una resolución 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 Art. 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido el proceso administrativo o se ha negado a resolverlo, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.*

*Art. 11.- Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido y expedito, siempre y cuando quede constancia plena en el proceso administrativo acerca del hecho de la recepción de tal comunicación por parte del administrado.*

*Art. 12.- En las oficinas de la Administración Pública se colocarán avisos en los sitios más visibles en las que se especifiquen el horario de atención, los requisitos para los*

---

<sup>39</sup> R.O. 601, Se dicta normas para la aplicación del Programa Nacional de Desburocratización.

*trámites a cargo de la correspondiente oficina, los plazos de entrega o despacho y el nombre del funcionario que da la información sobre los trámites en tal dependencia.*

*En toda oficina pública se respetarán estrictamente los horarios de atención al público y se establecerán, de ser necesario, los turnos que se requieran para que los administrados dispongan de facilidad para efectuar sus gestiones”.*<sup>40</sup>

Pero el Silencio Administrativo, como tal, nace en nuestra legislación un poco tarde, en comparación con otros países, esto a raíz de la puesta en vigencia de la Ley de Modernización del Estado<sup>41</sup>, que fuera promulgada durante el Gobierno del arquitecto Sixto Durán Ballén, (1992-1995) mediante la cual se da importancia y aplicación preferencial al derecho básico conocido como *“Derecho de Petición y atención inmediata de los poderes públicos”*, que rige desde épocas inmemoriales y forma parte de la Declaración de Derechos Humanos, contemplada en la Carta de la ONU, de la OEA y en casi todas las Constituciones Políticas de las Repúblicas democráticas, como Ecuador.

Este nuevo concepto fue recogido por el artículo 28 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, el citado artículo decía originalmente:

*“Derecho de petición. Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos, vencido el respectivo término SE ENTENDERÁ POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, QUE LA SOLICITUD O PEDIDO HA SIDO APROBADO O QUE LA RECLAMACIÓN HA SIDO RESUELTA A FAVOR DEL RECLAMANTE.*

*En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o NO EXPIDIERE una resolución dentro de los términos previstos, SE PODRÁ DENUNCIAR EL HECHO A LOS JUECES CON JURISDICCIÓN PENAL como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la*

---

<sup>40</sup> DECRETO 601, del 15 de marzo de 1985, publicado en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985.

<sup>41</sup> Ley de Modernización del Estado, Ley 50, Registro Oficial 349, 31 de Diciembre de 1993

*Constitución, de conformidad con el artículo 213 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.”*

El Art. 12 de la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, más conocida como Ley Trole II, que reformó el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que se encuentra publicada en el suplemento del Registro Oficial No. de 18 de agosto de 2000, dando un paso adelante, estableció con absoluta claridad el procedimiento para certificar la existencia de la aceptación tácita:

*"Art. 12.- Al final del primer inciso del artículo 28 agréguese el siguiente:*

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

Dentro de los campos de aplicación del silencio administrativo, encontramos que el mismo se puede aplicar directa o indirectamente en otras funciones estatales, así se puede hablar de silencio legislativo y judicial, de esta forma por la Constitución Política de la República de 1998, el silencio entró a funcionar también en las áreas judicial y legislativa e impuso plazos y condiciones a ciertas facultades del Presidente de la República.

Así en el Art. 24, numeral 8 de la Constitución prescribe que *"la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto..."*

Esta norma, consagra el derecho a la libertad y censura la negligencia de la administración de justicia, ha sido objeto de cuestionamiento por personas e instituciones que no quieren entender ni respetar las elementales normas del debido proceso, y que puede dar como resultado la sanción a los jueces o funcionarios judiciales que han provocado la prescripción de la prisión preventiva.

En otros artículos de la Constitución de 1998, se establecía, una sanción contra la inoperancia del Congreso, como la posibilidad de la entrada en vigencia de leyes y de nombramientos, así podemos mencionar que en el Art. 155 de la Carta Magna advertía que si el Congreso, en el plazo de treinta días, no aprobare, modificare o negare un proyecto de ley calificado como de urgencia en materia económica, el Presidente de la República lo promulgará como decreto ley, tal como ocurrió con la Ley Trole II.

En el Art. 153 de la Norma Suprema, que establecía que si una ley que ha sido aprobada por el Congreso y que, enviada para conocimiento y sanción del Presidente de la República, éste tenía el plazo de diez días para objetar o vetar, total o parcialmente la ley, y si dentro de este plazo no se hiciera objeciones o no fuere sancionada por éste, se considerará como aprobada en todo su texto, en cuyo caso el Congreso debía remitir la Ley al Registro Oficial, para su publicación y entrada en vigencia.

De igual manera se procedía en cuanto a los nombramientos, ya que el tercer inciso del numeral 11 del Art. 130 de la Constitución, prescribía que en el caso de la designación y emisión de los nombramientos a determinadas autoridades públicas, que debían ser designadas por el Congreso Nacional, para lo cual *“El Congreso Nacional EFECTUARÁ LAS DESIGNACIONES DENTRO DEL PLAZO DE TREINTA DIAS contados desde la fecha de recepción de cada terna. DE NO HACERLO, SE ENTENDERÁ DESIGNADA LA PERSONA QUE CONSTE EN EL PRIMER LUGAR DE DICHA TERNA”*.

De esta forma se entendía que estas ternas debían ser presentadas por el Presidente de la República, previo análisis de los requisitos que cada uno de los cargos públicos debían llenar, y que los integrantes de dichas ternas, debían encontrarse ordenados de acuerdo con las capacidades demostradas por cada uno de los integrantes de las mismas, encabezada entonces por la persona con mayor experiencia o preparación.

A su vez, el Congreso Nacional podría nombrar directamente a varios funcionarios de organismos del Estado, en el caso de registrarse vacantes, cuando el Presidente de la República no remitiere las ternas correspondientes en el plazo de veinte días, conforme lo disponía el inciso segundo del numeral 11 del Art. 130.

Así, la Constitución, de 1998, imponía la aceptación tácita en varias situaciones, como una forma de aplicación del silencio, y que es evidente que en el orden diario de la administración pública, tenía que respetarse este principio, estas normas se han mantenido, en su mayor parte, en la actual Constitución, pero que en el caso de la designación de autoridades públicas, el encargado de su nombramiento es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Pero, según lo ordenaba el inciso segundo del artículo 143 de la Constitución Política, que una Ley Ordinaria no podrá modificar una Ley Orgánica, el efecto positivo al reclamante del Silencio Administrativo Regulado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, no afectaba al silencio como denegación tácita del reclamo regulado en las Leyes Orgánicas, es así que la disposición del artículo 332 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, prevalecía como silencio administrativo negativo para el accionante.

El artículo 66 numeral 23 de la última carta fundamental conocida también como Constitución Garantista de Derechos, expedida en el año 2008, al igual que en las Leyes secundarias como en la Ley de Modernización del Estado que en el Art. 28 establece el término que debe transcurrir, esto es 15 días, después de ejercer el Derecho Constitucional de Petición, solicitando a una Autoridad Pública, por escrito algún pronunciamiento o acto administrativo sobre un tema determinado, y el administrado no ha obtenido respuesta oportuna, legal y adecuada conforme a derecho, se considerará que existe silencio administrativo y en consecuencia ha sido aceptada la petición favorablemente a favor del peticionario.

Pero como existe la discusión dialéctica sobre si el Silencio Administrativo, favorece al administrado o a la administración pública, dependiendo de si los efectos que el silencio administrativo de este pueden ser favorables o no, de conformidad con las pretensiones del administrado o de la administración pública, por lo que existen dos doctrinas jurídicas primordiales en el mundo que alimentan y sirven de fuente a estas teorías jurídicas:

- a) Silencio Administrativo Positivo, cuando este ocurre se considerará que ha sido aceptada la petición, de forma favorable para el administrado; y,
- b) Silencio Administrativo Negativo, cuando este ocurra se considerará que ha sido negada la petición, o lo que es lo mismo es favorable para la administración pública.

En el Ecuador en la mayoría opera el silencio administrativo positivo, es decir, que si transcurridos 15 días desde la presentación de una solicitud que impugne un acto administrativo y pida dejarlo insubsistente, salvo que una ley expresa dispusiera un plazo mayor o menor, y no se ha dado una respuesta o pronunciamiento de la autoridad pública competente se considera aceptada la petición.

Pero para que el silencio administrativo positivo cause efectos legales, nazca y sea reconocido por el ordenamiento jurídico, se requiere según la legislación administrativa de un requisito previo, el cual es que, la autoridad judicial respectiva, en este caso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, de la jurisdicción correspondiente, se pronuncie favorablemente y declare mediante fallo, previo el trámite legal del caso, que en respeto de la seguridad jurídica y observación del derecho de defensa de los actores y demandados, que efectivamente se ha configurado el silencio administrativo positivo.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece la particularidad del silencio administrativo negativo, en cuanto expone: “Denegación tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley...”, y son una vez más los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los que emitirán la correspondiente sentencia.

En el mundo del derecho, el silencio administrativo ha tenido y tiene varias interpretaciones:

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

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

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

## **1.2. Antecedentes del silencio administrativo**

La Constitución de nuestro país ha creado una serie de herramientas legales, que han sido diseñadas para dotar a los ciudadanos de mecanismos efectivos que permitan la resolución pronta y efectiva de los conflictos, que son parte de sus derechos fundamentales, como una acción de tutela, y en especial el derecho de petición, ya que en un Estado de Derechos el ser humano constituye la pieza fundamental de su engranaje, se constituye en el centro del ordenamiento jurídico, de esta forma lo menciona Herbert Krüger “...*si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales*”<sup>42</sup>, esta premisa permite aseverar que toda valoración e interpretación que deba darse sobre la aplicación de un derecho fundamental debe tomar como punto de partida el concepto de dignidad humana.

De esta forma el Derecho de Petición como institución elevada a rango constitucional, se ha constituido en elemento de protección y garantía para los administrados, quienes a través de este mecanismo pueden dirigirse a las distintas autoridades administrativas, con el fin de conocer el fundamento de las decisiones que les afectan, quienes deben resolver por medio de un acto administrativo, el cual al no ser emitido dentro de los plazos establecidos por la Ley, se considera resuelto por el silencio administrativo, el mismo que es y ha sido objeto de una serie de controversias, tanto en el campo del derecho como en el de la doctrina.

---

<sup>42</sup> Citado por EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional.

Es así como nace el silencio administrativo como una técnica jurídica establecida por la ley ante la falta de resolución en los plazos establecidos, para la resolución de los procedimientos administrativos, mediante las peticiones dirigidas a la Administración pública, se pueden entender o considerar estimadas, en el caso del silencio positivo, o desestimadas, para que se considere como silencio negativo, de igual manera se procede con la obligación que tiene de resolver y notificar, la misma que ha sido establecida para que la administración se vea en la obligación de dictar sus resoluciones de forma expresa, y a notificarla, dentro de los plazos máximos que han sido señalados por la norma reguladora de cada tipo de procedimiento.

Si bien es cierto que, el establecimiento de plazos máximos para emitir la resolución y su notificación puede sufrir suspensiones o ampliaciones en distintos etapas de un proceso administrativo, plazos que han sido estipulados para evitar principalmente que se cumpla la condición impuesta por el silencio administrativo, ya que muchas veces podría bastar con una notificación defectuosa.

En el decreto ejecutivo 601, referido en líneas anteriores, se trata de establecer tanto las obligaciones de la administración, así como el procedimiento a seguir en el caso de incumplimiento de los plazos:

1. En primer lugar se establece la obligación de mantener la tramitación de los procesos, así como la obligación de resolver las peticiones o reclamos de lo administrados, y que en el caso de que suspenderse sin causa justa, o se deniegue el derecho de las personas a recibir respuesta oportuna a sus reclamos o peticiones, se deja abierta la posibilidad de que el administrado, o la autoridad máxima del organismo público, de denunciar penalmente al funcionario encargado de resolver, independientemente de las sanciones administrativas y civiles que se puedan dar, esto es que el funcionario puede ser destituido, obligado a pagar daños y perjuicios, o incluso a ser sancionado penalmente con pena de cárcel y multa.
2. De igual manera se ha establecido la obligación de las autoridades administrativas de comunicar o notificar sobre cualquier resolución que adopten al administrado, dentro de los plazos y términos legalmente establecidos, así se lo haga por los medios que se consideren como los más rápidos y expeditos, dejando constancia de dicha notificación,

a fin de que el administrado tenga conocimiento de forma rápida de las resoluciones, y pueda interponer los recursos legales oportunos.

3. También se da la exigencia, para que en las oficinas de la Administración Pública, de colocar en forma clara los horarios de atención al público, los requisitos necesarios para cada tipo de trámite, así como los plazos para la entrega o despacho de los mismos, además del nombre del funcionario responsable del área, con lo que se buscaba que dichos horarios se respeten estrictamente, así mismo que se pueden entregar turnos para la correcta atención de los usuarios.

Muchas veces estas disposiciones no han sido respetadas a cabalidad por los funcionarios públicos, en especial en cuando al cumplimiento de los horarios de atención, por lo cual los trámites se retrasaban indiscriminadamente, y las personas llamaban de forma despectiva a dichos funcionarios como burócratas, creyendo indebidamente que dicha palabra significaba algo así como un vago o una persona que no cumple con sus obligaciones, sin embargo, de la definición dada al término burócrata, nace del vocablo burocracia, que por su parte se define: *“Burocracia<sup>43</sup>, es la administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”*.

La burocracia es en sí el poder detrás de un escritorio, pero que se debe entender como una forma de ayudar a las personas, y no a vivir de las personas, por ello se ha tratado de limitar estos retardos injustificados, por medio de un Programa Nacional de Desburocratización, y de esta forma conseguir o procurar que la ciudadanía reciba atención ágil y confiable en la Administración Pública, mediante la eliminación de trámites innecesarios y el logro de niveles de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Con la aceptación tácita, por la que se considera se aplica el silencio administrativo, a cualquier solicitud o reclamo de los particulares, presentadas a conocimiento de la administración pública, como un arma para se haga efectivo el derecho constitucional de petición, y contra dicha negligencia, desidia e inoperancia que aún persiste, en este punto la denominada Ley Trole II, promulgada en agosto del año 2000, dio un importante paso para fortalecer esta institución, pero, como sus resultados todavía no son suficientes, se ha tratado de ir mejorando las normas legales, para sancionar a los servidores públicos que

---

<sup>43</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, vigésima segunda edición 2001, Madrid.

impidieran, retardaren u obstaculizaren la vigencia del silencio administrativo como forma de aceptación, ya que se dispone en la Ley de Modernización que es obligación de los funcionarios públicos de emitir una certificación sobre la falta de contestación o resolución de la solicitud o reclamo planteado, so pena de aplicarse medidas que pueden incluir tanto la destitución como el inicio de acciones penales.

Para comprender mejor debemos de comprender que el silencio administrativo tiene una triple perspectiva:

Económica – Jurídica, por el que se busca proteger los intereses, obligaciones y derechos de los administrados frente a la inactividad de la Administración Pública, para lo cual se establece el surgimiento del silencio administrativo de tipo positivo, ya que se considera como aceptación tácito de lo solicitado o reclamado.

Gestión Pública, como una herramienta jurídica de gestión que le permite a la Administración Pública, para poner en conocimiento a los administrados sobre una situación concreta de manera rápida y eficiente, vía notificación, para que con ello no se afecte a sus derechos constitucionales y fundamentales, y de igual forma procedan en contra de los funcionarios públicos que por su falta de rapidez en la resolución de las causas administrativas, sea por inoperancia o negligencia, sean sancionados de conformidad con la ley; Procesal, por medio de la cual se permite abrir indefinidamente la vía judicial, en tanto la Administración no haya resuelto de manera motivada y bajo el respeto irrestricto del debido procedimiento el caso concreto, para el inicio de las acciones contencioso administrativas.

Teniendo como objetivo la racionalización y eficiencia administrativa, el año 1993 se promulga la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada<sup>44</sup>, por parte del Congreso Nacional, en dicha norma legal, en su Art. 28 se establece un término de quince días para resolver las peticiones o reclamos, salvo que otra norma legal señale otro distinto, es decir, que la Administración Pública tiene este plazo final para resolver todo reclamo, solicitud o pedido que realicen los administrados, lo que lo diferencia del Decreto Ejecutivo antes mencionado, el cual no fija ningún término para resolver, pero que son similares al preocuparse de la

---

<sup>44</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA, Art. 28, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

suspensión del trámite, en cuyo caso se establece la aplicación de las sanciones establecidas por la Ley.

Tanto el Decreto Ejecutivo 601 como la Ley de Modernización del Estado, se emitieron para proteger a los administrados ante una posible violación del derecho constitucional de petición garantizado por la Carta Magna, y que al mismo tiempo estuvo tipificada y sancionada por el *Art. 212 del Código Penal*, (a la fecha de promulgación del Decreto Ejecutivo), sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran las leyes, que como fue mencionado anteriormente, pueden ser acciones administrativa que pueden conllevar a la destitución del funcionario, como civiles para el pago de daños y perjuicios.

También es común tanto en el Decreto como en la Ley, la facultad que tenía la máxima autoridad administrativa, de probar que un funcionario inferior ha suspendido el proceso administrativo o se ha negado a resolverlo, de comunicar a la Fiscalía General del Estado, para que prevenga en el conocimiento de la causa, dirija y promueva la investigación pre procesal y procesal penal, en contra del o los funcionarios responsables por negligencia en sus funciones.<sup>45</sup>

Así también en el Decreto como en la Ley se estableció la obligación de la autoridad administrativa de comunicar al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio más rápido y expedito, debiendo dejar constancia en el proceso administrativo del hecho de la recepción de tal comunicación por parte del administrado, y para ello se debe fijar dirección para las notificaciones, que será: "... el casillero judicial de un abogado legalmente inscrito en cualquiera de los colegios de abogados del país"<sup>46</sup>.

Para la correcta aplicación de estas normas legales, se han dictado otras normas que buscan la correcta administración pública, entre ellas tenemos al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, promulgado por medio de Decreto Ejecutivo de 31 de marzo de 1994, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 411, de la misma fecha, que tiene como uno de sus objetos:

---

<sup>45</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 219, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

<sup>46</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 79, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito

*“Art. 1.- ...instituir la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Función Ejecutiva”.*

### **1.2.1. ¿Qué es el silencio administrativo?**

Una de las figuras más peculiares del derecho en general es la perspectiva garantista del silencio administrativo, que puede considerarse como una garantía procesal no jurisdiccional, por tratarse de un proceso administrativo, ya que al basarse en la protección y resguardo de los derechos de los administrados, su intención primordial es la de conservar el derecho de recibir una respuesta y limitar el abuso de parte de los funcionarios públicos, por ello se entiende que el silencio administrativo es una garantía por el hecho que protege el derecho de tutela en el procedimiento administrativo, proteccionista del derecho de petición.

El abuso de los funcionarios públicos se lo considera, por cuanto la Administración Pública siempre estará en ventaja con respecto al administrado, primordialmente porque el administrado se enfrenta de forma individual a un órgano que maneja una tutela sobre el público en general, por eso se considera que el proceso en la vía administrativa siempre va a ser injusto, ya que el que resuelve las peticiones es al que se le está demandando, o realizando una cierta petición, y algunos autores consideran a la vía administrativa como una auto-tutela, y por ello la estructura abusiva no puede ser resuelta de ninguna manera más que por la vía judicial, dentro de un proceso contencioso administrativo, para la aplicación del silencio administrativo.

Dentro de un mismo procedimiento administrativo, se han establecido los plazos y términos para el cumplimiento de los trámites, que deben ser notificados a los interesados, para el cumplimiento de los trámites se plantea en términos muy flexibles ya que en caso de que la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, se pondrá en su conocimiento concediéndoles un nuevo plazo para cumplimentarlo, es decir que la administración puede incrementar los plazos a su conveniencia, y de esta forma poder cumplir con su obligación.

La aplicación del silencio administrativo, es para verificar que en la tramitación del procedimiento administrativo, se cumpla el principio de responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas y del personal al servicio de las Administraciones públicas, que tengan a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, ya que la falta de pronunciamiento de la Administración generaría una situación de paralización e incertidumbre en los interesados si no existiese un plazo máximo para resolver, ni se previenen las consecuencias por el incumplimiento de la obligación legal de resolver.

De ser así, los interesados no podrían ejercer ni proteger sus derechos o intereses legítimos, ya que desconocerían la decisión de la Administración con respecto a aquéllos, y no podrían combatir esta situación al carecer de acto administrativo alguno que recurrir, quedando, además, expuestos a la decisión que finalmente adoptara la Administración.

Por ello, la Administración pública debe legalmente pronunciarse y resolver en un plazo determinado, provocando en todo caso el lo que se conoce como silencio administrativo, que en el caso de la legislación ecuatoriana es positivo o estimatorio de lo pedido, es decir, el surgimiento *ex lege* de un acto presunto en tal sentido.

De esta forma tenemos que el Silencio Administrativo es una construcción del Derecho Administrativo, que puede entenderse como la consecuencia jurídica de la inactividad en la que incurre la Administración Pública, al no resolver, dentro de los plazos legalmente establecido, cuando el procedimiento previamente ha sido iniciado, sea a través de una petición o de un recurso administrativo, entonces el Silencio Administrativo se transforma en una presunción o ficción legal en virtud de la cual, transcurridos los plazos sin que se haya resuelto por parte de las administraciones públicas y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones, dependiendo de las normativas legales que lo privilegian. Hay silencio administrativo en los casos en los que la administración calla cuando tiene algo que decir.

La obligación de la Administración es la de resolver todos los procedimientos que tramite, sea por solicitud o reclamo planteado por un administrado, así como notificar al administrado dentro de un plazo determinado, sobre dicha resolución, y ante la falta de resolución o de notificación dentro de los plazos establecidos en la ley, nace el silencio administrativo como una técnica establecida por la ley, precisamente para solucionar esa inactividad de la administración, por el incumplimiento de su obligación de resolver y notificar, y la posible consecuencia que se anuda ante su incumplimiento.

El fundamento del silencio administrativo, es lograr que en los casos en que la administración pública no se pronuncie oportunamente en dictar una resolución, o ésta no se encuentre al servicio de los administrados, o bien no se pronuncie en el dictamen de una resolución dentro de los plazos máximos que establece la ley, ese silencio o inactividad tiene que ser valorado como si se tratara de una decisión, cuyo resultado, positivo o negativo, depende de cuál es la forma en que el silencio administrativo opere, de acuerdo con las leyes, como un mecanismo legal para evitar el quiebre del sistema jurídico-administrativo.

Es así que, la función del silencio administrativo es alcanzar que la administración cumpla con el deber de poner fin a los procedimientos administrativos que han llegado a su conocimiento, para de esta forma lograr el acto terminal o conseguir una respuesta, por medio de una resolución, que se lo entiende como un hecho jurídico nacido de la falta de resolución, pero hay juristas que consideran que el hecho jurídico en realidad es la falta de actividad de la administración, debido a la falta de voluntad por parte de la administración, es así que, estaríamos frente a un hecho jurídico, considerándose al silencio administrativo como una ficción legal, esto es, que se trata de una creación de la ley; de una forma extraordinaria de poner fin a un procedimiento administrativo cuando la Administración no resuelva dentro de los plazos máximos que establece la ley; y, cuando no actúe resolviendo, cuando está jurídicamente obligada a emitir su resolución.

De esta forma se reúnen los requisitos del silencio administrativo, que legalmente permite al administrado interponer un recurso judicial por medio de la denuncia del incumplimiento en que ha recaído la administración, y que se justifica con la presentación de la certificación emitida por la misma administración por este incumplimiento.

El silencio administrativo responde a la forma más simple de producción de cuantas le son posibles, por petición del interesado y en especial por el transcurso del plazo máximo que tiene la autoridad administrativa para emitir su resolución y para notificarla, sin que el particular haya recibido dicha notificación, en cuyo caso, por el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución al interesado, de esta forma los actos administrativos producidos por el silencio administrativo producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debió dictarse y notificarse la resolución expresa, sin que la misma se haya producido.

Lo primero debido principalmente a que el silencio administrativo no opera de pleno derecho, o de oficio, es el interesado quien debe poner en práctica esta garantía o bien

esperar a que la administración se pronuncie al dictar su resolución. Y lo segundo porque el afectado puede pedir a la administración la certificación de que esta no actuó dentro de los plazos máximos establecidos en la ley.

Para el surgimiento del silencio administrativo, se tiene como premisa fundamental, la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite, y, además, notificar en un plazo determinado dicha resolución, y que se trata de una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en los plazos establecidos para cada uno de los procedimientos administrativos.

### **1.2.2 Definición del silencio administrativo.**

Se denomina silencio administrativo, a la ausencia de resolución expresa que decida sobre un asunto en un procedimiento o en un recurso administrativo, iniciado a petición de un administrado, y consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar una resolución en un acto que se encuentra previsto por la ley, y que tiene como nota esencial su ambigüedad.

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

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

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

*c) Modernamente, en cambio, el silencio de la administración es equivalente a una respuesta positiva, a una aceptación tácita, que nace por mandato de la ley, es decir, ipso jure, y no requiere ningún otro pronunciamiento de la administración para ser reconocido”<sup>47</sup>*

El silencio administrativo, o de la administración, ha sido definido principalmente como una forma de manifestación o declaración tácita de la voluntad de la Administración Pública, en este sentido Dromi afirma que: “...la voluntad –de la Administración- es tácita cuando el

---

<sup>47</sup>ARBOLEDA TERÁN, Néstor. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA“  
www.derechoecuador.com”

*silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo”, de esta forma Dromi nos dice que considera a la voluntad expresa como una regla, y por lo mismo se entiende que por excepción es tácita.*<sup>48</sup>

Nuestra legislación contempla el silencio administrativo positivo, que consagra básicamente el derecho de los peticionarios, por lo que también supone una censura a la actuación de las instituciones, ya que implica una infracción a la Ley, debido a que su deber es la prestación de servicios de óptima calidad, y ello incluye el derecho que tiene todo ciudadano de recibir oportuna respuesta por parte de éstas; y, en el caso de resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado, el silencio administrativo es negativo.

En palabras del maestro Parada: *“Se denomina silencio administrativo a la falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una denegatoria ficta que habilita al administrado el acceso a la instancia superior vía recurso impugnativo”*<sup>49</sup>

El silencio administrativo, es en sí, la aceptación tácita por parte de la administración pública, al no haberse resuelto un caso puesto en su conocimiento por parte de un administrado, que para algunos tratadistas es la falta de pronunciamiento, pero para otros es el punto de origen del mismo, y que se verifica en forma positiva, en favor del administrado.

De esta forma tenemos que, el silencio administrativo es el nombre que se da en derecho administrativo, al hecho de que la Administración pública no responda a una solicitud o a un recurso dentro de los plazos establecidos legalmente, y que da lugar a un acto administrativo presunto, positivo o negativo.

En sentido estricto, esta técnica sólo se aplica cuando los procedimientos han sido iniciados a instancia del interesado o por su solicitud, en los que la administración pública tiene que responder a la petición del particular, pero en los casos de procedimientos iniciados de

---

<sup>48</sup> José Roberto Dromi, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1992, Pág. 175

<sup>49</sup> PARADA, R: Derecho Administrativo. Tomos I & II. 14º edición. Ed. Marcial Pons

oficio, la falta de resolución produce más bien el efecto de caducidad del procedimiento, por lo que se puede considerar que es imposible se produzca un acto administrativo; de igual manera, si se trata de procedimientos administrativos sancionadores o generadores de efectos no favorables para los administrados, es jurídicamente imposible la producción en ellos, de actos presuntos.

En la definición hecha por la Real Academia Española de la Lengua, la pasividad de la administración tiene un significado positivo o negativo, que se traduce como: *“Silencio administrativo, es la pasividad de la Administración ante una petición o recurso a la que la ley da un significado estimatorio o desestimatorio”*<sup>50</sup>.

El maestro Penagos, en su obra *“El Acto Administrativo”*, nos da una definición de silencio de la administración, cuando dice que: *“El silencio administrativo, como la misma expresión lo dice, es la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados”*<sup>51</sup>.

El silencio administrativo es la ausencia de una resolución de un acto administrativo cuando debería haberla, que puede tener dos posibles consecuencias del silencio, la negativa y la positiva, es decir, ante la falta de respuesta a los planteamientos de los gobernantes, se puede suponer que han sido resueltos de manera negativa o afirmativa, Francisco Gonzáles Navarro, dice que: *“al silencio administrativo lo definimos como una presunción legal, una ficción que la ley establece en beneficio del particular y en virtud de la cual se considera estimada o desestimada”*.

En un Estado de Derechos, como el nuestro, las peticiones o solicitudes conforme a la ley, no pueden quedar sin respuesta, por lo que se aplica el silencio administrativo en su aspecto positivo, que tiene un valor jurídico que no se lo otorga la administración, sino la ley que sanciona la inactividad o morosidad de la administración, entonces, el silencio administrativo debe ser entendido como una presunción legal, una ficción que la ley establece, a favor del administrado.

---

<sup>50</sup> REAL Academia Española, 2001, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo II, página 2064, Madrid.

<sup>51</sup> PENAGOS Gustavo, 1992, obra citada, página 174, Bogotá.

La corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, ha establecido, en múltiples sentencias una definición a lo que se debe considerar como el silencio administrativo, y que lo podemos notar en la sentencia de 10 de diciembre de 1997, dentro de los recursos de casación planteados por el Ministro de Energía y Minas y el Gerente de la Empresa de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador PETROCOMERCIAL, en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, dentro del juicio seguido por Andrea Menozzi, representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR, contra los recurrentes y contra el Procurador General del Estado, en esta sentencia la Sala de lo Contencioso Administrativo señaló:

*“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 dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, 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 consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19 numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”.*<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia en fallos reiterados constantes en la jurisprudencia de casación gaceta judicial Año XCVII, serie 16, No. 10, Pág. 2716

### 1.2.3. Normas legales del silencio administrativo.

En el marco jurídico ecuatoriano, el silencio administrativo surge en nuestra legislación, a través del Decreto Ejecutivo 601,<sup>53</sup> pero no como tal, sino como la obligación de cumplir con los plazos establecidos por la ley, para que se resuelvan los expedientes administrativos, pero como tipificación misma, aparece en la legislación ecuatoriana con la expedición de la Ley de Modernización, como una forma de respetar el derecho de petición de las personas a las entidades administrativas.

Dentro de la historia legislativa ecuatoriana, el derecho de petición se encuentra presente en las diferentes constituciones. En la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, Sección novena, Capítulo sexto, artículo 66, numeral 23, expresamente dispone:

*“Art. 66.- Se reconoce y garantiza 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.”<sup>54</sup>*

Es pues en base al derecho y garantía constitucional de petición que nace el silencio administrativo en nuestro país, debido a que consagra el derecho de petición, y a recibir atención oportuna y motivada; y, ante el incumplimiento de esta premisa constitucional, se pueda acudir a la aplicación del silencio de la administración, para obtener la oportuna respuesta.

Es parte de la historia el reconocimiento de los derechos, lo que ha sido traducido en las diferentes normas constitucionales, que garantiza el derecho de petición, así lo dicen los profesores Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín, cuando manifiestan que: *“El derecho de petición ha sido reconocido por todas nuestras Constituciones republicanas, aclarándose en ellas, además, que puede ser ejercido individual o colectivamente; sólo la Nueva no reproduce esta oportuna aclaración”<sup>55</sup>.*

---

<sup>53</sup> R.O. 601, promulgado por el Vicepresidente de la República, Encargado de la Presidencia, (Dr. Blasco Peñaherrera Padilla), publicado en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985.

<sup>54</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Quito.

<sup>55</sup> JULIO TOBAR DONOSO Y JUAN LARREA HOLGUÍN, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, 1979, Quito.

Y continúan diciendo que: *“Los textos de las Constituciones en este punto casi no presentan variaciones desde 1830 hasta 1945... La de 1945 introduce un elemento muy valioso, el peticionario tiene derecho a que se resuelva su solicitud dentro del plazo de 30 días; fijación de un plazo hace eficaz la garantía; esto se conserva también en la de 1967 y en el proyecto del 45 Reformada; la Nueva, se refiere genéricamente al plazo fijado por la Ley, con mayor acierto porque hay ciertas peticiones que deben ser resueltas en otros plazos, por ejemplo las que se presentan en juicio y según los respectivos términos procesales.”*<sup>56</sup>

Esta garantía constitucional se basa en el principio de que toda persona debe ser oída y atendida, como miembro que es de la sociedad, en los regímenes republicanos se entiende que el mandatario, (la autoridad en general), ejercen su función a nombre del pueblo y, por tanto, se establece una relación entre mandante y mandatario y dentro de ella el mandante, (el pueblo), puede solicitar la prestación de un servicio, la aplicación de normas legales, etc., y recibir las respuestas oportunas dentro de los plazos determinados en la ley.

Precisamente para garantizar el eficaz cumplimiento de la norma constitucional, se han establecido sanciones diferentes para los funcionarios públicos que incumplan con sus funciones.

Las relaciones entre la administración pública, se encontraban establecidas en la Carta Magna de 1998, cuando establecía que:

*“Art. 8.- Las administraciones públicas, en el desarrollo de su actividad propia y en sus relaciones recíprocas, deberán respetar las competencias de las otras administraciones y prestar, en su propia competencia, la cooperación que las demás recabaren para el cumplimiento de sus fines.*

*Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”*<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> JULIO TOBAR DONOSO Y JUAN LARREA HOLGUÍN, obra citada, páginas 193 y 194

<sup>57</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 119, obra citada

De esta forma se evidencia que el silencio administrativo ha sido establecido legalmente, y que consta en la diferente normativa constitucional y legal, que ha sido expedidas en el país a lo largo de la historia con el fin de garantizar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, así tenemos:

#### **1.2.4. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.**

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial N.º 349, del 31 de diciembre de 1993, tiene entre sus objetivos, el establecer los principios y normas generales para regular la racionalización y eficiencia administrativa, a través de la imposición de plazos para el normal desenvolvimiento de las tareas de los funcionarios públicos, así como establecer las consecuencias que la falta de diligencia de los mismos puede acarrear.

Una de las áreas del proceso de modernización del Estado, comprendió la racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica del sector público, distribuyendo adecuada y eficientemente las competencias, funciones y responsabilidades de sus entidades y organismos<sup>58</sup>, en especial al respeto al Derecho de Petición garantizado constitucionalmente y que se puede observar en la Sentencia dictada por la Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia que dice:

*“El inciso segundo del artículo 143 de la Constitución ordena que una Ley Ordinaria no podrá modificar una Ley Orgánica, en consecuencia el efecto positivo del reclamante del Silencio Administrativo regulado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, no afecta al silencio como denegación tácita del reclamo regulado en las Leyes Orgánicas”<sup>59</sup>.*

Esto en referencia a que el artículo 28 de la Ley de Modernización dispone que, básicamente que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor de quince días, que se cuentan desde la fecha de su presentación, excepto que una norma legal expresamente señale otro plazo distinto, esto es dejando una salvedad, en caso de que otra norma legal disponga algo diferente.

---

<sup>58</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICATIVA PRIVADA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

<sup>59</sup> SALA DE LO ADMINISTRATIVO, expedientes 8 y 16, Registro Oficial N° 332, del 23 de mayo del 2001.

De esta forma se está previniendo que por ningún concepto se puede suspender la tramitación de las solicitudes o reclamos, y por lo mismo no se puede denegar la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamos hechos por los administrados, en concordancia con el Decreto Ejecutivo 601 señalado en líneas anteriores.

En caso de incumplimiento de los plazos, por vencimiento del respectivo término se establece que procede la aplicación del silencio administrativo de carácter positivo, esto es, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante, imponiendo de igual manera la obligación del funcionario público de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, este documento 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, por medio de la vía judicial, a través de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativos.

Así mismo, se establece la posibilidad de iniciar un proceso en contra de la autoridad administrativa que no acepte la petición, o que de manera injustificada suspenda un procedimiento administrativo o no expida la resolución que corresponda dentro de los términos previstos por la ley, por tratarse de un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución.

De acuerdo con lo mencionado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, una ley ordinaria no puede modificar lo establecido por una ley orgánica, que tiene supremacía legal, sin embargo, es de analizar que la misma Ley de Modernización del Estado, en su Art. 66 aclara que: *“La presente Ley tiene el carácter de especial y por lo tanto prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere”*<sup>60</sup>, pero que de acuerdo con las nuevas normas constitucionales, el tipo de ley especial ha desaparecido del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y las leyes especiales pasaron a ser de carácter ordinario, y no pueden prevalecer sobre las normas orgánicas.

En la misma norma legal se estipula que de considerarse necesario, que para resolver una solicitud o reclamo presentado en vía administrativa, se determina una ampliación a los plazos para la expedir la resolución, así:

---

<sup>60</sup> Ley y artículo citado

*“Cuando por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas, previamente, evaluaciones técnicas de órganos o entidades afines, y tales órganos o entidades no expidan o realicen los actos pertinentes en los términos prefijados, o en su ausencia, dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento, el responsable del procedimiento administrativo o el administrado interesado en dicho procedimiento pedirán las mencionadas evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública, entes públicos o centros universitarios, dotados de capacidad técnica equivalente”.*<sup>61</sup>

Los términos para que los reclamos, solicitudes o pedidos a las autoridades públicas sean resueltos, corresponden:

- Quince días contados a partir de la presentación, salvo que una norma legal señale otro distinto;
- Treinta días contados a partir de la recepción del requerimiento, cuando por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de la resolución, previamente se requieran evaluaciones técnicas; y,
- Treinta días más, cuando las evaluaciones técnicas se piden a otros órganos dotados de capacidad técnica equivalente, al no haberse expedido o realizado los actos solicitados, en el término señalado en el literal anterior.

En consecuencia, cuando el término dispuesto para que la administración pública resuelva lo solicitado, no es mayor de quince días, si por disposición legal o reglamentaria se requiere previamente le emisión de informes especializados, este término puede extenderse hasta un total de setenta y cinco días.

En cualquier caso de incumplimiento de las estipulaciones legales, dispuestas por la Ley de Modernización, o por las leyes comunes propias de cada institución pública, se aplican diferentes sanciones, que se mencionan en el artículo 33, el mismo que dispone:

*“El funcionario o empleado público que violare cualquiera de las disposiciones relacionadas con la eficiencia administrativa, será sancionado con la destitución de su*

---

<sup>61</sup> LEY DE MORNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 30, obra citada.

*cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas previstas en otras leyes”.*<sup>62</sup>

Todo proceso administrativo, nacido por pedido o reclamo de un administrado, o de oficio por parte de la misma administración, debe ser notificado por parte de las autoridades administrativas, de todas las resoluciones que dicten, sean de mero trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido o expedito, pero deberán dejar una constancia de dichas notificaciones en el proceso administrativo, incluyendo la dirección en la que se realizarán las notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho<sup>63</sup>, la primera notificación se la hará en su domicilio civil<sup>64</sup>, pero para futuras notificaciones se lo podrá realizar en un casillero judicial que señale el administrado por medio de un abogado.

A pesar que la misma Ley de Modernización menciona que una vez vencido el término o el plazo para resolver se debe solicitar y emitir el certificado que establezca precisamente el vencimiento de los plazos, para iniciar las acciones judiciales, por haber precedido un reclamo en la vía administrativa, pero no se lo exige como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el otorgamiento o reclamo en la vía administrativa, ya que este derecho es facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerza dentro del término de noventa días<sup>65</sup>.

Todos los reclamos por vía administrativa, que no han sido resueltos dentro de los plazos establecidos que se aplica el silencio administrativo positivo, se los debe ejecutar por medio de procesos judiciales, a través de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, que son los llamados a conocer y resolver de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Artículo y ley citados.

<sup>63</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN, Art. 29, obra citada.

<sup>64</sup> *“El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”*, CÓDIGO CIVIL, Art. 48, Editorial Jurídica del Ecuador, 2001, Quito.

<sup>65</sup> LEY DEMODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 38, obra citada.

<sup>66</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN, Art. 38, obra citada.

### 1.2.5. Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado<sup>67</sup>.

El Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado, promulgada mediante Decreto Ejecutivo 1581, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 349, de 18 de junio de 2001, estableció varias reglas en las que se aplica el silencio administrativo, de acuerdo con las normas de descentralización, según se cita:

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

En primer lugar se establece que cualquier solicitud, reclamo o recurso presentado por cualquier persona, dirigida a las autoridades u organismos de control, por medio de las oficinas regionales o provinciales, deberán ser resueltos dentro de los términos que han sido establecido por la ley, esto es que al no determinarse un plazo específico, se estará a lo mencionado en el Art. 28 de la Ley de Modernización, esto es un plazo de quince días, y en este caso de igual manera, el silencio administrativo es de carácter positivo, es decir, se entiende como aceptación favorable a lo solicitado o reclamado por las personas.

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

*“Art. 44.- Las oficinas provinciales o regionales de ministerios y organismos del Estado que tengan bajo su responsabilidad cualquier clase de registros, deberán atender en las provincias las solicitudes de los particulares en el término contemplado por la ley. El silencio administrativo significará aceptación tácita y dará lugar al derecho de los peticionarios.”*

*“Art. 45.- Si transcurrido el término de ley, las oficinas provinciales de los ministerios y organismos del Estado suspendieran o revocaran el registro que entró en vigencia por el*

---

<sup>67</sup> REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACION DEL ESTADO, Decreto Ejecutivo 1581, Suplemento del Registro Oficial 349, de 18 de Junio de 2001

*silencio administrativo, los administrados podrán acudir a la acción contencioso administrativa, dentro del término de noventa días.”*

El Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado, continúa señalando que de darse una revocatoria por parte de los organismos de control, de las resoluciones que entraron en vigencia gracias al silencio administrativo, esto le permite a los administrados interponer acciones en la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual cuenta con un término de noventa días, ya que las oficinas provinciales o regionales de los organismos de control están obligados a cumplir con los plazos establecidos en la ley, para atender a las solicitudes que llegan a su conocimiento, en cuyo caso, como queda mencionado el silencio administrativo, opera de forma positiva aceptando tácitamente a lo solicitado por el petionario.

Y por lo mismo, si han revocado o suspendido los registros que entraron en vigencia por silencio administrativo, como queda establecido da derecho a los administrados de interponer las acciones contenciosas administrativas, necesarias para que se cumplan con sus derechos.

#### **1.2.6. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.**

En el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, también existen referencias al silencio administrativo, al hablar de los procedimientos administrativos, así tenemos:

*“Artículo 382.- Principios.- Los procedimientos administrativos que se ejecuten en los gobiernos autónomos descentralizados observarán los principios de legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente, informalidad, intermediación, buena fe y confianza legítima.*

*Los procedimientos administrativos no regulados expresamente en este Código estarán regulados por acto normativo expedido por el correspondiente gobierno autónomo descentralizado de conformidad con este Código. Dichas normas incluirán, al menos, los*

*plazos máximos de duración del procedimiento y los efectos que produjere su vencimiento.*

*Para formular peticiones ante los gobiernos autónomos descentralizados no se requiere patrocinio de un profesional del derecho y podrá presentarse en forma escrita o verbal, haciendo una relación sucinta y clara de la materia del reclamo.*

*Para facilitar la formulación de solicitudes, recursos o reclamos, las administraciones de los gobiernos autónomos descentralizados deberán implementar formularios de fácil comprensión y cumplimiento, por áreas deservicio de cada dependencia.*

*En los gobiernos autónomos descentralizados en cuya circunscripción territorial se pueda acceder fácilmente a medios informáticos y digitales, se deberán aceptar solicitudes y escritos por dichos medios, con igual validez que los presentados en medios impresos”.<sup>68</sup>*

El COOTAD establece los principios en los cuales se basan los procedimientos administrativos, estos son:

Legalidad, que toda actuación administrativa, debe encontrarse debidamente motivada conforme a derecho, y basado en normas legales previamente emitidas, y sobretodo en respeto a las normas del debido proceso;

Celeridad, otorgándole a los funcionarios administrativos plazos y términos determinados, para que se cumpla con este principio de carácter constitucional, y que los procedimientos administrativos sean resueltos rápidamente;

Cooperación, tanto con otras instituciones públicas, como otorgando su ayuda a los administrados;

Eficiencia, haciendo que los procedimientos administrativos resuelvan en forma correcta atendiendo las necesidades de las personas;

Eficacia, que lo resuelto sea útil y beneficioso para todos, no solo para los reclamantes;

Transparencia, sin ocultar nada de lo que se realice o practique, sin que se permita opción alguna a la duda;

---

<sup>68</sup> Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 382

Participación, dejando que en los procedimientos exista interacción entre los administrados y la administración;

Libre acceso al expediente, permitiendo que los mismos puedan ser observados, sin que se pueda restringir acceso a las partes;

Informalidad, libre de los formalismos excesivos, sin que ello implique que no se observen las reglas del debido proceso;

Inmediación, dando paso a demostrar que la administración pública está al servicio de la ciudadanía, permitiendo acercar los procedimientos para el pleno conocimiento de las personas;

Buena fe, sin que se permita litigar de mala fe, o con la finalidad de retardar o entorpecer el procedimiento administrativo;

Confianza legítima, por el respeto a todos y cada uno de los principios procedimentales de la administración se generará la confianza suficiente de las personas hacia la administración; Así mismo se establece que las normas del COOTAD son las que prevalecerán, o en su defecto por actos normativos, esto es ordenanzas, emitidas por los gobiernos autónomos, entre los que se mencionan que las reclamaciones ante los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADS), no se requiere de hacerlo con patrocinio de un abogado, y se lo puede hacer en forma verbal o por escrito, haciendo un relato lo más claro y preciso posible de los hechos reclamados, para lo cual incluso se deben de implementar formularios para cada tipo de solicitud, o que se los puede realizar por medios electrónicos<sup>69</sup>.

Cuando se ha iniciado este procedimiento se ha establecido un plazo máximo para que se emita la resolución, y que la misma sea notificada, precisamente en observancia de los principios de celeridad, y que deberá ser establecida por los GADS, que en caso de no habérselo dispuesto, el plazo será de 30 días, luego de lo cual se genera el silencio administrativo positivo a favor del administrado o solicitante, tal como lo señala el Art. 387 del COOTAD:

*“Artículo 387.- Plazo para resolución.- El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto*

---

<sup>69</sup> Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 382

*normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.*

*La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento.”<sup>70</sup>*

### **1.2.7. Código Tributario.**

En cuando a las normas establecidas por la normativa tributaria, la misma se consideraba como negativa tácita de los reclamos o solicitudes planteadas por los administrados o contribuyentes, lo que se contrapone a lo dispuesto por la Ley de Modernización del estado en su Art. 28, precisamente en este sentido ha sido resuelto en múltiples resoluciones por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en diferentes resoluciones a recursos de Casación, que deja en claro los aspectos correspondientes al silencio administrativo en lo tributario. En una de dichas resoluciones dice:

*“Es de notar que en el mismo Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, se publica la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, en cuyo Art. 28 se introduce una modificación trascendente e innovadora, la que el silencio de la Autoridad Pública ante un reclamo solicitud o pedido, se tendrá como respuesta favorable al particular. Es indudable que con la expedición de este Art. 28, se pretende que el derecho de petición recogido en la Constitución Política tenga efectividad. Sin embargo, hasta esa fecha, 31 de diciembre de 1993, era evidente que habiéndose publicado al mismo tiempo la Disposición Final Primera de la Ley 51, y la Ley de Modernización del Estado, prevalecía la primera, por su especialidad, y por ello, para el ámbito tributario el silencio administrativo continuaba siendo considerado como una negativa tácita. El Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 del 10 de marzo de 85 Código y Artículo citado 1994, en su parte pertinente, literalmente dice “Art. 21. Sustitúyase la Disposición Final Primera de la Ley No. 51 por la siguiente. A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario y demás Leyes Tributarias prevean o no plazos específicos para resolver a atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la*

---

<sup>70</sup> Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 387

*administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos”. Con esta reforma, y continuando el proceso de modernización antes aludido que se plasmó en el Art. 28 de la Ley de Modernización, se extiende al campo tributario el mandato de que el silencio administrativo ha de ser considerado, desde la fecha señalada, el 1 de enero de 1995, como aceptación tácita de las pretensiones del particular.”<sup>71</sup>*

El Art. 28 Ley de Modernización dispone claramente 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, el Art. 21 de la Ley 05 por su parte dispone que la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días para resolverlo, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud o reclamo.

Así mismo ha resuelto en otra causa, la Sala de lo Contencioso Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación publicado en la Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No.8, página 21 94, en cuanto a la consideración de lo que constituye la aceptación tácita del reclamo y los efectos jurídicos del silencio en la Administración Fiscal, al no resolver oportunamente los reclamos o recursos, que expresamente le da el carácter de acto ejecutoriado a la aceptación tácita:

*“El Art. 21 de la Ley 5, publicada en el registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 que reformó a la Ley 51 Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario interno y de la Ley 58 de Régimen Tributario Interno establece que: Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior (120 días) no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a parte de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos. El Art. 21 de la ya citada Ley 5, no se ha referido a los efectos jurídicos de la aceptación tácita de los reclamos o recursos administrativos tributarios, determinando ello, un vacío de la ley, que refiere el juzgador tener en cuenta la aplicación del Art. 13 del Código Tributario. El Decreto Ley 4 publicado en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 contiene la*

---

<sup>71</sup> Gaceta Judicial, Año XCVIII, Serie XVI, No. 13, página 3676

*Ley Orgánica de Aduanas, que constituye una Ley Especial Tributaria, en cuyo Art. 84 dispone que: La aceptación tácita tendrá el carácter de acto ejecutoriado, normativa tributaria que en el caso juzgado, tiene su aplicación, por ser la misma relación jurídico tributaria obligacional: Estado como sujeto activo y contribuyente o responsable, como sujeto pasivo, determinando que exista identidad con el mismo sujeto activo, Estado, de igual manera que con la relación jurídica en el Impuesto a la Renta. Por lo dicho, el Art. 84 de la Ley Orgánica de Aduanas, jurídicamente llena y completa el vacío creado respecto a la aplicación del Art. 21 de la Ley 5 reformativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, en cuanto a la consideración de lo que constituye la aceptación tácita del reclamo y los efectos jurídicos del silencio Administrativo Fiscal, al no resolver oportunamente los reclamos o recursos, que expresamente le da el carácter de acto ejecutoriado a la aceptación tácita”.*<sup>72</sup>

#### **1.2.8. Ley de Régimen Tributario Interno.**

En la Ley de Régimen Tributario Interno se hacen actualizaciones al Código Tributario, con respecto a los plazos para la resolución de los reclamos o solicitudes, a fin de que opere el silencio administrativo en materia fiscal, así lo menciona esta Ley en su Primera Disposición Final:

*“A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario prevean o no plazos específicos para resolver reclamaciones de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso de las peticiones, reclamaciones que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos.”*<sup>73</sup>

#### **1.2.9. Ley de Gestión Ambiental.**

En la Ley de Gestión Ambiental también se establecen normas de aplicación del silencio administrativo, en este caso el plazo establecido para resolver cualquier denuncia presentada en contra de un funcionario público por incumplimiento de las normas de

---

<sup>72</sup> Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No.8, página 21 94

<sup>73</sup> LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Final Primera, Registro Oficial 341, del 22 de diciembre de 1989.

protección ambiental, será de 15 días para que se aplique el silencio administrativo a favor del denunciante, por ello se ha señalado:

*“Art. 44.- Cuando los funcionarios públicos, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, cualquier persona natural, jurídica o grupo humano, podrá solicitar por escrito acompañando las pruebas suficientes al superior jerárquico que imponga las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar.*

*El superior jerárquico resolverá la petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta a favor del peticionario”<sup>74</sup>.*

#### **1.2.10. Reglamento de Contratación de Servicios de Auditoría.**

En otras instituciones administrativas se ha planteado el silencio administrativo como forma de control del cumplimiento de los plazos establecidos, uno de ellos es el Reglamento de Contratación de Servicios de Auditoría, que se lo hace para la revisión y control de la Contraloría General del Estado, y que tiene la obligación de revisar y aprobar o no los informes emitidos por los auditores, y que de igual manera cuenta con un término de quince días para ello, y que en caso de incumplimiento se aplica el silencio administrativo, así lo determina el artículo 58:

*“TRÁMITE DEL INFORME.- Una vez finalizada la Auditoría, la firma auditora privada emitirá el informe y lo remitirá a la Contraloría General del Estado, en original y dos copias, para su revisión, aprobación y registro. La Contraloría, en el término de quince días de recibido el informe, lo revisará y aprobará. Vencido el término referido, se entenderá por el silencio administrativo, que el informe ha sido aprobado (...)”<sup>75</sup>*

#### **1.2.11. Ley para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana.**

En la Ley Para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, más conocida como Ley Tole II, se hicieron una serie de reformas a la Ley de Modernización del Estado, en las que se busca dar mayor alcance a las normas legales anteriores, así tenemos:

---

<sup>74</sup> LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Art. 44, Registro Oficial 245, del 30 de julio de 1999.

<sup>75</sup> REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE AUDITORÍA, CONTRALORÍA, Art. 58, Registro Oficial 386, del 24 de febrero de 1994.

*“Art. 12.- Al final del primer inciso del artículo 28 agréguese el siguiente:*

*“Para este efecto, el funcionario competente de la Institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan”<sup>76</sup>*

En esta reforma se estableció la obligación de los funcionarios públicos de otorgar y entregar una certificación de que ha vencido el plazo para que se emita una resolución por parte de la administración, y que en caso de no cumplirse con este requerimiento el funcionario deberá ser destituido, certificación con la que el administrado puede dar inicio a las acciones judiciales contencioso administrativas.

La obligación de emitir estas certificaciones no son únicas del Ecuador, ya que en otros países también se ha instaurado esta práctica, así lo menciona Juan Aménos Álamo, cuando hace referencia a la problemática certificación de actos presuntos en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en España, que se encuentran especificadas en la Ley 30/1992, y en cuyo indica Art. 44 establece la validez general de los actos presuntos, pero que para que se verifique su eficacia, debía ser sometido a una acreditación previa por medio de una certificación específica, que podía solicitarse a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución, sin embargo se dejaba la puerta abierta para que la Administración, pueda extenderla en un plazo de veinte días desde la solicitud, pero que, en dicho plazo, aún podía cumplir la Administración con su deber de dictar acuerdo expreso.<sup>77</sup>

### **1.2.13. Ley de Minería.**

De igual manera en la Ley de Minería<sup>78</sup> publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517, de 29 de Enero de 2009, se establecen los plazos y etapas de duración de los trámites administrativos para la concesión de permisos de operación minera, así mismo se

---

<sup>76</sup> LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Ley sin número, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 144, del 18 de agosto del 2000.

<sup>77</sup> JUAN AMENÓS ÁLAMOS, [http://www.jurídicas.com/areas virtual](http://www.jurídicas.com/areas_virtual), Abril 1999.

<sup>78</sup> LEY DE MINERÍA, Suplemento del Registro Oficial No. 517, de 29 de Enero de 2009

establecen los plazos para resolver las solicitudes, es así que la ley estipula en el artículo 36, inciso segundo, que antes de vencerse el plazo de duración de la concesión, de hasta veinte y cinco años, puede ser renovada por períodos iguales, siempre y cuando se hubiere presentado petición escrita del concesionario al Ministerio Sectorial para tal fin, y siempre que se haya obtenido previamente el informe favorable de la Agencia de Regulación y Control Minero y del Ministerio del Ambiente, así:

*“Art. 36.- Plazo y etapas de la concesión minera.-... En caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente dentro del plazo de 90 días desde la presentación de la petición indicada anteriormente, se producirá el silencio administrativo positivo, en cuyo caso el título minero se renovará por diez años considerando la renegociación objetiva del contrato que amerite. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.”*

En el Art. 37, inciso tercero, menciona que durante la etapa de exploración de la concesión minera, igualmente antes de vencerse el plazo de duración de la misma, que es de hasta cuatro años, en lo que se conoce como período de exploración inicial, se podrá solicitar un nuevo plazo igual de cuatro años para iniciar la fase de exploración avanzada, para lo cual deberá solicitarlo expresamente y renunciando expresamente a una parte de la superficie de la extensión total de la concesión otorgada originalmente, así:

*“Art. 37.- Etapa de exploración de la concesión minera.-... El Ministerio Sectorial dará curso a esta solicitud siempre y cuando el concesionario minero hubiere cumplido con las actividades e inversiones mínimas en el área de la concesión minera durante el período de exploración inicial. Una vez recibida la solicitud indicada en los términos referidos anteriormente, el Ministerio Sectorial dictará una resolución administrativa declarando el inicio del período de exploración avanzada. Sin embargo, en caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente en el plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud, se producirá el silencio administrativo positivo. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.”*

En el artículo 39, en su inciso tercero, continúa estableciendo el silencio administrativo de carácter positivo, toda vez que, una vez vencido el período de exploración inicial o avanzada, se le concede al concesionario minero un período de hasta dos años para hacer

una evaluación económica del yacimiento, y antes de vencerse este término, como paso previo a solicitar se permita el inicio de la explotación, y para suscribir el Contrato de Explotación Minera, o el Contrato de Prestación de Servicios, según sea el caso, por medio del cual se lo faculta para ejercer los derechos inherentes a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como también a la extracción, transporte, beneficio y comercialización de sus minerales, contando para ello con el informe auditado de un profesional de la rama, en el que se de cuenta del pago de los derechos de trámite y patentes, luego de reunida la información, incluyendo la nueva información o documentación requerida, se establecen los plazos para emitir su resolución debidamente motivada:

*“Art. 39.- Etapa de explotación de la concesión minera.-... Una vez recibida la solicitud indicada en los términos referidos anteriormente, el Ministerio Sectorial dictará una resolución administrativa declarando el inicio a la etapa de explotación. Sin embargo, en caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente en el plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud o 30 días desde la presentación de los documentos que amplían o complementan la información entregada, se producirá el silencio administrativo positivo. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente. En este caso el concesionario minero podrá acceder a la etapa de explotación directamente conforme al modelo de Contrato referido en el artículo 40 o 41 de esta ley, donde se acordarán los términos de la relación contractual.”*

Así también la ley de minería dispone de que en ciertos casos, vencidos los plazos, opera el silencio administrativo, pero no siempre es positivo, sino que puede también ser negativo, así se observa que, en el Título IX, referente a los regímenes especiales, Capítulo I, que corresponde a la minería artesanal y de sustento, y que expresamente en el artículo 134 inciso final, luego de la definición de minería artesanal, así como los montos de inversión para la asociación de tres o más mineros artesanales, los plazos de duración de los permisos para que los mineros artesanales desarrollen sus actividades, que es de 10 años, se pueden renovar por el mismo período, previa solicitud hecha antes del vencimiento del plazo original, también se menciona de la creación de un registro pormenorizado de las personas que se dedican a esta actividad, que será controlado por la Agencia de Regulación y Control Minero, así como en los casos de verificación del cumplimiento de las normas de protección ambiental, el control lo hará el Ministerio del Ambiente, así mismo, se establece que los mineros artesanales no están obligados al pago de regalías, y que la inobservancia

de la ley y el reglamento puede ser causal de revocatoria del permiso de minería artesanal, y también el silencio negativo.

*“Art. 134.- Minería Artesanal.-... Para el caso de la calificación positiva del cesionario operará el silencio administrativo negativo.”*

En la Séptima Disposición General de la Ley de Minería, se establecen las sanciones que se aplicarán para los funcionarios administrativos, por cuya omisión se aplique el silencio administrativo, que principalmente son tipo administrativo o civil, y que solamente en el caso de determinarse que existió dolo para que se de la omisión que permite aplicar u operar el silencio administrativo, en esas circunstancias se puede dar inicio a acción penal, así lo menciona:

#### *“DISPOSICIÓN GENERAL*

*SÉPTIMA.- Los funcionarios y servidores públicos que por cuya omisión operó el silencio administrativo serán sancionados administrativa y civilmente, según la gravedad de la falta. En caso de comprobarse presunciones de responsabilidad dolosa del funcionario que por cuya omisión operó dicho silencio administrativo, se podrá presentar la acción judicial penal.*

*En caso de no emitirse en los términos indicados en los artículos de la presente ley los actos administrativos correspondientes se producirán el silencio administrativo, el mismo que deberá ser establecido mediante resolución por la instancia judicial competente.”*

En concordancia, el Reglamento General a la Ley de Minería<sup>79</sup>, complementa lo anterior, cuando establece el contrato se celebrará una vez otorgada la concesión minera por medio de informe favorable, o cuando haya operado el silencio administrativo:

*“Art. 59.- De la celebración del contrato de cesión o transferencia y de la cesión en garantía de derechos mineros y de su inscripción en el Registro Minero.- Una vez que el titular minero haya obtenido informe favorable de autorización de cesión o transferencia*

---

<sup>79</sup> REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MINERÍA, DECRETO No. 119, Registro Oficial No. 67 - Lunes 16 de Noviembre de 2009 SUPLEMENTO

*de derechos mineros o haya operado el silencio administrativo positivo, celebrará el respectivo contrato de cesión y transferencia por escritura pública al que deberá agregarse como habilitantes los siguientes documentos:*

*Informe favorable de autorización de cesión y transferencia emitido por las instituciones determinadas en el artículo anterior; y,*

*Pago de derecho de registro correspondiente al 1% de la transacción.*

*La escritura de cesión o transferencia de derechos mineros estará sujeta a la inscripción en el Registro y Catastro Minero para su perfeccionamiento en un plazo de treinta días contados a partir de su celebración. La falta de inscripción en el Registro Minero determinará la invalidez de los contratos, caducará el título y la concesión se revertirá al Estado y el área quedará libre.”*

#### **1.2.14. Ley Orgánica de Educación Superior.**

En la Ley Orgánica de Educación Superior<sup>80</sup>, no se establece la posibilidad de aplicación del silencio administrativo, esto es, que no ha sido reconocido el silencio administrativo en los casos de análisis técnico de los requisitos para la aprobación y creación de nuevos centros de estudios superiores, así lo señala:

*“Art. 112.- Análisis técnico de los requisitos.- Una vez que el Consejo de Educación Superior hubiera recibido los informes del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior y del organismo nacional de planificación, revisará el proyecto técnico-académico y tendrá un plazo máximo de 180 días para realizar un análisis técnico de los requisitos establecidos en este capítulo y emitir el informe respectivo. No se admitirá acción de silencio administrativo.*

*Si sus conclusiones son favorables, el Consejo de Educación Superior lo remitirá a la Asamblea Nacional para que proceda con el trámite de Ley de creación de la nueva universidad o escuela politécnica.”*

#### **1.2.15. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.**

En las disposiciones legales anteriormente referidas, se verifica la prevalencia del silencio administrativo positivo, más, el artículo 425 de la Constitución de la República señala: "El

---

<sup>80</sup> LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR, Registro Oficial No. 298 - martes 12 de Octubre de 2010 SUPLEMENTO

orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”; así también en el inciso tercero: *“La jerarquía considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia...”*. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, conforme su nombre lo indica, tiene la mencionada condición, en tanto que la Ley de Modernización del Estado no es orgánica, por lo que evidentemente las normas de la primera, prevalecen sobre las de la segunda en caso de contradicción. Y el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala que de no expedirse la resolución sobre glosas en el plazo de 180 días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus pretensiones y consiguientemente como confirmación de las responsabilidades.

En aplicación de la norma constitucional, es evidente que jurídicamente lo único que ocurre es que al no haberse dado resolución a la glosa en 180 días (según lo establece la LOCGE), se produce la negativa tácita a las reclamaciones del actor, en torno a la responsabilidad civil, quien, en consecuencia queda habilitado por la presunción legal que aporta el silencio administrativo negativo, a iniciar la correspondiente acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

#### **I.2.16. Clases de silencio administrativo.**

El silencio administrativo es una manifestación tácita de voluntad de la administración, esto, a pesar de que se considera que la ausencia de respuesta de la Administración presenta varios problemas, en donde el primero de ellos se encuentra relacionado con la responsabilidad del estado y por ende del funcionario público, y que ha sido contemplado en la legislación ecuatoriana, a través de las normas del silencio administrativo positivo; mientras que el segundo, se encuentra relacionado con los mecanismos que ha ingeniado el legislador para dar una respuesta al administrado, que es principalmente el silencio administrativo, positivo o negativo, de acuerdo a cada norma legal.

En los procedimientos administrativos iniciados, el vencimiento del plazo máximo sin que se haya notificado resolución expresa, permite que opere el silencio administrativo, con lo que se legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla

aceptada o negada por efecto del silencio administrativo, donde los efectos del silencio así invocado pueden tener un alcance *erga omnes*. (respecto a todos).

Si entendemos que el silencio administrativo se produce por efecto del incumplimiento de la autoridad administrativa de cumplir con los plazos señalados por la ley para resolver, se considera como un derecho y un medio de protección en favor del administrado, que se encuentra establecido dentro del ordenamiento jurídico administrativo, y que establece consecuencias a la inacción de la Administración Pública.

Existen dos clases de silencio administrativo: el silencio positivo y el silencio negativo.

**El silencio positivo o estimatorio.**- procede cuando la Administración no se ha pronunciado durante el plazo máximo establecido en la ley y el afectado denuncia lo ocurrido al mismo órgano administrativo que incurrió en la falta, si aun así no se pronuncia se entenderá que lo solicitado ha sido aceptado, y la persona afectada puede pedir la certificación de dicha solicitud, a fin de reclamar en la vía judicial.

**El silencio negativo o desestimatorio.**- por su parte procede en los casos en los cuales el interesado solicita un servicio que según él tiene derecho, y no tenga respuesta alguna dentro del plazo máximo, establecido en las normas legales, y que se entiende que su solicitud fue rechazada, y el interesado debe pedir se certifique la inactividad de la administración para poder interponer los recursos correspondientes.

Procede también cuando la administración actúa de oficio, es decir por su propia voluntad sin que se haya pedido su intervención, o cuando se trate de la impugnación o revisión de un acto administrativo, o cuando se trate de una petición presentada a una autoridad, en virtud de lo establecido en la Constitución.

El concepto original respondió a la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo, cuando la administración no cumplía con su deber de responder a la petición del administrado, dentro del concepto de tutela jurídica de la administración, y a los principios de celeridad y mínima intervención procesal, estableciendo el silencio administrativo, como finalización al procedimiento administrativo, si en cierto tiempo el administrado no ha recibido respuesta, se considera resuelta la petición o reclamo, por lo que le queda abierta la vía de la impugnación o reclamo contencioso.

### **I.2.17. Silencio administrativo positivo.**

El silencio administrativo positivo, que se tiene como la aceptación tácita, que da paso a la posibilidad de iniciar acciones para la declaratoria de positivo, esto es, que *“Mediante el silencio administrativo positivo, se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, como se halla consagrado en la Constitución Política del Estado. Por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”*.<sup>81</sup>

Pero reconociendo esa realidad práctica, ante la ausencia de una voluntad administrativa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido positivo o afirmativo, que se verifica en algunos casos, por la inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas, los cuales tienen efectos estimatorios, pues se considera que *“La inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas por los interesados produce ciertamente una lesión al derecho constitucional de petición”*<sup>82</sup>.

Entonces por el silencio administrativo positivo, ante la falta de respuesta de la Administración, se da lugar a considerar que la solicitud interpuesta ha sido aceptada, en todos y cada uno de sus puntos, puesto que la justificación del silencio no deriva del carácter revisor del contencioso administrativo, sino que responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los perniciosos efectos de la desidia y lentitud que la Administración puede tener sobre la operatividad de dichos sectores o ámbitos, sin embargo, el silencio positivo puede presentar algunos problemas de carácter conceptual y práctico, los mismos que son inexistentes en el régimen, cuando se trata del silencio administrativo negativo.

Así tenemos, que respecto del silencio administrativo de efectos negativos, la doctrina se divide entre quienes sostienen que se trata de un acto presunto, o simplemente, de una ficción de pronunciamiento, tomando en consideración que, aún bajo los efectos del silencio, la Administración tiene la obligación de decidir expresamente la solicitud o recurso

---

<sup>81</sup> Gaceta Judicial N° 15 Serie XVI.

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Fernández, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo II”, cuarta edición, Madrid, páginas 571 y 572.

interpuesto, mientras que en el silencio administrativo positivo, por el contrario, suele ser considerado como un acto tácito, y de allí que, las leyes que regulan al silencio positivo no imponen a la Administración el deber, después de haberse producido el otorgamiento presunto, de resolver expresamente la petición del particular.

Carlos Pachón manifiesta: *“El silencio administrativo positivo implica que, la petición o el recurso interpuesto se considera atendido favorablemente. Se aplica en los casos expresamente determinados por las normas. El beneficio del silencio positivo se formaliza protocolizando copia de la solicitud o la constancia de haber sido presentado y una declaración jurada de no habersele notificado la decisión dentro del plazo legal”*<sup>83</sup>

Hasta hace algunos años en el Ecuador existía aun la tesis del silencio administrativo negativo, es decir que cualquier reclamo o petición presentada, que no tenía una contestación oportuna por parte de la administración, era considerada como una decisión negativa al pedido de los particulares, salvo casos excepcionales, el silencio administrativo positivo no tenía aplicación en nuestro sistema legal, solamente se aplicaba en la legislación de contratación pública especialmente respecto de los efectos del silencio tanto del Procurador cuanto del Contralor General del Estado.

El efecto de esta voluntad presunta negativa era allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa, para la cual es requisito fundamental agotar la vía administrativa de forma previa a presentar cualquier acción judicial en contra del Estado, por ello una de las exigencias para intentar una acción contencioso administrativa era el de que el acto que se atacara hubiere causado estado, esto es, que ya no fuera susceptible de recurso alguno en la vía administrativa, entonces si el Estado guardaba silencio, no podría existir una demostración de que se había agotado la instancia administrativa, por lo que habría sido imposible iniciar la acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa.<sup>84</sup>

Actualmente con el reconocimiento pleno del derecho de petición y sin que exista la necesidad de agotar la vía administrativa para demandar al Estado, ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo, de esta forma se vio traducido en la

---

<sup>83</sup> PACHÓN Carlos, “Diccionario de la Administración Pública”, Bogotá, 1999.

<sup>84</sup> CAMPAÑA Joffre. Apuntes de Derecho Administrativo.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, cuando consagra el efecto positivo a la omisión de la Administración en atender las peticiones o reclamos de los administrados, y gracias a ello el efecto de esta omisión es considerar que la petición o solicitud ha sido aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario por cuya omisión el efecto positivo del silencio de la Administración por la inactividad u omisión de los Órganos Administrativos.

De esta forma el silencio administrativo positivo, se puede considerar como un verdadero acto administrativo, ya que no permite a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación reclamadas, dando de esta forma la tesis de que el silencio administrativo ha sido instaurado como 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 efecto de esta formalidad jurídico administrativa, ha sido la de poner una carga que pesa sobre la Administración Pública, al exigir el cumplimiento de los plazos estipulados en la ley a fin de que deba dictar una resolución o emitan el pertinente acto administrativo debidamente motivado, por lo resultaría ineficaz si no se interpusieran los medios idóneos para exigir su cumplimiento en la vía judicial contencioso administrativa.

Tal como ha sido previamente mencionado en la Ley de Modernización del Estado, Art. 28, inciso primero, claramente se dispone que ante todo reclamo, solicitud o pedido realizado por un administrado a una autoridad pública, estableciendo como plazo terminal un término no mayor a quince días, salvo que las normas legales dispongan plazos diferentes, que como hemos analizado ya, en diferentes normas legales se establecen plazos diferentes, de acuerdo con la materia para que opere el silencio administrativo positivo.

En la misma norma legal se establece igualmente la obligación de los funcionarios de emitir las certificaciones requeridas que demuestren el vencimiento de los plazos señalados, sin que exista contestación de parte de la administración, y por lo mismo que opera el silencio administrativo en favor del interesado o reclamante, el incumplimiento de esta obligación implica sanción de destitución del funcionario, esta certificación es la base para iniciar las acciones contencioso administrativas.

De igual manera se ha normado que ante la falta de aceptación de una petición, o la suspensión de un trámite administrativo, o que dentro de los plazos establecidos, esta omisión podrá ser denunciada ante los jueces de lo penal, porque se puede considerar que se han violentado los derechos constitucionales de las personas, de petición<sup>85</sup>, que es sancionado penalmente, esto sin contar con las acciones de carácter administrativo y civil que se pueden encontrar ligadas a esta falta de resolución, acción penal que puede nacer de la denuncia del administrado inconforme, o a petición de la máxima autoridad del organismo de la administración, dirigida directamente al fiscal de la jurisdicción correspondiente.<sup>86</sup>

En un Estado de Derechos, el ser humano es pieza fundamental dentro de su engranaje, al ser el sujeto de derecho el centro del ordenamiento jurídico, por ello Krüger había mencionado que *"...si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"*<sup>87</sup>, por ello el Derecho de Petición es una institución que ha sido elevada a rango un derecho constitucional, pues se constituye en un elemento o derecho de protección, y al mismo tiempo una garantía de los administrados quienes a través de este mecanismo pueden dirigirse a las autoridades para conocer, solicitar o reclamar los hechos en los cuales considere necesario, cuyo fundamento deben ser las decisiones que les afectan, bien sea en atención a un interés general o particular.

El Derecho de Petición depende por una parte de quien lo practica, el ciudadano, quien debe buscar que su petición esté bien construida y por otra de los funcionarios, que en esta relación representan al Estado y quienes ante la elevación de una solicitud amparada en la norma constitucional no pueden responder de cualquier manera, lo que exige un análisis detallado del contenido de la petición y una respuesta pronta y efectiva.

El Derecho de petición se encuentra establecido como parte de los Derechos Fundamentales en la mayoría de las Constituciones Americanas y aunque no está consagrado expresamente como un derecho fundamental en la Declaración Universal de los

---

<sup>85</sup> Art. 66.- Núm. 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"*, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

<sup>86</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA.

<sup>87</sup> Citado por EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional.

Derechos Humanos, está implícitamente recogido en sus artículos 18 a 21, relacionados con el derecho a participar en los asuntos públicos.

El Derecho de Petición es una de las principales vías de acceso a la información en un Estado Social y Democrático de Derecho, por ello la autoridad correspondiente debe contestar integralmente dentro de los límites temporales establecidos en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, de ahí nace la figura del silencio administrativo, ya que no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto, ya que en sede constitucional el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

Esta figura busca limitar la arbitrariedad del Poder Público y de sus agentes, puesto que busca poner freno a la lentitud, discrecionalidad, y al abuso que los distintos agentes de la administración pública, frente a una petición de los administrados, imponiendo que frente a la inacción, en los supuestos que la Ley señala, la petición del administrado, se da por aceptada, dentro de los límites de su solicitud, y más aún se crea la figura de la certificación de vencimiento del plazo para resolver, para convalidar la declaración ficta, de su solicitud y hacerla valer no sólo ante la misma administración, sino también ante otros entes públicos administrativos, y que por mandato de la Ley, se considera que la administración pública, ha respondido afirmativamente, a la petición planteada, con todas sus consecuencias jurídicas.

De acuerdo con la resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado Peruano, el silencio administrativo positivo, *“Se configura cuando transcurrido el plazo de que dispone la administración para pronunciarse no ha notificado decisión alguna. En consecuencia, se consideran resueltas favorablemente al administrado sus peticiones. La exigencia de documentos no esenciales para resolver la petición no interrumpe el plazo para que se configure el silencio administrativo. Cómputo del plazo para su operancia. Incompetencia de la administración para decidir en forma expresa cuando se configura el silencio. La existencia y los defectos del silencio administrativo no dependen de su formulación”*<sup>88</sup>, resaltando la jerarquía de la norma jurídica legal, en la que podemos ejercer o solicitar en cualquier momento, cuando la administración no responda a nuestras peticiones en el tiempo o plazo que tiene para hacerlo.

---

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia: Enero 20 de 1998, Referencia: Expediente 8993, Perú.

El derecho de petición, es una garantía constitucional que 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.

En tal sentido, el silencio administrativo nace en virtud, de ser el administrado, la parte débil en la relación jurídica, desarrollando de esta forma el concepto del silencio administrativo positivo, éste, además de garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de impugnación, le da una solución efectiva a la petición realizada a la administración, respondiendo de esta manera al cumplimiento del derecho de petición del administrado.

#### **I.2.18. Silencio administrativo negativo.**

El silencio administrativo negativo, así planteado no era un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir la ausencia de toda actividad volitiva de la administración, ante lo cual no era admisible proceso interpretativo alguno destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente, ya que se considera que no todos los pedidos hechos a la administración podrían o deberían considerarse procedentes o pertinentes.

Todos los inconvenientes que se han puesto de manifiesto, obligan a una necesaria revisión del sistema en vigencia y reincorporar a nuestro sistema jurídico el silencio administrativo negativo, pero con ello no quiere decir que se trate de eliminar por completo al silencio administrativo positivo, sino de lograr un equilibrio que nazca de una auténtica prudencia legislativa que sopesa las situaciones en las cuales dicha figura pueda ser aplicable con aquel criterio de justicia y bien común que deben guiar al ordenamiento jurídico.

El Profesor Gabino Fraga nos enseña que:

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

*Para evitar ese resultado, la doctrina se ha inclinado preponderantemente a la solución de que sí en el término señalado en la ley la Administración permanece en silencio debe, a falta de disposición expresa, presumirse que hay una resolución negativa y se ha considerado que ésta es la única solución razonable puesto que con ella queda a salvo el principio de que sólo la Administración administra, de tal manera que no viniendo el acto positivo sólo resta interpretar el silencio como una negativa. De otra manera tendría que ser el particular o los Tribunales los que se sustituyeran a la Administración, presumiendo una resolución favorable, con la consecuencia de que el particular subordinará a sus intereses privados los intereses públicos, o que los Tribunales se convertirían en administradores con violación flagrante del principio de separación de los Poderes”.*<sup>89</sup>

La Corte Constitucional ha expresado lo siguiente: *“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 “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...”*<sup>90</sup>

También es importante conocer las principales formas de impugnación de los actos administrativos, los cuales tienen por objeto modificar, reemplazar, anular o revocar un acto administrativo por el cual una persona se ha sentido menoscabada.

---

<sup>89</sup> FRAGA Gabino, “Derecho Administrativo”, página 272, México, 1980.

<sup>90</sup> (Sentencia T-301 de 1 998, MP Alejandro Martínez Caballero)

En el silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda, sobre todo cuando se establece que la estimación por el silencio administrativo tiene todos los efectos de la consideración de un acto administrativo que pone fin al procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que considere procedente, ya que su naturaleza condiciona también las posibilidades de actuación de la administración una vez que surgen los dos tipos de actos, estimatorio o desestimatorio, pues en los casos de estimación por silencio administrativo la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto estimatorio sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, mientras que en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

El silencio administrativo negativo, trae como consecuencia que se actualice la figura de resolución negativa ficta, es decir, que al omitir la administración pública dar una respuesta expresa a una solicitud o recurso legal, dentro de los plazos establecidos legalmente, ésta se entenderá como contestada en sentido negativo y dejará al interesado abierta la vía de impugnación de dicha resolución negativa en un procedimiento Contencioso Administrativo.

El profesor y tratadista García-Trevijano, manifiesta que: *“El arraigo de las instituciones y la convivencia jurídica habitual con ellas las hace que en ocasiones nos planteemos la cuestión de cómo se ha podido vivir –administrativamente hablando, por lo que ahora interesa- sin tal institución. Este es el caso del silencio administrativo, en particular tras la consolidación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*Actualmente es impensable, en tanto en cuanto se mantenga tal carácter revisor, la desaparición del silencio administrativo (al menos del silencio negativo), institución que, sin embargo, no fue objeto de una formulación con vocación de ser aplicada de una manera general hasta tiempos recientes, posteriores, por supuesto, a la consolidación del citado carácter revisor. En el estado actual es, en mi opinión, inconcebible el abandono de la institución. Para ello sería preciso romper con esquemas jurídicos tradicionales, cuya pervivencia impide la desaparición.”*

A criterio de este tratadista, debería desaparecer el silencio administrativo de tipo negativo, incluso va más allá cuando menciona que la figura del silencio administrativo en sí mismo debería desaparecer, ya que en el momento en que las instituciones administrativas

cumplan con su verdadero objetivo de atender el derecho de petición de los administrados, esta figura resulta innecesaria, precisamente por haberse cumplido con esta tarea, pero siempre se hace necesario que se encuentre presente en la legislación de nuestros países el silencio administrativo, ya que es una forma de mantener una presión en los funcionarios públicos para que cumplan con su función, por ello continúa diciendo:

*“Por lo tanto, el fundamento del silencio (nos referimos al silencio negativo) hay que buscarlo precisamente en la exigencia de un acto previo para acceder la jurisdicción contencioso-administrativa. Es más, podría decirse que la trascendencia del silencio administrativo es directamente proporcional a la rigidez con que se configure el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. No tanto facilita como posibilita el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.*

*Interesa destacar en este sentido que los efectos del carácter revisor se han visto disminuidos y están siendo objetos de una moderna revisión. Influyen en esta tendencia las siguientes circunstancias:*

*El actual ataque de que está siendo objeto por parte de la doctrina científica, de forma similar a la influencia que tuvo en su surgimiento. El ataque, sin embargo, no se dirige normalmente contra la configuración misma de la jurisdicción contencioso-administrativa como revisora, sino más bien contra su interpretación rígida. Excepto posiciones extremas, suele confirmarse por la doctrina científica la utilidad del carácter revisor, pero se critican sus excesos.*

*La jurisprudencia se muestra favorable a abrir en determinados casos la posibilidad del enjuiciamiento de cuestiones concretas no planteadas en vía administrativa y sobre las que, en sentido estricto, no ha habido pronunciamiento administrativo previo a la vía contencioso-administrativa.*

*Es cierto que la jurisprudencia mantiene como principio fundamental el carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, entendiendo que se incurre en desviación procesal si se plantean cuestiones nuevas en sede jurisdiccional respecto a las planteadas en vía administrativa. Sin embargo, no es absolutamente*

*exacto que se exija una total identidad entre cuestiones suscitadas ante la administración y posteriormente en sede jurisdiccional”.*<sup>91</sup>

Ya que la jurisdicción contencioso-administrativa, se considera más como de carácter revisor, esto es, que su misión es la de revisar las actuaciones de las instancias administrativas, para que se cumpla con las obligaciones de tipo legal que se han establecido para su correcto funcionamiento, y como se lo menciona, la finalidad de esta jurisdicción contenciosa es precisamente la de dar celeridad a las instituciones públicas, y por ello la figura del silencio administrativo, es fundamental, pero principalmente el del silencio positivo, así lo ratifica el tratadista Enrique Sayagués Laso cuando menciona que: *“Los poderes jurídicos dados a la administración tienen como objeto permitirle cumplir eficazmente sus cometidos. Por lo tanto, sus órganos están en la obligación de proceder conforme a las necesidades del servicio. De ahí deriva, como principio general, el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean...”*<sup>92</sup>.

#### **I.2.19. Características del silencio administrativo.**

Como se ha mencionado ya en líneas anteriores, el fundamento principal del silencio administrativo, es lograr que en los casos en que la administración pública no se pronuncie oportunamente para dictar una resolución, o que la misma no se pronuncie dentro de los plazos máximos que establece la ley, ese silencio o inactividad tiene que ser valorada como si se tratara de una decisión, cuyo resultado, positivo o negativo, depende de cuál es la

---

<sup>91</sup> *Su finalidad intrínseca responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, y que, por falta de medios, decidía o por las razones que fueren, no existe tal legalidad. En tales casos, el ordenamiento jurídico establece la técnica del silencio positivo, que tiene un doble efecto inmediato:*

a) *Por un lado, incentiva a la administración para que resuelva de manera expresa si no quiere ver cómo el administrado, por el mero transcurso de un plazo (reuniendo los demás requisitos precisos), pasa a estar legitimado para actuar en sentido pedido.*

*Esta afirmación, no obstante, debe ser hoy adecuadamente matizada, habida cuenta de que los límites intrínsecos impuestos al silencio positivo, en particular la imposibilidad de adquirir por tal vía más de lo que hubiera podido otorgarse de manera expresa, tienen el efecto de que la administración competente se verá segura de que en ningún caso el peticionario estará legitimado, a través del silencio administrativo positivo, para actuar de manera disconforme con el ordenamiento jurídico, lo que con seguridad le hará perder de alguna manera interés en resolver en forma expresa. Ello tendrá el perjuicio añadido de que el interesado se verá en la tesitura de decidir unilateralmente, y sin la ayuda de la administración, si actúa o no, y, en definitiva, si ha nacido el acto presunto por silencio positivo.*

b) *Por otra parte, no obstante las inseguridades expuestas, permite que el interesado actúe, al menos cuando sea claro que la petición no contradice el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo solicitado, por lo que tendrá la garantía de que, al tratarse de un acto (presunto) declarativo de derechos, no podrá ser retirado del mundo jurídico sino a través de los causes legalmente establecidos. El silencio positivo es concebido con carácter excepcional, frente a la regla general del silencio negativo, y como tal es de interpretación restrictiva”.* García-Trevijano, El silencio administrativo en derecho español, Madrid, Editorial Civitas, 1990, págs. 96 y ss.

<sup>92</sup> Enrique Sayagués Laso, tratado de derecho administrativo, t. I, Montevideo, 1963, págs. 435 a 438.

forma en que el silencio administrativo opere, de acuerdo con las leyes nacionales, como un mecanismo legal para evitar el quiebre del sistema jurídico-administrativo.

De esta forma la función del silencio administrativo es lograr, precisamente que la administración pública cumpla con su deber de poner fin a los procedimientos administrativos que han llegado a su conocimiento, para de esta forma lograr un acto terminal, esto es conseguir de ella una respuesta, por medio de una resolución, que se lo entiende como un hecho jurídico nacido de la falta de resolución, es decir, que el hecho jurídico en realidad es la falta de actividad de la administración, debido a que no hay voluntad por parte de la administración, por lo que estaríamos frente a un hecho jurídico, que se caracteriza por ser:

Una ficción legal, esto es que se trata de una creación de la ley;

Una forma extraordinaria de poner fin a un procedimiento administrativo cuando:

- La Administración no resuelva dentro de los plazos máximos que establece la ley.
- Cuando la Administración no actúe, resolviendo cuando está jurídicamente obligada a emitir su resolución.

En sí, el silencio administrativo, permite al administrado interponer un recurso judicial por medio de denuncia del incumplimiento en que ha recaído la administración, y que se justifica por medio de la presentación de una certificación emitida por la misma administración por este incumplimiento, esto pese a que existe la obligación de resolver y notificar, en los plazos y términos que señale la norma legal de cada tipo de procedimiento, que de acuerdo con la Ley de Modernización es de 15 días, salvo que otra norma legal establezca un plazo diferente, que como ha sido ya analizado, pueden ser variados los plazos y términos establecidos en las diferentes normas legales que han sido analizadas.

Al referirse a los efectos del silencio administrativo, la Sala de lo Contencioso Administrativo expone: *“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 dicho por la doctrina y por 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 contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida*

*a que se declare el derecho, que, 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 consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19, numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo<sup>93</sup>.*

El silencio administrativo en realidad responde a la forma más simple de producción de cuantas resoluciones le son posibles, por petición del interesado, o por inicio de oficio, y en especial por el transcurso del plazo máximo que tiene la autoridad administrativa para emitir su resolución, y para notificarla, esto es, por el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución al interesado.

En el caso del silencio administrativo positivo, éste da lugar a que se produzca un auténtico acto presunto de carácter estimatorio que no puede ser desconocido por la administración, ya que por ello se lo establece como una aceptación tácita del reclamo. Por su parte el silencio administrativo negativo, tiene como efecto principal que se da lugar al surgimiento de un acto ficticio, cuyos efectos son los de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda, para que se impugne el acto administrativo desestimatorio.

La estimación por silencio administrativo positivo, tiene todos los efectos de la consideración de un acto administrativo que da por finalizado el procedimiento administrativo, que se diferencia del efecto negativo por desestimación, que es el resultado del silencio administrativo negativo, y que tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente, de impugnación, donde la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

---

<sup>93</sup> GACETA JUDICIAL, Año XCVII, Serie XVI, N.º 10, página 2716.

En el caso de que opere el silencio administrativo positivo, puede dar surgimiento a la responsabilidad patrimonial, que se puede aplicar en contra del funcionario responsable de la administración, y por cuya negligencia ha operado el silencio, esto debido a que en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en el Art. 23, primer inciso se dispone:

*“El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.*<sup>94</sup>

Lo que se encuentra claramente determinado en la misma Carta Magna, en cuyo Art. 11, ordena:

*“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidoras y servidores públicos en el desempeño de sus cargos.*

*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.*

*El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por los actos que hayan producido una detención arbitraria y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

*Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables”.*

De esta forma la Constitución, garantiza a los ciudadanos el ejercicio del derecho de petición, al mismo tiempo obliga al Estado a disponer a sus funcionarios a que cumplan con su obligación de prestar servicios de calidad, y principalmente de celeridad, cumpliendo con

---

<sup>94</sup> CODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1996, Art. 23, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1996, Quito.

los plazos que han sido establecidos por la ley, y por ello dispone que se pueda ejercer el derecho de repetición en contra de dicho funcionario.

Como ha quedado mencionado, en la Ley de Modernización del Estado, se han establecido los plazos para que los funcionarios emitan una resolución administrativa, sin embargo en el Estatuto Orgánico de la Función Ejecutiva, se estableció ya, un plazo para la tramitación de los expedientes administrativos, para ello dispone:

*“Art. 127.- En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente Estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de sesenta días contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.*

*En caso de una petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer.*

*Los procedimientos administrativos de las demás funciones del Estado, de las entidades y órganos del Régimen Seccional autónomo y en general de aquellos que no conforman la Función Ejecutiva se regirán en cuanto al plazo para la resolución de procedimientos por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes”.*

Este plazo se señala para las entidades públicas dependientes directas del Estado central, pero en el caso de las administraciones independientes estarán a lo dispuesto en sus propias normas legales, pero para tener una concepción clara del término plazo es necesario acudir al Código Civil que al respecto dispone:

*“Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los Decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo”.*

*“En los plazos que se señalaren en las leyes o en los Decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los días feriados”.*<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> CÓDIGO CIVIL, artículos 33 y 35, obra citada.

Otra forma de incumplimiento de los plazos es por haber la entidad pública recaído en mora para emitir los informes técnicos correspondientes, y que han sido expuestos en la Ley de Modernización, que menciona:

*“Art. 73.- De conformidad con la Ley de Modernización, si por expresa disposición de la ley o reglamentos se condicione la adopción de una disposición a la realizaciones de evaluaciones técnicas por parte de determinados órganos o entidades y los mismos no realizaren los actos necesarios dentro del período prefijado en la ley o reglamento, o en su ausencia, dentro de los siguientes treinta días hábiles a partir de la recepción del pedido respectivo, el responsable del procedimiento administrativo o el propio administrado interesado en dicho procedimiento podrá solicitar que las mencionadas evaluaciones técnicas las lleve a cabo otra entidad u órgano de la administración pública o centros universitarios o politécnicos dotados de la suficiente capacidad técnica para realizar el informe o la evaluación”.*

Para la ampliación de los términos, la Superintendencia de Bancos y Seguros se acoge a esta disposición, que es igual a la que consta en el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado.

Para la ejecución del silencio administrativo positivo, *“No podría ser objeto el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley producido por el silencio de la administración, sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución, y consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación. En el caso, el juez “a quo”, sin que nada tenga que referirse a los antecedentes de lo aprobado por el ministerio de la ley, debió disponer, como así lo hizo, el inmediato cumplimiento por parte del administrador de lo aprobado gracias al silencio administrativo, sin que ni siquiera sea necesario el que califique o no de lícito el acto original de la administración que motivó la reclamación del actor que no fue oportunamente contestada”,* así se pronunció la Sala de lo Constitucional de lo Contencioso Administrativo en un recurso de casación<sup>96</sup>.

Otra característica del silencio administrativo es la de permitir que los actos administrativos puedan ser impugnados en vía judicial, que en el caso del silencio se lo hace por medio de un proceso contencioso administrativo, por medio del cual se demuestra, vía certificación del

---

<sup>96</sup> GACETA JUDICIAL. Año XCIX. Serie XVI. N.º 14. Pág. 4159.

incumplimiento de parte de la administración de los plazos legales, y que por tanto ha operado el silencio administrativo, que debe ser declarado por la función judicial.

Pero los actos administrativos pueden ser impugnados por otras vías, como:

Recurso de Reposición

Recurso Jerárquico

Recurso Extraordinario de Revisión

Acción de Protección; y

Recurso Extraordinario de Protección.

El ámbito del procedimiento de impugnación en sede administrativa, debemos referirnos a lo establecido en la Ley de Modernización del Estado, en la que se definen los procedimientos principales para la impugnación en sede judicial, contenciosa – administrativa, así nos menciona:

*“Art. 100.- El procedimiento de impugnación que pueden seguir los administrados en sede administrativa contra los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sujetos a este Estatuto se regirá por las normas que aquí se establecen.*

*La impugnación en sede administrativa de los actos administrativos emanados de las entidades y órganos no sujetos a este Estatuto, como aquellos expedidos por las funciones Legislativa y Judicial, y el Tribunal Supremo Electoral, así como por los entes y organismos del Régimen Seccional Autónomo, y la impugnación que se realice en sede judicial, se someterán a las disposiciones de las leyes específicas vigentes.*

*Sin embargo, la impugnación en sede administrativa contra cualquier acto administrativo no será una condición previa para que puedan ejercer sus derechos de recurrir directamente al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Tributario competentes según el caso. El iniciar y continuar dicha impugnación en sede administrativa será facultativo, ya sea en materia contencioso administrativa o contencioso tributaria”.*

*“Los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y*

*reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley respectiva.*

*No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerza dentro del término de noventa días”.<sup>97</sup>*

Pero como en todo proceso que se emprende en contra de una institución pública, es requisito sine qua non, que para el ejercicio del patrocinio del Estado, se debe contar con el Procurador General del Estado, el mismo que está facultado para: *“Proponer o contestar demandas, y en general intervenir en las controversias que se sometan a jurisdicción de los órganos de la Función Judicial, de tribunales arbitrales, y de tribunales o instancias, con jurisdicción y competencia en los procedimientos administrativos de impugnación o reclamos, sea como actor, demandado o tercerista, sin limitaciones en los procesos o procedimientos que interesen al Estado y a las entidades u organismos del sector público, en la forma establecida en esta Ley”<sup>98</sup>.*

---

<sup>97</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 38, obra citada.

<sup>98</sup> LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Art. 5, literal a), Registro Oficial No. 372, del 19 de julio del 2001.

**CAPÍTULO II**  
**ACTOS ADMINISTRATIVOS**

## 2.1. El acto administrativo

Los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades constitucionales o legales, en la esfera de su jurisdicción y competencia realizan actos jurídicos de derecho público, - actos administrativos –

En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del Derecho Público porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de la Administración del Estado.

Se define como “Acto Administrativo la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas”<sup>99</sup>.

Dentro de la división de las funciones públicas, es el que procede del ejecutivo, a diferencia del acto legislativo (o ley) y del judicial (resolución, providencia, auto o sentencia). Además, la autoridad o el agente han de obrar como representantes de la administración pública.

Prácticamente integran actos administrativos todas las resoluciones y disposiciones, verbales o escritas (singularmente éstas, debido a su constancia); sean acuerdos, decretos, reglamentos, instructivos, ordenanzas que dictan desde los Ministros, Prefectos y Alcaldes; y también las Instituciones.

Por tanto, de lo anterior resulta que en las definiciones tradicionales del acto administrativo que lo precisan, pura y sistemáticamente, como una declaración de voluntad realizada por la Administración, con el propósito de producir un efecto jurídico.

Otros autores, como MARIENHOFF consideran que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, a diferencia de la definición que se ha adelantado, que se limita a las declaraciones unilaterales. Así, según este autor el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral: *"Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente un acto administrativo bilateral"*.

---

<sup>99</sup> JARAMILLO Hermán. LA ACTIVIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación.

La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos notificados, constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

Los actos administrativos pueden revocarse por la misma autoridad que los expidió, siempre que no afecten derechos de terceros. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva denomina “extinción” del acto la revocatoria que hace la autoridad que lo dictó, revocatoria que procede por razones de oportunidad y de legitimidad. Cuando el acto administrativo afecta derechos de terceros, la revocatoria se deberá solicitar al Juez administrativo. Si el acto administrativo que afecta derechos de terceros, lesiona los intereses públicos procede la acción de lesividad.

**La impugnación del acto administrativo.-** La importancia principal de la identificación precisa del acto administrativo radica en la forma de su impugnación en sede judicial, sin perjuicio de la impugnación que se puede producir en el seno mismo de la Administración - impugnación en sede administrativa.

Esta impugnación de carácter judicial se ejerce, sin perjuicio de la impugnación administrativa, que se desarrolla en sede administrativa, ante los mismos órganos que emiten el acto impugnado. El acto administrativo, en el Ecuador, puede ser impugnado directamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. También la Corte Constitucional tiene atribuciones para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública.

Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone: “.- IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa”.

Según el tratadista Roberto Dromi, las decisiones administrativas se expresan a través de operaciones materiales y declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos.

El término acto administrativo es susceptible de interpretación diversa. Así, la doctrina y la legislación no brindan un concepto unitario.

Si bien en el derecho privado, los Códigos definen el “acto jurídico” y el “acto de comercio”, en el derecho público no ocurre lo mismo, pues no siempre hay Códigos y, cuando los hay no siempre definen el acto administrativo; cuando lo definen, tampoco guardan uniformidad de criterio. Más aún, dentro de un mismo país suelen darse conceptos distintos a raíz de la diversa organización administrativa local, impuesta por razones de federalismo.

Así como la Nación, en ejercicio de sus competencias delegadas (art. 75 inc 12 CN),<sup>100</sup> ha precisado los conceptos de acto jurídico (art. 944 CC)<sup>101</sup> y de acto de comercio (art. 8 C de C)<sup>102</sup>, las provincias, en ejercicio de competencias reservadas, han sancionado sus propias leyes administrativas, adoptando diversos criterios en cuanto al alcance jurídico conceptual del acto administrativo, incluso a veces dispar con la legislación nacional.

En síntesis, por la amplitud y extensión de las declaraciones administrativas, la conceptualización del acto administrativo ofrece una serie de alternativas doctrinarias y legislativas en cuanto a sus acepciones, en razón de su alcance:

Actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos.

---

<sup>100</sup> Constitución de la República Argentina.- Artículo 75, inciso 12. “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

<sup>101</sup> Código Civil Argentino, artículo 944.- “Son actos jurídicos los actos lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

<sup>102</sup> Código de Comercio de la República Argentina.- “La ley declara actos de comercio en general: [...]”

Es decir que todo el obrar jurídico administrativo es acto administrativo. En un sentido amplio se entiende también que puede haber actuaciones materiales que reciben la denominación de acto administrativo.

Declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos.

Se excluyen del concepto a las actuaciones materiales de la Administración. Así el acto administrativo comprende las actuaciones interadministrativas o simples actos, los reglamentos y los contratos. En otros términos, las formas jurídicas son sólo dos: acto y hecho administrativos.

Declaraciones administrativas unilaterales, bilaterales, individuales y generales, con efectos directos.

En esta acepción, se considera acto administrativo sólo a las declaraciones administrativas con efectos jurídicos directos.

Así, el acto administrativo comprende los reglamentos y los contratos. Es decir que las formas jurídicas son actos administrativos (declaraciones con efectos directos), hechos administrativos (actuaciones materiales) y actuaciones interadministrativas o simples actos de la Administración. (Declaraciones con efectos indirectos).

Declaraciones administrativas unilaterales, individuales y generales, con efectos directos. También se interpreta que el concepto de acto administrativo comprende sólo las declaraciones administrativas unilaterales, de alcance individual y general, con efecto directo. Este es el criterio receptado por la ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958 de España, modificada por la ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se excluye del concepto de acto administrativo al contrato administrativo (declaración administrativa bilateral). El acto comprende también el reglamento. En este sentido las formas jurídicas administrativas son acto, hecho, actuación administrativa y contrato.

Declaraciones administrativas unilaterales e individuales, con efectos directos. Este concepto, al que adherimos doctrinariamente, define al acto administrativo como toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce

efectos jurídicos individuales en forma directa. El alcance del acto es restringido, siendo entonces cinco las formas jurídicas de exteriorización de la función administrativa: acto, hecho, simple acto, reglamento y contrato administrativo.

Dromi en su Tratado de Derecho Administrativo, hace un análisis del concepto, así:

Dice que el acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. Definiendo el concepto:

**Es un declaración.-** El acto administrativo es una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual – no material – que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado y/o escrito y signos convencionales.

El pronunciamiento declarativo es de diverso contenido. Puede ser:

De decisión, cuando va dirigido a un fin, a un deseo o querer de la Administración, por ejemplo: una orden, permiso, autorización o sanción.

De cognición, cuando certifica el conocimiento de un hecho o relevancia jurídica; son los casos de las certificaciones de nacimiento, defunción e inscripciones en registros públicos; y,

De opinión, cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación, acto o hecho; son los casos de certificados de buena conducta, salud o higiene.

**Unilateral.-** En el acto administrativo, la emanación y el contenido de toda declaración dependen de la voluntad de un solo sujeto de derecho: el Estado o ente público no estatal, en su caso.

Se excluye del concepto de acto administrativo a los contratos porque son declaraciones bilaterales o de voluntad común. La declaración tiene que ser unilateral. Se desestiman entonces, la idea de los actos administrativos bilaterales; de ahí que el contrato administrativo no sea un acto administrativo. Para algunos autores, los actos administrativos pueden ser unilaterales o bilaterales tanto en su formación, si concurren al acto las voluntades de uno o más sujetos de derecho, como en sus efectos, si acarrear derechos y deberes para uno o más partes. En este aspecto, se entiende que el contrato administrativo es un acto bilateral en su formación y en sus efectos.

La jurisprudencia ha indicado con precisión que *“El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido”*.<sup>103</sup>

El acto es unilateral, aunque se necesite *“la voluntad concurrente o coadyuvante”*. El hecho de que ciertos actos unilaterales necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentamiento o adhesión del particular para producir sus efectos, no les quita su calidad de unilaterales. Tampoco dejan de ser unilaterales por el hecho de que la voluntad administrativa se forme mediante la intervención de dos o más órganos administrativos, en cuyo caso se denominan actos complejos.

La voluntad del administrado no interviene en la preparación del acto; puede ser causa de su formación, por ejemplo, una petición, que sólo vale como requisito de eficacia del acto administrativo, pero sin que tal voluntad integre el acto. La voluntad del administrado no es elemento esencial del acto, ni presupuesto básico de él.

Así ocurre con el permiso de uso del dominio público u otorgamiento de un retiro jubilatorio voluntario. Son actos administrativos unilaterales en sus efectos y también en su formación, pues la voluntad del administrado no integra el acto. El hecho de que el particular solicite, provoque o acepte una declaración de voluntad administrativa no significa que el administrado integre con su voluntad el acto.

Entre el acto administrativo cuya emanación requiere de solicitud, pedido o conformidad del interesado y el acto, que no los requiere, existe solo una diferencia de forma que en nada modifica el régimen jurídico aplicable.

**Efectuada en ejercicio de la función administrativa.-** La función administrativa constituye la nota calificadora del Derecho administrativo. Por ello no puede estar ausente del concepto del acto administrativo, que es una de las formas jurídicas por las que se expresa la voluntad pública estatal y no estatal.

El acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano lo ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial) e incluso de entes públicos no

---

<sup>103</sup>BIANCHI, Carlos A. c/Municipalidad de la Capital Argentina JA, 1982-1-356

estatales. Casos expresamente contemplados en la legislación argentina son la expropiación por causa de utilidad pública por parte del concesionario de servicios públicos (art. 2 ley 1.499); la emisión de títulos académicos expedidos por universidades privadas que gozan de validez equivalente a los otorgados por instituciones estatales y con su mismo efecto (ley 24.521, arts. 26, 27 y 29, inc. f).

Como consecuencia de lo expuesto, estimamos que los entes públicos no estatales pueden emitir actos administrativos. Así, lo son los actos de las corporaciones profesionales, asociaciones, universidades privadas, etc.

Muchas entidades han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de funciones administrativas; se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar en nombre del Estado y con su competencia. En estos casos parecería contradecir a la realidad que se les negara a los actos emanados por esas entidades el carácter de administrativos, a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente (nulidades, vicios, recursos, etc.) No obstante las consideraciones expuestas, corresponde puntualizar que la doctrina no es pacífica en lo que respecta a la posibilidad de que los entes públicos no estatales ejerzan la función administrativa así como respecto a la circunstancia de que emitan actos administrativos.

**Que produce efectos jurídicos.-** No toda la actividad administrativa produce efectos jurídicos. Por ello, algunos autores clasifican el ejercicio de la actividad administrativa en actos y hechos no jurídicos, en contraposición con actos y hechos jurídicos.

La actividad administrativa productora de efectos jurídicos, no sólo se manifiesta a través de actos administrativos, sino también por medio de hechos administrativos, contratos administrativos, simples actos de la administración y reglamentos administrativos.

Que produce efectos jurídicos significa que crea derechos u obligaciones para ambas partes, la Administración y el administrado.

En el caso específico del acto administrativo, interesa determinar el alcance y tipo de efecto jurídico que produce, para lo cual previamente se debe enumerar y definir el contenido:

**Directos o indirectos.-** Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos; surgen de él y no están subordinados a la emancipación de un acto posterior.

El acto debe producir por sí efectos jurídicos respecto del administrado; por ello los dictámenes, pericias, informes, pareceres, proyectos no constituyen actos administrativos, sino meros actos preparatorios que se emiten para hacer posible el acto principal posterior; tienen en su caso en efecto jurídico indirecto o mediato.

Cuando los efectos jurídicos se agotan dentro de la propia Administración, se trata de actuaciones interadministrativas que no proyectan sus efectos jurídicos hacia el exterior.

Los dictámenes, carecen de ese efecto jurídico inmediato, contienen informes y opiniones técnico-jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa. Son declaraciones de juicio u opinión que forman parte del procedimiento administrativo en marcha, del procedimiento de conformación de la voluntad estatal. Pero no son actos administrativos por carecer de la señalada inmediatez. No extinguen o modifican una relación de derecho con efecto respecto de terceros.

Individuales o generales.- Característica fundamental del acto es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales.

Actuales o potenciales.- Los efectos jurídicos deben ser actuales, aunque sean futuros. No es trata de una actividad destinada a producir efectos como si éstos pudieran ser potenciales. Los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente en relación con la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de ella y tienen que estar contenidos y previstos en la propia emisión del acto.

Internos o externos.- Los efectos jurídicos pueden serlo respecto de particulares, agentes, órganos o entes administrativos. Por lo tanto, los efectos jurídicos, según los casos, se producen fuera o dentro del ámbito de la Administración Pública.

Públicos o privados.- Los efectos jurídicos resultan primordialmente del derecho público. El derecho privado se aplica a algunos elementos del acto administrativo y sólo por excepción. Es improcedente la distinción entre actos estatales de derecho privado y de derecho público, entre actos civiles y actos administrativos de la Administración, emitidos en ejercicio de una potestad pública.

El derecho privado es aplicable a la actuación de los órganos administrativos de modo limitado. Así, la actividad administrativa es regulada por los Derechos Civil o Comercial por

excepción. El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan estar comprendidos dentro del marco del derecho privado.

En todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma del acto; sólo el objeto, y en parte, es regulado por el derecho privado.

Provisionales o definitivos.- La provisionalidad del efecto jurídico atañe al tiempo, es decir desde cuándo y hasta cuándo.

La definitividad del efecto jurídico incumbe al negocio jurídico de fondo, al objeto, al qué del acto; por eso se dice que el acto administrativo definitivo alude al fondo de la cuestión planteada, diferenciándose del acto interlocutorio o de mero trámite que como su nombre lo indica, concierne al desarrollo del trámite, posibilitando u obstaculizando.

El acto definitivo y el provisional contemplan dos situaciones distintas. El acto definitivo decide, resuelve o concluye con la cuestión. El acto provisorio, si bien puede encerrar una decisión o una resolución en sí mismo, respecto del particular administrado no concluye con la cuestión de fondo, sino que permite o no encaminarse hacia la misma.

Los actos definitivos y actos interlocutorios, provisionales o de mero trámite son siempre impugnados en sede administrativa, mientras que sólo son impugnables en sede judicial los actos definitivos. Sin embargo, los actos interlocutorios o de mero trámite son impugnables, no así las medidas preparatorias que no revisten forma de acto administrativo por no producir efectos inmediatos.

Futuros o retroactivos.- Los efectos jurídicos del acto son por lo común para el futuro. Pueden ser retroactivos, siempre que no lesionen derechos adquiridos, cuando se los emite en sustitución de otro revocado o cuando favorecieren al administrado.

Lícitos o ilícitos.- El acto administrativo no pierde su calidad de tal. Los vicios jurídicos lo tornan ilegítimo, inválido, antijurídico, pero no por ello el acto deja de producir efectos jurídicos. Puede tener un vicio impugnable administrativa y judicialmente que engendre responsabilidad extracontractual del Estado por la producción de efectos antijurídicos, sin dejar de ser acto administrativo por esa circunstancia.

Definitivos o finales.- El acto administrativo definitivo resuelve el fondo de la cuestión planteada. Cuando es de trámite impide totalmente la continuación del reclamo interpuesto. Este último es asimilado a la decisión de fondo y se le confiere definitividad procesal, en tutela de la instancia judicial a la que tienen derecho los administrados. La decisión administrativa definitiva es de carácter final.

Decisión que causa estado es la que cierra la instancia administrativa por haber sido dictada por la más alta autoridad competente, una vez agotados todos los medios de impugnación establecidos en las normas que rigen el procedimiento administrativo. También suele llamársele resolución final, en cuanto se recaba de la Administración la última palabra y su ausencia no genera vía legal a la acción judicial sino que, por el contrario, provoca como consecuencia la inadmisión de la demanda.

La resolución administrativa, además de definitiva y denegatoria, debe presentar el carácter de irreversible, irrecurrible e irreclamable y final dentro de las instancias administrativas.

Por lo dicho, se exige entre otros requisitos, para la justicialidad del comportamiento administrativo, que el obrar impugnabile se traduzca en actos administrativos definitivos y que causen estado. Es decir, que de las múltiples formas jurídicas administrativas sólo son impugnables directamente los actos administrativos y de ellos únicamente los definitivos y que causen estado.

El acto que causa estado es un acto que ha agotado las instancias administrativas.

La confusión entre “resolución definitiva” y “resolución que causa estado” ha sido frecuente; sin embargo, nuestro derecho positivo ha dado base para una adecuada distinción. En efecto, mientras la resolución que causa estado se opone a la resolución susceptible de recursos en vía administrativa, la resolución definitiva se opone al acto que, por ser de trámite, no resuelve el expediente o lo hace de manera provisional. En consecuencia, las resoluciones internas, provisionales, de mero trámite no son impugnables por carecer de definitividad y las resoluciones administrativas recurribles en esa sede tampoco son impugnables en sede judicial porque no son resoluciones que causen estado.

La exigencia legal de que la resolución cause estado es una carga procesal del recurrente administrativo, que condice con el principio de que “sólo se puede llevar a la justicia aquello planteado en sede administrativa”.

Una decisión para ser impugnada judicialmente debe ser definitiva y causar estado, por agotamiento de la vía administrativa. El carácter definitivo que causa estado es el único que habilita la impugnación judicial de las decisiones administrativas.

No debe ser un acto firme, que es consecuencia del consentimiento del mismo o de la caducidad de la acción por expiración del plazo. El carácter definitivo firme del acto excluye la impugnación judicial.

Además, por razones de retardo, omisión o silencio, las leyes han establecido el carácter de definitivas y que causan estado a ciertas resoluciones, por vía de la llamada denegación tácita, que es una creación técnica a favor del administrado contra la mora administrativa.

## **2.2. Elementos del acto administrativo**

La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad y forma; estos elementos deben concurrir simultáneamente conforme lo indique el ordenamiento jurídico, caso contrario afectan la validez del acto.

Pero para que el acto sea eficaz, es decir, para que tenga trascendencia jurídica, debe ser notificado. La notificación hace, entonces, a la eficacia del acto administrativo. Así la jurisprudencia ha dicho que: *“El acto administrativo de alcance particular carece de eficacia mientras no sea notificado al interesado, pero, en cambio, no carece de validez. Ello quiere decir que el acto existe y posee plena validez en el mundo jurídico y produce los efectos para los que ha sido dictado, aunque tales efectos no sean obligatorios para el interesado hasta tanto se le notifique el acto, lo cual constituye un acto distinto e independiente del primero”*.

Son requisitos accidentales, accesorios o eventuales del acto administrativo la condición, el modo y el término. Estos, aunque no afectan su existencia, sí hacen a su eficacia, al cuándo y al cómo de la producción de los efectos jurídicos del acto. La condición significa el hecho futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia de un acto administrativo; el modo consiste en una carga impuesta a la persona a favor de la cual se dicta el acto

administrativo; el término indica el día desde el cual debe tener eficacia el acto, o desde el cual la eficacia del acto debe cesar.

Son elementos de legitimidad los que se relacionan con el cumplimiento de las normas positivas atinentes al acto y son elementos de mérito los que se refieren al cumplimiento oportuno y conveniente de los fines del acto. Por esto, la validez del acto administrativo requiere no sólo del cumplimiento de la legitimidad, sino también de la oportunidad.

Competencia.- La competencia es un acto esencial del acto administrativo. Debe respetarse para no afectar la validez del acto. “En el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elementos esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales”. (CámNacConAdmFed, Sala V, 28/6/2000, “Pasa S.A. (incidente y otro) c/Resol. 149/96 Enargas [Expte. 1701/951]”). La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.

Objeto.- El objeto comprende las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural), las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito) y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente en forma de condición, término y modo (contenido eventual). El objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. Tiene que ser cierto, preciso y posible física y jurídicamente. El acto debe decidir, certificar o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento.

Voluntad.- Forman la voluntad administrativa elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos) y objetivos (normativos procesales). Así la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador. Por ello, los “vicios de la voluntad” pueden aparecer en la misma declaración, en el proceso de producción de dicha declaración y en la voluntad intelectual del funcionario que produjo la declaración. La voluntad puede ser expresa o tácita. La voluntad es expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza a través de la palabra oral o escrita, o por símbolos o signos. La voluntad es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo.

Forma.- Para dar a conocer su voluntad, la Administración debe respetar, de acuerdo lo manda el ordenamiento jurídico, el modo de su exteriorización. Así, la forma comprende el modo de instrumentación y la manera de darlo a conocer al administrado, su exteriorización. La omisión o el incumplimiento parcial de las formalidades requeridas pueden afectar en distintos grados su validez, según la importancia de la transgresión. Las manifestaciones exteriores tendientes a hacer conocer el objeto del acto administrativo, sea definitivo o preparatorio, pueden instrumentarse de distinta manera. Es decir que el acto administrativo puede instrumentarse de forma escrita, oral o por medio de otros signos. En el acto tácito no hay instrumentación sino sólo ficción legal.<sup>104</sup>

### **2.3. Presunción de legitimidad**

La presunción de legitimidad es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción.

La presunción de legitimidad se caracteriza por ser relativa, provisorio, transitoria, calificada clásicamente como presunción “iuris tantum”, (que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario), pues el interesado puede demostrar que el acto viola el ordenamiento jurídico, por lo tanto, no es un valor absoluto “iuris el de iure”, (que no admiten prueba en contrario), sino que es un “juicio hipotético”, que puede ser invertido acreditando que el acto tiene ilegitimidad.

La presunción de legitimidad atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga probatoria. El que impugna la legitimidad del acto administrativo carga con la prueba de tal circunstancia. En cambio, ante los actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad. El carácter de presunción de legitimidad de los actos administrativos no tiene un valor absoluto, menos aún indiscutible. Por eso se la califica como presunción, pues, la presunción de legitimidad es relativa y formalmente aparente.

---

<sup>104</sup> DROMI, Roberto: Derecho Administrativo.- 12ª ed., act.- Buenos Aires – Madrid – México: Ciudad Argentina – Hispana Libros, 2009. Pp. 337 - 362

Los efectos de la presunción de legitimidad:

- No necesita declaración
- Pueden ser anulados solo a petición de parte
- Se necesita alegar la ilegitimidad
- Ejecutoriedad administrativa
- Instrumentalidad pública administrativa
- Imposibilidad de revocar, modificar o sustituir

### **Clases de acto administrativo**

En función de sus contenidos y efectos:

**Autorización.-** El acto de autorización tiene un doble alcance jurídico: como acto de habilitación o permisión y como acto de fiscalización o control.

**Aprobación.-** Es el acto administrativo de control que se produce con posterioridad a la emisión del acto controlado. La aprobación actúa ex post y otorga validez y eficacia al acto, incidiendo en su perfección. Debe ser aprobado por después de su emisión por otra autoridad, no es válido ni ejecutivo mientras dicha aprobación no se produzca, la aprobación le otorga eficacia jurídica y fuerza ejecutoria.

**Concesión.-** Es el acto por el que la Administración, en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo, confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía. La concesión otorga así un estatus jurídico, una condición jurídica, un nuevo derecho, pero sin que la Administración transfiera o transmita nada; es un acto potestativo, sin que limite sus atribuciones, ni su patrimonio.

**Permiso.-** Es el acto por el cual se permite a una persona el ejercicio de un derecho, en principio prohibido por el ordenamiento jurídico. Es una exención especial respecto de una prohibición general, en beneficio exclusivo de quien lo pide. Con el permiso no se delega ni se autoriza nada, sino que se tolera, se permite realizar algo determinado o circunscripto.

**Dispensa.-** Es el acto por el cual la Administración descarta la aplicación de una norma general legal o reglamentaria en un caso concreto, eximiendo a una persona de las obligaciones que aquella impone.

**Admisión.-** Es el acto administrativo que tiene por objeto incorporar una persona a una actividad de interés público, atribuyéndole los derechos y obligaciones que establece el régimen jurídico propio. La admisión transforma una situación general e impersonal en una situación particular y personal.

**Renuncia.-** Es el acto por el cual la Administración extingue unilateralmente una obligación concreta en su favor, liberando a la persona obligada.

**Orden.-** Es un acto de la Administración que impone concretamente a los administrados y/o funcionarios la obligación o prohibición de hacer algo.

**Registro y certificación.-** El registro es el acto por el cual la Administración anota, conforme el derecho objetivo, determinados actos o hechos cuya realización se quiere hacer constar en forma auténtica.

**Sanción administrativa.-** Es un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho.

#### **2.4. Actos administrativos susceptibles de silencio administrativo positivo**

La aceptación tácita, por silencio administrativo, a solicitudes o reclamos de particulares presentadas a conocimiento de la administración pública, es un arma para hacer efectivo el derecho constitucional de petición y contra la negligencia, desidia e inoperancia de los funcionarios públicos.

El numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra el derecho de petición, esto es: *"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"*<sup>105</sup>

En armonía con la disposición constitucional en referencia, el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, 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*

---

<sup>105</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 66, numeral 23

*fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante".<sup>106</sup>*

Sin duda, el derecho de petición reviste una gran trascendencia por cuanto es un derecho que sirve como puente para hacer valer los demás derechos cuando éstos han sido desconocidos o lo que es peor, han sido vulnerados.

No obstante, no haber sido incluido en la Declaratoria de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución Francesa de 1791, lo consagró cuando se refería *"a la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente"*.

Según Wladimiro Naranjo Mesa, en su obra Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, distingue tres clases de peticiones teniendo en cuenta el fin perseguido:

*"La petición queja; la petición manifestación y la petición demanda.*

*La primera tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad competente las irregularidades cometidas por alguna autoridad inferior, tendiente a que se sancione al responsable.*

*La segunda tiene por objeto dar una información o expresar un deseo a la autoridad competente, a fin de que se tomen ciertas medidas de carácter individual o colectivo.*

*La tercera está orientada a las autoridades jurisdiccionales a fin de solicitar del Estado el reconocimiento de un derecho que según el peticionario la ha sido conculcado o amenazado, o simplemente, el restablecimiento de la legalidad quebrantada por un acto administrativo; ésta última es la petición de justicia o demanda propiamente dicha, es una modalidad esencial del derecho individual de petición".*

---

<sup>106</sup> Ley de Modernización del Estado, Art. 28

Por su parte, los incisos segundo y tercero del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado a propósito del derecho de petición, plantea además medidas de orden coercitivo en caso de que la administración no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo, o se negare a resolverlo en un término de quince días, pudiéndose denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con lo que prescribe el Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. Así mismo, 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.

#### **2.4.1. Acceso a la información pública.**

Una de las dimensiones de la Justicia Constitucional tiene que ver con la existencia de una serie de mecanismos legales a los cuales se ve objetado o perjudicado en el ejercicio de sus derechos fundamentales puede acudir a la información pública.

Para designar estos mecanismos la doctrina se refiere a ellos como "garantías de los derechos". Se trata de procedimientos judiciales que tutelan una serie de derechos fundamentales, de manera amplia, como es el caso de la Acción de Protección, o específica como en relación al habeas data o el novedoso Recurso Judicial de Acceso a la Información Pública".

#### **2.4.2. Garantías y recursos.**

Una garantía se concibe como una técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por lo tanto, la *"posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional"*<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> TROTTA, Madrid, Derechos y Garantías, 2001, página 25

Así, una garantía tiene que ver con la suficiente protección que el sistema provee a un derecho. Este autor postula además la tesis de que el derecho mismo llevaría implícita una garantía, que establece que un sujeto determinado haga, no haga y de algo. Si no cumple con esta primera garantía, entra a operar una "*garantía secundaria*" que tiene que ver con poner en acción los antes referidos mecanismos.

### **2.4.3. Recurso de reposición.**

Se trata de un recurso que se puede interponer por la persona directamente afectada, por la falta de respuesta de la administración, ante el órgano que dictó el acto por el cual se sintió menoscabado en sus derechos, este recurso busca que el órgano administrativo modifique, reemplace o deje sin efecto el acto administrativo, tiene un trámite similar al de apelación en vía judicial, en donde por no encontrarse conforme con lo resuelto, el administrado puede interponer el recurso jerárquico ante la máxima autoridad administrativa, para que se analice y revise lo actuado por el inferior y de esta forma buscar que se deje sin efecto dicho acto.

En este caso se establece como plazo para interponer el recurso cinco días hábiles, contados desde la fecha en la que se le notificó con lo resuelto en el acto administrativo, y que se le concede al órgano administrativo un plazo hasta de treinta días para dictar la resolución de la impugnación del acto administrativo.

El Recurso de Reposición va ligado estrechamente con el Recurso Jerárquico, debido a que cuando la reposición es rechazada el Recurso Jerárquico se puede interponer de forma subsidiaria, elevando el expediente del Recurso de Reposición al Superior Jerárquico del órgano o funcionario administrativo que dictó el acto.

### **2.4.4. Recurso jerárquico.**

Este recurso puede también interponerse directamente, mediante el cual se fundamenta del Recurso Jerárquico en la potestad disciplinaria y en la potestad de control y es ejercida en virtud del Principio de Jerarquía, que establece que la administración del Estado, establecida como una pirámide, que en su parte más alta se encuentra el Presidente de la República y hacia abajo los demás órganos, en distintos niveles de la administración del Estado, y cada

una de las autoridades de cada nivel debe ejercer un control jerárquico del correcto funcionamiento de los organismos y del personal de su dependencia.

Este recurso no se puede interponer contra los actos que realice el Presidente de la República ni los realizados por los Ministros de Estado, debido a que el Presidente de la República no posee ningún superior jerárquico y los actos de los Ministros de Estado han sido determinados como actos de última instancia.

Si la resolución es positiva y acoge el recurso jerárquico, el acto podrá ser modificado, reemplazado o dejado sin efecto según sea el caso, al igual que el Recurso de Reposición el plazo para interponer el Recurso Jerárquico es de cinco días hábiles desde la notificación del acto y la autoridad tiene como máximo treinta días para resolver, plazo dentro del cual el órgano inferior que dictó el acto impugnado puede formular sus descargos sobre el hecho.

#### **2.4.5. Recurso extraordinario de revisión.**

El recurso extraordinario de revisión permite que se puedan revisar las resoluciones emitidas, en calidad de última instancia, y que tienen los efectos de cosa juzgada, ya que *“Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes”:*

Es así que en el artículo 178 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que están sujetos a reclamos de revisión por parte de los servidores públicos, que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas.

También la reclamación por los actos de resolución, cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate,

y que permiten una nueva carga probatoria que permita tomar una nueva decisión, diferente a la adoptada originalmente.

Así mismo la reclamación por documentos o testimonios falsos, cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución.

En cuando a los plazos para los reclamos administrativos, estos se pueden dar cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados en el artículo 178 Del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas la ley, y que deberá pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

#### **2.4.6. La Acción de Protección.**

La Constitución de la República crea la figura de la Acción de Protección, como principal norma en la legislación ecuatoriana, que es regulada por las Garantías Constitucionales señaladas en la Carta Magna y la Ley de Control Constitucional.

El artículo 88 de la Constitución, señala que: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave,*

*si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.*<sup>108</sup>

Su objetivo es claro, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse, pero no es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la presunción de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se pueda causar, el juez que tramita la acción de protección, tiene amplias facultades para tomar las medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

La definición de la acción en buena parte depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución y el desarrollo constitucional de cada país, lo que ha determinado el que unos expertos consideren a la acción de protección como una acción subsidiaria o alternativa y otros como la que surge de nuestra Constitución como una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente.

Guillermo Cabanellas sostiene que: *“Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de Protección manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento”*<sup>109</sup> Couture, se refiera a la acción como: *“el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión..... tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”*<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> ORDOÑEZ, Espinosa Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador, PUDELECO Editores S.A. Quito, 1995, Pág.48-49.

<sup>109</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 10ma. Edición. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Pág. 36

<sup>110</sup> COUTURE Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición. Edit. B de F. Montevideo. 2002. Págs. 47 y 48

Es necesario indicar que La Acción de protección en los diferentes países ha tomado connotaciones y procedimientos diferentes, por consiguiente no es lo mismo hablar de Acción de protección en México, El Recurso de Amparo en España, La Tutela en Colombia, El Recurso de Protección en Chile o en Brasil al hablar del Mandato de Seguridad, “*mandamiento de seguridad*”, lo que sí es importante es que de todos ellos persiguen algunos caracteres generales como son:

- Garantizar la efectividad de los derechos personales, que es de carácter universal.
- Se trata de un medio procesal extraordinario.
- Es un medio procesal subsidiario.
- Es un medio procesal que tiene rango constitucional, por lo tanto en su gran mayoría normado por la constitución.
- Tiene por propósito remediar de manera urgente los derechos constitucionales que han sido o pueden ser vulnerados, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- Es procedimiento preferente, sencillo, breve y sumario.
- Se busca evitar un perjuicio irremediable.
- Es preferente, por ello su tramitación es con carácter de urgente.
- Es sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto, quien se transforma en juez constitucional.

Hay que tener en cuenta que en nuestro país existe un desconocimiento en relación a la Acción de Protección que se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, la cual fue aprobada en octubre del 2008, puesto que se sostiene que simplemente el legislador ecuatoriano le cambió el nombre a lo que, en la anterior Constitución de 1998, se conocía como acción de amparo.

Este tipo de recurso puede ser propuesto por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, y son competentes para conocerlo y resolverlo la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.

El procedimiento a adoptarse es sencillo, rápido y eficaz, y se constituye así en una garantía efectiva y ágil, ya que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo

aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, puesto que ya no habrá la necesidad de buscar el patrocinio de un abogado para proponer la acción, además de que serán hábiles todos los días y horas para plantearla, misma que podrá ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin la necesidad de citar la norma legal infringida.

Las notificaciones que se necesiten hacer, se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Una vez presentada la acción, la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas.

Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información, luego de esto la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de algún derecho consagrado en la Constitución, deberá declararla, así como ordenar la reparación integral, material e inmaterial, además de especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia, esta resolución podrá ser apelada ante la Corte Provincial de Justicia de la provincia, cuya sentencia es definitiva, no existiendo la posibilidad de interponer recurso de casación.

Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución, la misma que no ha sido cumplida por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, mientras que se trata de un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

#### **2.4.7. Acción extraordinaria de protección.**

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 94, en lo referente a la acción extraordinaria de protección, señala:

*“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.*

*El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.*

En este tipo de recurso, el efecto de cosa juzgada ha sido vulnerado, por cuanto la sentencia ejecutoriada puede ser revocada, a pesar de que el juez no suspende su competencia por efectos del planteamiento de esta acción y puede ejecutar la sentencia, generándose una inseguridad jurídica o al menos el temor que provoca en la parte ejecutante, puesto que el órgano de control constitucional puede dictaminar en contra, lo cual trae consecuencias indefinidas.

## **2.5. Actos administrativos susceptibles de silencio administrativo negativo**

Son susceptibles de silencio administrativo negativo los siguientes procedimientos (actos administrativos):

- Los procedimientos cuya estimación tuvieran como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- En los procedimientos iniciados a solicitud del particular, el silencio desestimatorio producirá solo los efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo.
- En los procedimientos en vía de recurso, esto es, en los de impugnación de actos y disposiciones, el silencio es también negativo, puesto que ya ha habido una toma de posición expresa sobre el asunto de la Administración que el recurso interpuesto trata de modificar.
- El silencio es también negativo en los procedimientos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, por lo que los interesados que hubieran comprendido en el procedimiento, podrán también entender desestimadas sus pretensiones. En estos procedimientos del tipo sancionador, la falta de resolución expresa en plazo produce la caducidad del procedimiento.

- El acto negativo no tiene la consideración de acto presunto. Es tan solo una *ficción legal* por la que el procedimiento se considera finalizado a los solos efectos de que si el interesado lo considera conveniente entienda desestimada su solicitud y pueda interponer el recurso procedente. A pesar de los efectos desestimatorios del silencio negativo, la Administración puede dictar una resolución posterior expresa de actos estimatorios, que no sólo es conveniente para el interesado, sino que evita la interposición de recursos inútiles o su desistimiento si se hubiesen interpuesto, con la consecuencia de aliviar la carga de los Tribunales de Justicia.

El problema que se plantea es la determinación de hasta cuándo es posible al interesado hacer uso de la facultad de interponer el recurso que proceda contra la desestimación producida por silencio administrativo negativo, puesto que tampoco puede ser conveniente dejar indefinidamente abierta la posibilidad de recurrir el silencio negativo, por lo que el legislador tradicional ha fijado un plazo. Plazo que se computará a partir del momento en que éste se haya producido según la normativa reguladora del procedimiento correspondiente.

- Los procedimientos de impugnación de actos (recursos administrativos)
- Los Procedimientos de impugnación, reclamación, mediación, arbitraje y conciliación
- Los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos y anulables
- Las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral
- Las resoluciones emitidas por la Contraloría General del Estado sobre predeterminación de responsabilidades

No obstante cuando el Recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución del mismo, el órgano competente no dicta resolución expresa. No se puede denegar por silencio al recurrir lo que por silencio ha sido denegado al solicitar, por lo que en el último caso se entenderá concedido lo solicitado

La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, hasta tal punto que la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto solo podrá dictarse si es confirmatoria del acto: *"solo podrá la Administración pronunciarse fuera de plazo cuando la resolución sea confirmatoria del sentido del silencio"*<sup>111</sup>

Por el contrario, la desestimación por silencio tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso, según proceda; de tal manera que si se dicta resolución después de producido el silencio, ésta puede todavía estimar la petición realizada por el interesado, porque dice la Ley que *"en el supuesto de silencio negativo la resolución expresa posterior se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio"*.<sup>112</sup>

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

Estos actos producen efectos desde que vence el plazo máximo que había para dictar y notificar la resolución expresa. Su existencia puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

El procedimiento iniciado de oficio no se presta a la técnica del acto presunto positivo. El silencio aquí será siempre negativo. La Administración, al igual que en los procedimientos iniciados a instancia de parte no está exenta del cumplimiento de la obligación de resolver expresamente.

Pero el silencio administrativo negativo, tiene distintos efectos:

En caso de que no resolviera expresamente, si se trata de procedimientos, que aun siendo de oficio, el peticionario podrá entender desestimada su pretensión, si no resuelve la Administración expresamente dentro de plazo la petición.

---

<sup>111</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R: Curso de Derecho Administrativo I. 13ª edición. Ed. Thomson Civitas.

<sup>112</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J: Principios de Derecho Administrativo General.

Si por el contrario se trata de un procedimiento de oficio del que van a derivar perjuicios para determinadas personas (procedimiento sancionador), la no resolución dentro de plazo supone la caducidad del procedimiento.

El tratadista colombiano Penagos es del criterio de que:

*“El silencio de la administración, como erróneamente se ha creído, no constituye un –Acto Administrativo-, a ello se preguntaría en dónde está la manifestación de la voluntad, el órgano competente que se expresa, el contenido, la forma o procedimiento, y menos podría de hablarse de un fin general o de servicio público, ante la abstención de la administración.*

*El silencio administrativo, en sus aspectos negativo y positivo, tiene un valor jurídico que no se lo otorga la administración, sino la ley que sanciona la inactividad o morosidad de la administración.”<sup>113</sup>*

*El Profesor español Jesús González Pérez, señala que el silencio administrativo, debe entenderse como una presunción legal, una ficción que la ley establece, a favor del administrado, bien sea que se consideren resueltas favorablemente las peticiones; y en silencio negativo lo habilita para interponer los recursos procedentes.*

*Por lo anterior, no es correcto hablar de –Actos Administrativos Tácitos pues no ha habido manifestación de la voluntad administrativa”.<sup>114</sup>*

*“El silencio administrativo debe entenderse como una presunción legal, presunción que la ley establece merced a la cual “se habla callando”, porque sin decir nada se está, sin embargo, diciendo bastante”*

## **2.6. Formatos para petición del silencio administrativo**

En el Ecuador y su legislación, no se evidencia un formato preestablecido para el inicio de una acción o una solicitud de silencio administrativo, se lo efectúa como una demanda ante la instancia administrativa o judicial pertinente.

---

<sup>113</sup> PENAGOS, Gustavo. La Administración Pública.

<sup>114</sup> PENAGOS Gustavo, obra citada, página 174.

Es así que se establece la similitud de cualquier tipo de demanda, pues no se ha estipulado un formato para que sea presentado a los órganos de la administración que deberán emitir el pronunciamiento.

Entre las disposiciones legales que hacen efectiva la protección a los derechos de los administrados en el ordenamiento legal ecuatoriano se cuenta con el Recurso de Acceso a la Información instituido por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), el mismo que tiene similitud con la petición de silencio administrativo, instaurado en el artículo 22 de esta Ley, procedimiento que podría ser adoptado como referente para la petición de silencio administrativo, puesto que se origina en la negativa de una entidad obligada a entregar información, no tiene conexión directa con ella y en este sentido, no se requiere agotar la vía administrativa para interponer el petitorio ante el juez, similitud con el silencio administrativo.

Según el mencionado artículo 22, el “Recurso de Acceso a la Información”, contendrá:

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

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

Podría ser el procedimiento adecuado para la presentación de la petición de silencio administrativo, al no haber dentro de la legislación ecuatoriana un formato para el efecto.

La legislación peruana, el 2 de junio de 2007, promulgó la “Ley del Silencio Administrativo”, en cuyo artículo 3 se establece el formato de la declaración jurada de solicitud de silencio administrativo,<sup>115</sup> cuyo texto es el siguiente:

---

<sup>115</sup> Ley No.29060. promulgada el 28 de junio de 2007, Lima – Perú

"FORMATO DE DECLARACIÓN JURADA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO" -  
LEY N° 29060

Lugar y Fecha

Sumilla:

Solicito Aplicación del Silencio Administrativo Positivo - artículo 3° de la Ley N° 29060

Señores

*Indicar el nombre de la Entidad Pública*

*Indicar la dirección de la Entidad Pública*

Quien suscribe la presente

Persona Natural

Personal Jurídica

Apellidos y nombres

*En caso de persona natural o razón social en caso de persona jurídica*

N° documento identidad persona natural

N° RUC en caso de persona jurídica

Nombre del representante legal

*(llenar sólo en caso de personas jurídicas)*

N° doc. Identidad Rep. Legal

(.....)

.....

(Código de Provincia) - N° Teléfono

Teléfono de referencia

Expediente N°

DECLARO BAJO JURAMENTO

Que con fecha ....., presenté ante su Entidad mi solicitud requiriendo lo siguiente:

.....

Que habiendo cumplido con los requisitos y/o documentos establecidos para la tramitación del procedimiento citado y según la calificación..... que le corresponde:

De aprobación automática de conformidad a lo establecido en el art 31.2 de la Ley N° 27444 (1)

De calificación previa con Silencio Administrativo Positivo en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N° 29060, Ley del

Silencio Administrativo, la considero aprobada (2)

En tal sentido, presento mi Declaración Jurada con la finalidad de hacer valer mi derecho ante vuestra entidad o terceras entidades de la Administración Pública, constituyendo el cargo de recepción prueba suficiente de la aprobación ficta de mi solicitud o trámite iniciado.

Finalmente, declaro que la información y documentación que he proporcionado es verdadera y cumple con los requisitos exigidos, en caso contrario, el acto administrativo será nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 10° y 32° numeral 3 de la Ley N° 27444, encontrándome obligado a resarcir los daños ocasionados y a asumir la responsabilidad penal a que hubiere lugar conforme a lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 29060.

Atentamente

Firma del nombre de la persona natural o de representante de persona jurídica

Dirección: Ciudad --Provincia –Departamento

**CAPÍTULO III**  
**LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### 3.1. Obligaciones de la administración pública

Puede definirse a la administración pública como el conjunto de funcionarios que están ligados al cumplimiento de las funciones estatales: en los niveles operativos, técnicos y profesionales comprendidos en las tareas administrativas, así como los niveles especializados bajo sistemas independientes de carrera. Las características de las burocracias exitosas dependen de una burocracia profesional y meritocrática, capaz de gestionar las políticas públicas - durante momentos de transiciones de gobierno y períodos de crisis -.

Las funciones estatales deben tener asegurada la capacidad técnica, la neutralidad de la implementación pues facilita la implementación efectiva y eficiente de las políticas y limita la discrecionalidad en las decisiones del gobierno: y la continuidad de las políticas.

Los requisitos institucionales deberían basarse en principios meritocráticos para la contratación, promoción y destitución de los empleados públicos, con la suficiente autonomía técnica en el desempeño de las funciones.

La existencia de un sistema adecuado de gestión de talento humano, que promueva la planificación, la optimización de la organización, fomente la capacitación, desarrollo y desempeño: una adecuada remuneración; y gestione las relaciones labores, sociales y humanas.

Esto debe articularse con un sistema de información que supervise desde un enfoque funcional y fiscal la evolución de los recursos humanos.<sup>116</sup>

El Gobierno de la República, los poderes que lo conforman y los funcionarios que integran éstos, son responsables por la forma en que ejercen su función, así como por los actos que realizan en el ejercicio de ésta. Dicha responsabilidad trasciende al ámbito patrimonial, disciplinario, penal y civil.

Jurídicamente, el concepto de Administración Pública se usa más frecuentemente en sentido formal, el cual en palabras de Rafael Bielsa, no denota una persona jurídica, sino un

---

<sup>116</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/administración>

organismo que realiza una actividad del Estado. En este sentido, si decimos "*responsabilidad de la Administración*" se quiere significar que el acto o hecho de la Administración es lo que responsabiliza al Estado.

La Administración Pública está obligada a respetar los principios fundamentales del servicio público, para asegurar la continuidad, eficiencia y adaptación a todo cambio en el régimen legal o en las necesidades sociales que satisfagan, así como la igualdad de trato a los usuarios.

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede.

En la Administración Pública los funcionarios están obligados a actuar con apego a la ley (Principio de Legalidad Administrativa).

El servidor que en el desempeño de la función pública, por acción u omisión, culpa o negligencia, ocasiona trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados, se hace acreedor a sanción disciplinaria.

Todos los documentos de la Administración Pública son de carácter público y, por tanto, podrán ser consultados por los usuarios en el momento que lo consideren pertinente. Solo en casos excepcionales, algunos documentos tienen carácter confidencial.

En ningún caso, la Administración podrá negarse a recibir los documentos presentados por el usuario. Tampoco podrá negarse a imprimir el recibido o sello de recibido, en los documentos que se le presenten. La Administración deberá realizar las observaciones por escrito.

Es la acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos y a resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado. Es el conjunto de organismos encargados de cumplir esta función

La administración pública, como estructura orgánica, es una creación del Estado, regulada por el derecho positivo y como actividad constituye una función pública establecida por el ordenamiento jurídico nacional. Pero tanto la organización como la función o actividad

reúnen, además, caracteres técnico-políticos, correspondientes a otros campos de estudio no jurídicos, como los de la teoría de la organización administrativa y la ciencia política. Por lo tanto la noción de la administración pública dependerá de la disciplina o enfoques principales de estudio (el jurídico, el técnico o el político), en virtud de no existir, como ya lo hemos señalado, una ciencia general de la administración pública capaz de armonizar y fundir todos los elementos y enfoques de este complejo objeto del conocimiento.

La administración pública es la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco de derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política.

En los términos de la clásica definición de Charles- Jean Bonnin, formulada a inicios del siglo XIX, la Administración Pública es *“la que tiene la gestión de los asuntos respecto a las personas, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público”*.

La administración pública es parte del Poder Ejecutivo y se ve regulada por el derecho administrativo, tanto en su estructura y organización como en su actividad o funcionamiento. Sin embargo cabe aclarar que no todo el Poder Ejecutivo es administración pública y que la inserción de esta en el ámbito del poder ejecutivo no impide que también se ubique, en menor medida, en las esferas de los demás poderes del. En suma, no todo el Poder Ejecutivo es administración pública, ni toda la administración pública se sitúa en el área del Poder Ejecutivo.

Se puede entender la administración pública como el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socio-económicas de interés público trata de lograr los fines del Estado.

Marshall Dimock afirmaba *“La administración pública tiene relación con los problemas del gobierno, es que está interesada en conseguir los fines y los objetivos del Estado. La administración pública es el Estado en acción, el Estado como constructor”*.<sup>117</sup>

El Gobierno se sirve de la Administración Pública para realizar las funciones asignadas al Poder Ejecutivo. La Administración Pública, en consecuencia, sirve de soporte para asumir

---

<sup>117</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/administración>

las responsabilidades designadas al Presidente de la República, quien se apoya para ello directamente en las Secretarías y Dependencias del Estado.

La administración pública está caracterizada por atributos propiamente estatales. Dicha administración, por principio, es una cualidad del Estado y sólo se puede explicar a partir del Estado. Tal aseveración es aplicable a todas las organizaciones de dominación que se han sucedido en la historia de la humanidad.

Es el subsistema instrumental del sistema político compuesto por un conjunto de interacciones, a través de las cuales se generan las normas, los servicios, los bienes y la información que demanda la comunidad, en cumplimiento de las decisiones del sistema político. La Administración Pública constituye siempre un instrumento que, al menos formalmente, se encuentra al servicio de fines ulteriores: aquellos que una sociedad históricamente determina por medio de su instancia gubernamental y que considera como políticamente valiosos.

### **3.2. Elementos de la administración pública**

- Medios personales o personas físicas.
- Medios económicos, los principales son los tributos.
- Organización, ordenación racional de los medios.
- Fines, principios de la Entidad administrativa.
- Actuación, que ha de ser lícita, dentro de una competencia de órgano actuante.

### **3.3. Nueva gestión pública**

Son una serie de reformas administrativas que involucran una gestión por objetivos que usa indicadores cuantitativos, uso de la privatización, separación entre clientes y contratistas, la desintegración de instituciones administrativas tradicionales, el enfoque de estados como productor de servicios públicos, uso de incentivos en salarios, costos reducidos y mayor disciplina presupuestaria. Usa la evaluación como instrumento para mejorar el proceso.

La nueva gestión pública tiene cuatro métodos:

- La delegación de la toma de decisiones en jerarquías inferiores como agencias operativas, organismos regionales, gobiernos subnacionales pues éstos están más próximos al problema y tienen objetivos más claros.

- Una orientación hacia el desempeño que comienza desde los insumos y el cumplimiento legal hasta los incentivos y los productos.
- Una mayor orientación hacia el cliente bajo las estrategias de informar y escuchar al cliente para comprender lo que quieren los ciudadanos y responder con buenos servicios.
- Una mayor orientación de mercado, aprovechando los mercados o cuasi-mercados (a través de contratos de gestión y personal), la competencia entre los organismos públicos, el cobro entre los organismos y la externalización, mejoran los incentivos orientados al desempeño.

### 3.4. Personalidad y Responsabilidad del Estado

Al hacer alusión del Estado, no hay que entenderlo solamente como el *“Conglomerado social, jurídicamente organizado, asentado en un territorio que hace uso de un poder llamado soberanía”*<sup>118</sup>, sino también como una persona jurídica, sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones<sup>119</sup>.

En relación con las personas jurídicas, el Código Civil dispone en su artículo 564 inciso 1º lo siguiente: *“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”*

Al observar lo anterior, en esencia no se ha hecho ninguna distinción entre una persona jurídica y una persona natural, por cuanto una persona natural también es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y también puede ser representada judicial o extrajudicialmente.

No conforme con la definición del Código Civil, podemos decir que la personalidad jurídica, no es más que la atribución por el ordenamiento jurídico de derechos y obligaciones a sujetos diversos a los seres humanos, por tal razón existen solo en el derecho y por el derecho.

---

<sup>118</sup> Naranjo Meza, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas

<sup>119</sup> Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Constitucional, Editorial Temis, pág. 58

Sobre la naturaleza de las personas jurídicas del Estado han existido diversas teorías:

#### **3.4.1. Teoría de la Ficción.**

Cuyo exponente es Savigny. Se decía que las personas jurídicas son “*seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio*”. Pero se preguntaba cómo podía explicarse que una entidad no existe, que carece de voluntad, elemento esencial de un sujeto de derecho, tenga un patrimonio. De allí que se afirmara que más bien es el resultado de un derecho individual, el de asociación, en que cada una de sus integrantes conserva el dominio sobre lo que aporta.<sup>120</sup>

Sostiene esta teoría, que los sujetos jurídicos son única y exclusivamente, para fines jurídicos, creados por la ley, es decir, el sujeto no es en la práctica un sujeto. La persona moral según esta teoría es una unidad ideal, independiente de las personas físicas que la ponen de manifiesto en el mundo del derecho.<sup>121</sup>

#### **3.4.2. Teoría de la Negación.**

Cuyo exponente es Ihering, afirma que las personas jurídicas no existen como tales, por lo tanto la única realidad jurídica subjetiva posible, está en cabeza de los asociados o miembros de la misma.<sup>122</sup>

#### **3.4.3. Teoría de la Realidad.**

La idea central de esta tesis es que las personas jurídicas tienen una real y plena existencia, no sólo como expresión de la ley sino de la voluntad de quienes deciden conformarlas.

---

<sup>120</sup> Savigny, Friedrich Karl Von, Citado por Monroy Cabra, Marco Gerardo, Introducción al Derecho, Pág. 329, Naranjo Ochoa, Fabio; Derecho Civil Personas y familia, Pág. 256

<sup>121</sup> Savigny, Friedrich Karl Von, Citado Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. Pág. 31

<sup>122</sup> Von Ihering, Caspar Rudolf. L' Evolution Du Droit, citado por Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. Pág. 31.

Entidades con estructura y existencia propias, diferentes a la de sus miembros, las cuales, si bien no tienen un contexto físico, si pueden desprender sus caracteres de los convenios o normas que les dan su configuración; de aquí que el derecho las reconozca, acepte y les permita actuar en el tráfico jurídico.<sup>123</sup>

Señala el Doctor Fabio Naranjo Ochoa en su obra, lo siguiente:

*“...la persona colectiva real es un organismo en que las partes vivientes son los individuos que concurren a formarlo mediante la asociación. Ese organismo es tan real como cada una de sus partes y está dotado de un alma colectiva distinta de la de cada uno de sus miembros. Tanto el individuo como la agrupación tienen realidad de existencia, pero se diferencian en que aquél es una realidad biológica, en tanto que la agrupación es una realidad jurídica, en cuyo campo se mueve la voluntad. Tales personas o sujetos jurídicos, carentes de espiritualidad y corporeidad, son independientes y diferentes de los individuos que concurren a formarlos.”<sup>124</sup>*

#### **3.4.4. Teoría de la Dupla Personalidad**

Esta teoría expuesta por D' Alessio en Italia y por Otto Mayer en Alemania, inspirada en los principios del derecho natural, parte de una doble personalidad jurídica del Estado, en sus relaciones en el mundo jurídico. Personalidades, una de orden estrictamente político, emanada del ejercicio del poder y otra de orden económico, derivado de los asuntos de la hacienda o el fisco estatal.

La primera de las personalidades, por su mismo carácter de política, es propia del derecho público; donde el Estado actúa con criterios diferentes a los de los simples particulares, no puede ser objeto de obligaciones jurídicas. La segunda personalidad, esta es la emanada del fisco, sitúa al Estado en el mundo de las relaciones del derecho privado, permitiéndole todas las prerrogativas de los sujetos de aquel ordenamiento, es decir, ser sujetos de derechos y obligaciones. Él se sostiene, es la Caja o el tesoro, por lo tanto a partir de él, se

---

<sup>123</sup> Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. Pág. 32.

<sup>124</sup> Naranjo Ochoa, Fabio. Derecho Civil Personas y Familia. Pág. 256

producen las relaciones de orden civil y patrimonial del Estado. El fisco, por lo tanto, debe representarlo.<sup>125</sup>

Puede decirse que esta teoría es la empleada por nuestro Estado, puesto que el Estado ejerce actividades políticas y también actividades del orden económico, acorde con lo manifestado en la obra del Doctor Santofimio<sup>126</sup>, *“no es la actividad del Estado la que determina la naturaleza de la personalidad. Es la personalidad jurídica la que le permite ejercitar ampliamente cada una de sus funciones, entre las cuales pueden existir algunas que se asimilen a las de los particulares”*.

### 3.4.5. Teoría Del Órgano

Esta teoría pretende revivir la antigua teoría fisiológica de los poderes o teoría de los órganos según la cual, en su aplicación a la personalidad jurídica, significa que la personalidad del Estado se encuentra desdoblada en diferentes partes de su estructura. El Estado así visto, aparece como un organismo complejo, constituido de elementos que representan verdaderas unidades autónomas a través del cual se ejercen funciones.<sup>127</sup>

Ahora bien, al tener el Estado Personería Jurídica, es objeto de ciertas consecuencias como bien lo señala DUGUIT: *“la teoría de la personalidad jurídica del Estado permite a) someterlo a normas jurídicas, como cualquiera otra persona, y de explicar ciertas actitudes que toma con respecto a otros Estados o sus mismos súbditos; b) puede ser demandante o demandado; c) celebrar contratos; d) responder por los daños que produce; e) le otorga continuidad y perpetuidad, a pesar de sufrir cambios de sistemas o regímenes; f) permite comprender la estructura y naturaleza de los actos proferidos por los diversos órganos, en especial los administrativos.”*<sup>128</sup>

Es de destacar, que la Responsabilidad del Estado, se estructuró a partir de las actuaciones que realizaba éste –tomando como tal, si esas actuaciones les eran propias o no y si éste prestaba un servicio público o no-, dejando a un lado, que la responsabilidad patrimonial del

---

<sup>125</sup> Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez, 2a. Ed. Pág. 33.

<sup>126</sup> Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez, 2a. Ed. Pág. 33.

<sup>127</sup> Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez, 2a. Ed. Pág. 34.

<sup>128</sup> Duguit, León, Citado por Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Constitucional, Pág. 59

Estado es per se una consecuencia de la personalidad jurídica, puesto que el Estado, sujeto de derechos y obligaciones, tiene el deber de reparar por los daños que causen sus autoridades.

Así, el Estado es una Persona jurídica -bien sea que se acoja la teoría de la Ficción o de la Realidad o de la Dupla Personalidad o la del Órgano- y por tal razón, hay que entenderlo como un sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones, ya sea en el ámbito del Derecho Interno o del Derecho Internacional.

Al tener el Estado una personalidad jurídica, se ve enmarcado a una serie de consecuencias entre las cuales tenemos las siguientes:

- a) Somete al Estado al ordenamiento jurídico, correspondiéndole responder por las actuaciones de sus representantes;
- b) Explica al Estado como sujeto demandante o demandado, o contratista;
- c) Le otorga continuidad y perpetuidad, a pesar de sufrir cambios de sistemas o de regímenes;
- d) Permite comprender la estructura y naturaleza de los actos proferidos por los diversos órganos, en especial los administrativos.

En relación a la Responsabilidad patrimonial del Estado, ésta es una de las consecuencias de la personería jurídica, por cuanto, con el hecho mismo de ser una persona jurídica, se le impone al estado la carga de cumplir con la obligación de resarcir o indemnizar los daños ocasionados por sus autoridades, la misma Constitución ha establecido los elementos de ese daño, que sea antijurídico y que sea imputable al Estado por la acción u omisión de sus autoridades.

De igual manera se ha considerado, que la Personalidad Jurídica del Estado junto con las diversas teorías sobre el mismo, han sido unos temas de muchas controversias jurídicas y doctrinales, y aunque en apariencia dicho tema ha sido superado -incluso hasta olvidado, puesto que rara vez se tocan estos temas en las cátedras de las diversas áreas del derecho, en especial la de derecho público- no por ello pierde importancia su estudio, pues de ese hecho se derivan las razones o bases jurídicas del actuar del Estado, es decir, cuando un estado realiza un contrato o expide un acto administrativo, lo hace desde la esfera de que es un sujeto, y su voluntad la refleja o manifiesta mediante esos actos.

Así también según lo expresa el Profesor Roberto Dromi,<sup>129</sup> la existencia del Estado viene de la mano de todos aquellos atributos que lo constituyen como persona jurídica, posibilitando que adquiera derechos y contraiga obligaciones. Para ello debe recurrirse a una ingeniería jurídica que le adjudique voluntad, que le permita decidir y actuar, y le otorgue responsabilidad, exigiéndole responder por su accionar.

Conformado el Estado como una unidad compuesta de población, territorio, orden, poder y fin, es innegable su calidad de sujeto con personalidad política y jurídica, con realidad accidental por sobre la realidad sustancial individual. La personalidad jurídica del Estado reconoce como sustrato una personalidad preexistente producto de la realidad social. El Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico positivo y establece un orden normativo que otorga al ser político estatal el carácter de persona jurídica. Ella actúa y se desenvuelve en el orden existencial por medio de una estructura de órganos, representados por personas físicas (agentes), cuyos actos y hechos se imputan y atribuyen al Estado (persona pública mayor) o a sus entes descentralizados, entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etcétera, (personas públicas menores).

La personalidad jurídica del Estado surge directamente del ordenamiento constitucional, pues en este orden se concreta tal personalidad jurídica en el Código Civil y en el Derecho Procesal, que estatuyen la demandabilidad y responsabilidad estatal.

De todos modos, los tribunales no tienen necesidad de recurrir al Código Civil tratando de llenar vacíos dejados por la legislación, cuando la Ley Fundamental garantiza operativamente el respeto de los derechos del hombre en todo su espectro, tales como: la vida, la igualdad, la libertad, la propiedad y se coloca como sujeto procesal.

La personalidad jurídica de Estado es constitucional, única y pública, el Estado es persona jurídica por imperativo constitucional. La Constitución habla de Nación, República o Estado. Le asigna una forma de gobierno, un nombre o denominación, un domicilio o lugar de radicación, un modelo orgánico de representación, prerrogativas o competencias públicas, deberes jurídicos, calidad procesal de parte en juicio, un sistema de organización, conformando todos los atributos esenciales que definen al sujeto de derecho. Luego, el ordenamiento infraconstitucional, a nivel legal o reglamentario, ratifica esa calidad jurídica subjetiva, y el mismo Código Civil y la legislación procesal administrativa reiteran su

---

<sup>129</sup> DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 12a edición, Buenos Aires-Madrid-México, 2009, páginas 122-124

situación al tratar de la titularidad del dominio público, la cesión de créditos públicas, los privilegios del Estado sobre los bienes del deudor, la demandabilidad del Estado, etcétera.

Esa personalidad jurídica es única y siempre pública, aun cuando actúe en gestión de servicios públicos o en gestión de empresa pública, a pesar de que su actividad puede estar regulada por el Derecho público o el Derecho privado, según los casos.

El Estado como sujeto de derecho es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Debido a ello, la construcción jurídica del “*Estado persona*” produce los siguientes efectos jurídicos:

1. La continuidad o perpetuidad estatal, no obstante la transitoriedad de los gobiernos y la variabilidad de los regímenes políticos.
2. Las relaciones patrimoniales del Estado con otros sujetos de derecho (individuos, otros Estados, etcétera).
3. Las relaciones de poder y su exteriorización, a través de las distintas formas jurídicas del obrar público (ley, sentencia, actos de administración).
4. Acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el Estado y su consecuente deber reparatorio.
5. Las relaciones interadministrativas que se entablan entre distintos entes públicos, estatales y no estatales.
6. La intervención procesal del Estado en juicio, en calidad de parte demandante o demandada y en las actuaciones administrativas en calidad de “autoridad pública”.

El poder del estado, como medio de exteriorización de la voluntad pública, es ejercido por hombres que actúan por él. Sólo la persona humana puede accionar los resortes del poder y de la organización política mediante conductas que se imputan a la persona jurídica estatal.

El Estado carece de una voluntad autónoma a la potencia volitiva de las personas físicas (agentes públicos). Las distintas competencias estatales están asignadas a determinados órganos institucionales e individuales.

La atribuibilidad de los hechos y actos de las personas físicas a la persona estatal se explica a través de la relación orgánica, como vínculo jurídico indisoluble entre la institución y el individuo. En la relación orgánica no existen, como en el mandato y la representación, dos sujetos de derecho, sino un vínculo esencial y existencial entre el órgano jurídico

(competencia, cargo, institución, elemento objetivo y el órgano físico (persona, agente, individuo, elemento subjetivo).

El órgano integra la estructura del Estado; forma parte de él por el vínculo que se da entre el agente y el ente a través de un título jurídico legal, (por ejemplo, el presidente de la República –agente- es responsable político de la Administración Pública Nacional – ente- o negocial (por ejemplo: designación, elección, contratación). El órgano que se integra en la estructura del Estado es una unidad jurídica que comprende al titular y a la competencia.

La competencia pertenece al órgano, no a su titular. El titular la ejerce, pero no puede delegarla ni cederla como si se tratara de un derecho personal, dado su carácter de institucional.

Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. Forman la persona a que pertenecen –Estado-, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre el órgano y el Estado. La actuación procesal de los órganos, ya en calidad de parte, ya en calidad de autoridad administrativa, según se trate de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, respectivamente, es una actuación del Estado o de la persona pública de que se trate.

La imputación al ente de los actos de los agentes tiene lugar toda vez que lo hagan en ejercicio de la función, con o sin competencia.

Con criterio objetivo, para determinar la atribuibilidad al Estado de la actuación de los órganos físicos, se prescinde de la motivación psicológica del agente y se atiende objetivamente a lo que ha realizado “*en su apariencia externa*”, más allá de la legitimidad o no de lo actuado. Sería una contradicción considerar que sólo el acto legítimo pudiera imputarse al Estado, pues también el acto ilegítimo es actividad pública.

No es atribuible al Estado todo acto de la persona física, pues sí fuera así la individualidad del titular del órgano se confundiría con la estatal. Los individuos agentes públicos conservan intacta su personalidad. Sólo una determinada actividad de ellos es atribuida al Estado, aquella actividad prevista en el ejercicio de la función.

La responsabilidad del Estado deriva de su personalidad. Tiene lugar cuando los actos y hechos emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones que les causen un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

La responsabilidad del Estado es, en suma, una consecuencia jurídica obligada de su personalidad. Los actos que se le atribuyen son los que realizan los llamados órganos individuales (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad del Estado. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho. La incorporación orgánica subjetiva (persona física) al cargo (órgano jurídico institucional) se hace por alguno de los títulos jurídicos que generan la relación de empleo público. Esa conjunción orgánica pone en movimiento el aparato estatal como sujeto y, en tal carácter, como titular de derechos y deberes, se exige consecuentemente, un sistema de responsabilidad (casos, tipos, fundamento, alcance y procedimiento o vías procesales de responsabilidad).

La responsabilidad del Estado tiene lugar toda vez que una persona sufre un daño –material o moral – causado directamente por agentes estatales. Al Estado se le imputan los daños y perjuicios ocasionados por sus órganos individuales. No hay normas jurídicas específicas que determinen cuáles son los requisitos para que se produzca esa responsabilidad. En algunos casos, se exige que la conducta dañosa sea culpable (responsabilidad subjetiva) y en otros prescinde de tal dato subjetivo (responsabilidad objetiva).

En la medida en que la Administración ha incrementado el campo de sus potestades y a fin de asegurar los derechos de los particulares, el régimen de la responsabilidad del Estado se ha ido fundando en un factor de atribución objetivo, dejando de lado el reproche subjetivo como base del resarcimiento. No interesa si existió dolo o culpa del agente. Basta con el perjuicio objetivo sufrido por el administrado frente a prestaciones irregulares de los servicios administrativos, o por imponerle una carga o sacrificio especial.

En algunos casos el daño es físico y en otros moral. En ambos casos debe ser apreciable en dinero. La lesión a intereses jurídico-patrimoniales o extra patrimoniales obliga al resarcimiento.

La responsabilidad debe cubrir cualquier clase de bienes o derechos lesionados. La extensión y el contenido de la responsabilidad extracontractual del Estado se relacionan con el Estado social de derecho, que arbitra técnicas de garantía para todos los derechos de los administrados.

En principio, el Estado debe ser responsable solidariamente con los titulares de los órganos, funcionarios o agentes, por las acciones y omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones.

La aplicación de distintos aspectos de un mismo ordenamiento jurídico no quiere decir que la personalidad del actuante se divida o multiplique en razón de aquéllos. Las que se multiplican son las competencias del Estado, las actividades de diversa índole que despliega, pero no su personalidad. El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica, es siempre uno, aunque sus relaciones sean diversas. Lo mismo ocurre con la persona física, que tiene una única personalidad, pero diversidad regulatoria: civil, comercial, laboral, administrativa, penal, etc., por la que un mismo sujeto se adjetiva de mayor, menor, soltero, casado, comerciante, empleado, contribuyente, administrado, usuario, imputado, etcétera.

### **3.5. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

#### **3.5.1. Carácter normativo y superior de la Constitución**

**Constitución** es un término que procede del latín *cum con* y *statuere* establecer. Es la norma fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada para regirlo. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno y organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. También garantiza al pueblo sus derechos. La mayoría de los países tienen una constitución escrita.

Cuando se habla de Constitución, sin embargo, se entiende el conjunto de normas supremas que rigen la organización y el funcionamiento de un Estado. Son normas jurídicas, no una situación de hecho, que generan derechos y obligaciones. Desde el punto de vista jurídico, el concepto que más interesa es el segundo.

Todo Estado, sea de la forma que fuere, tiene una Constitución, y ya sabemos que ésta es la ley fundamental; es el fundamento o basamento de todas las leyes existentes dentro de su territorio, y si estamos hablando de una ley fundamental, es obvio que estamos, a la vez,

aceptando la existencia de otras leyes que le están sometidas, y tiene que ser así, si una es fundamental las otras encuentran “la razón de ser de su existencia en la primera”.

El ordenamiento jurídico está integrado solamente por normas jurídicas válidas; las normas inválidas están fuera del Derecho. Para establecer si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico hay que pasar de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental. De este modo todas las normas están vinculadas directa o indirectamente con la norma fundamental que es la que da validez y unidad al complejo y enmarañado ordenamiento jurídico. Por eso, la norma fundamental se coloca, al estilo kelseniano, en el vértice del sistema, porque con ella se relacionan todas las otras normas.

En este sentido es acertado el razonamiento de Bobbio, cuando expresa: *"La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma a un ordenamiento, en otras palabras, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos llevan a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertinencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental"*.

Si la norma fundamental del ordenamiento positivo es la Constitución y si toda norma se fundamenta en otra norma superior, hay que preguntarnos ¿en qué se basa la norma fundamental? La respuesta no la podemos encontrar en el ordenamiento positivo, dentro de él la norma fundamental no tiene fundamento porque si lo tuviera dejaría de ser fundamental, ya que habría una norma superior de la cual dependería. La respuesta a esta pregunta hay que buscarla fuera del ordenamiento jurídico. Muchas son las respuestas que se han dado para formular una norma superior que fundamente a la fundamental y descubrir un poder superior al Poder Constituyente, que sería la verdadera fuente de todo poder.

La Constitución es la norma suprema que rige la vida de una sociedad políticamente organizada, es decir, de un Estado. En ella se definen los principios sobre los cuales se constituye y las características que tendrá su organización. En el caso del Ecuador, en el primer artículo de la Constitución del 2008, se dice que: *"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"*. Se establecen así las bases sobre las cuales debe construirse toda la vida

de la república que, legalmente, debe regirse por la propia Constitución, más las leyes, reglamentos y demás normas, que no podrán contradecir el texto constitucional.

La misma Carta Magna consagra la supremacía de la Constitución, lo dice claramente en el artículo 424: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”*.

En la historia se pueden encontrar varios tipos de constituciones, por su origen. Las constituciones otorgadas, que generalmente corresponden a las monarquías, en las que el rey, como soberano, otorga las normas que rigen el Estado y su relación con los súbditos. Las constituciones impuestas, en las que el Parlamento impone las normas que el monarca y los súbditos deben acatar. La constitución pactada no es emitida de manera unilateral, ni es impuesta, surge de la voluntad de dos o más agentes que pactan su contenido. Se basan en la teoría del pacto social. La Constitución aprobada por la voluntad del pueblo soberano tiene su origen en la sociedad, la que se manifiesta, generalmente, en una asamblea cuyos integrantes surgen de las fuerzas sociales y políticas. Este último es el caso del Ecuador.

Por emanar de la voluntad popular y fijar las bases del Estado, una Constitución no responde a realidades momentáneas o coyunturales, sino que se fundamenta en valores, principios y disposiciones, que puedan sustentar la vida y organización del Estado por largo tiempo, dándole a la sociedad la estabilidad que necesita para su crecimiento y desarrollo. Por eso, reformar la Constitución no es fácil y su propio texto contiene las condiciones y métodos para hacerlo. En la nuestra, el artículo 441 es claro. Solo se pueden hacer enmiendas que no alteren la estructura, carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezcan restricciones a los derechos y garantías y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución. Y solo pueden hacerse en referéndum solicitado por el presidente o por los ciudadanos en un número no inferior al 8% del registro electoral, o por iniciativa de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, en dos debates, con un intervalo de un año entre uno y otro, y con la aprobación de al menos las dos terceras partes de sus miembros.

De manera que para tomar decisiones o actuar, contradiciendo las disposiciones constitucionales, es necesario primero reformarlas y para eso hay un proceso inalterable que seguir. En todo caso, siempre los legisladores deben tener claro que no se puede y no se debe legislar o modificar la Constitución por razones coyunturales.

## **CAPÍTULO IV**

### **COMPARACIÓN DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE SILENCIO ADMINISTRATIVO**

#### 4.1. El Silencio Administrativo en Colombia

Previamente a abordar el silencio administrativo en Colombia, es importante recordar que en dicho país el derecho de petición se encuentra garantizado en el artículo 23 de la Constitución Colombiana que consagra el derecho de petición, otorgando a las personas la posibilidad de impulsar la actividad del Estado y a obtener pronta respuesta.<sup>130</sup> Sin embargo, ante la falta de respuesta por parte de las autoridades administrativas dentro del término establecido, se configura el silencio administrativo con el fin de asegurar no sólo el derecho constitucional de petición, sino también el acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución).

El silencio administrativo, en sus vertientes negativa y positiva, se encuentra regulado en el Código Contencioso–Administrativo promulgado mediante Decreto 01 de 1984<sup>131</sup> y modificado por el Decreto 2304 de 1989.<sup>132</sup> El primero surge cuando transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de una petición o dos meses contados a partir de la interposición del recurso de apelación o reposición no se notifica decisión alguna (artículos 40 y 60, primer párrafo).<sup>133</sup> El segundo se produce solamente cuando la ley lo prevé (artículo 41). Así, la regla general es entender como respuesta negativa lo pedido o solicitado y, solo en los casos previstos en la ley, es posible entender que la administración ha adoptado una decisión de carácter positivo.

Así también en el Código Contencioso Administrativo, se sanciona la abstención o negligencia de la administración en no responder con los efectos de un acto administrativo negativo o positivo, aquel derecho de petición lleva consigo la posibilidad de acudir ante la administración y obtener respuesta dentro de los términos establecidos en la Ley este derecho fundamental se encuentra previsto dentro del título II, capítulo I de la carta Política. La omisión en que incurre la autoridad al no responder las peticiones con la prontitud necesaria es una violación al derecho y trae consigo la responsabilidad

---

<sup>130</sup> Artículo 23.- 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.

<sup>131</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 36.43 del 10 de enero de 1984.

<sup>132</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 39.013 del 7 de octubre de 1989.

<sup>133</sup> El plazo previsto en el artículo 60, se interrumpe “mientras dure la práctica de pruebas” (segundo párrafo).

En el silencio negativo, pese al tiempo transcurrido y existiendo la posibilidad para el administrado de acogerse al silencio administrativo, la autoridad no está impedida de resolver la petición o el recurso mientras no se haya hecho uso de los recursos en la vía gubernativa o se haya acudido ante la jurisdicción contencioso–administrativa (artículos 40 y 60, segundo y tercer párrafo). Por otra parte, el administrado puede acudir en cualquier momento a la jurisdicción contencioso–administrativa (artículo 136 inciso 3), asistiéndole la carga de la prueba al accionante, quien deberá probar el silencio con la copia de la petición inicial o del recurso debidamente radicado por la administración, según sea el caso (artículo 139).

Respecto al silencio positivo, el interesado debe cumplir el procedimiento para invocarlo, esto es, debe protocolizar la constancia o copia del escrito mediante el cual formuló su petición, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto (42 primer párrafo). La escritura y sus copias producirá todos los efectos legales de la decisión favorable, siendo deber de todas las personas y autoridades reconocerla como tal (artículo 42 segundo párrafo). Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico (parte *in fine* del artículo 42).

De acuerdo con lo expuesto, la consagración del silencio administrativo por no responder la administración oportunamente las peticiones es un privilegio del administrado frente a la entidad estatal para protegerlo de la indefinición en el tiempo de una respuesta a la que tiene derecho obtener en forma oportuna y, de esta manera, estar habilitado para acudir directamente a la jurisdicción como resultado de la aplicación de la regla general del silencio administrativo, con efecto negativo, o materializar el derecho que le asiste, si es en sentido positivo.

En esa perspectiva, la Corte Constitucional colombiana, al examinar la constitucionalidad del silencio administrativo, contemplado en los artículos 40 y 41 del Código Contencioso–Administrativo, señaló que:

*“...el legislador tenía que ofrecer a las personas los mecanismos idóneos para que, pese al incumplimiento del deber de las autoridades, pudieran encontrar respuesta positiva o negativa en torno a lo pedido”.*

Y, por supuesto, bien podía la ley, sin violentar la Constitución, señalar efectos jurídicamente valiosos al silencio administrativo, en relación con el contenido de lo que el peticionario

pretendió al formular la petición. Por eso, la consecuencia positiva o negativa del silencio depende de la libre evaluación del legislador, dentro del ámbito de sus atribuciones constitucionales. Que haya acudido a instituir la figura del “*acto presunto*”, negativo en unos casos para dar lugar a los recursos y acciones pertinentes, y positivo en otros, para fundar directamente la certeza del peticionario acerca de aquello que reclamaba, no se opone a la Carta Política, en cuanto ni anula ni disminuye el núcleo esencial del derecho de petición.

Lo que consagran las normas acusadas es, entonces, el “*efecto*” que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general, al tenor del artículo 40, o positivo, según el 41, para los casos expresamente previstos en disposiciones legales, y de ninguna manera la tolerancia legislativa frente a las omisiones que implican desconocimiento del derecho fundamental de petición, ni la autorización a la administración para abstenerse de responder oportunamente y, menos todavía, la exoneración de su responsabilidad por el incumplimiento del deber que se le impone, ni el cercenamiento del derecho que a toda persona otorga el artículo 86º de la Constitución para defender la esencia del derecho fundamental mediante la acción de tutela.

Estas disposiciones, lejos de perjudicar al peticionario, buscan hacer efectivo su derecho a obtener pronta contestación respecto de sus solicitudes, procurando que, mediante una definición hecha por la propia ley—la falta de la respuesta administrativa—, sepa con certeza si sus pretensiones han sido concedidas o negadas, para que pueda obrar de conformidad en defensa de los intereses particulares o generales que lo animan.”<sup>134</sup>

En ese orden de ideas, el silencio administrativo busca preservar los derechos o intereses de quienes se dirigen a la administración a través de peticiones, reclamaciones o recursos, y encuentra fundamento constitucional en principios como el de la seguridad jurídica, celeridad y eficacia, al no tener que esperar de manera indefinida la decisión de la entidad pública.

El Consejo de Estado a lo largo de la historia ha dado diferentes interpretaciones a la figura del silencio administrativo en cuanto a su naturaleza jurídica.

En primer lugar, una parte importante de la jurisprudencia de dicho órgano, sostiene que el silencio administrativo da origen a un “acto administrativo ficto o presunto” el cual se

---

<sup>134</sup> Sentencia C-304/99, del 05 de mayo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 (parcial), 40 y 41 (parcial) del Decreto 01 de 1984, fundamento jurídico nro. VI.2. <[http://www.corteconstitucional.gov.co/.](http://www.corteconstitucional.gov.co/)> [consulta: 8 de abril del 2009].

configura como un mecanismo para que la persona pueda acudir a la jurisdicción y cuyo propósito es otorgar una *“protección debida al administrado frente a las omisiones de la administración, la cual constituye una herramienta concreta que le permite accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración, que precisamente no se ha producido, sino contra el acto que la ley presume”*,<sup>135</sup> es decir existe una decisión administrativa; lo anterior se reafirma al aplicar el contenido del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo relacionado con la demanda de nulidad sobre actos administrativos a la pretensión buscada con el silencio administrativo negativo, llegando el Consejo de Estado a sostener la obligación de demandar la decisión administrativa proveniente de la petición inicial, así como su confirmatorio, aun cuando este último provenga del silencio administrativo, llegando a inhibirse de definir de fondo el litigio cuando la parte interesada omitió demandar la nulidad del acto presunto y en el mismo caso se procede si no se demandan los actos fictos o presuntos con efectos negativos que operan frente a los recursos.<sup>136</sup>

En segundo lugar los que no comparten la anterior tesis, sostienen que el silencio administrativo es una *“ficción legal”*, ya que no puede considerarse como acto administrativo, porque no surge estrictamente acto alguno, teniendo en cuenta que no encierra una manifestación de voluntad de la administración, cuando precisamente la falta de la misma, fue la que originó la ocurrencia del silencio y que el mismo tiene como finalidad abrir las puertas al administrado para acudir en vía judicial, o dicho en otras palabras el silencio administrativo es una habilitación para acudir al órgano jurisdiccional.<sup>137</sup>

Para los partidarios de la misma, la demanda que se instaure no debe someterse al artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, ni solicitarse la nulidad de un acto inexistente originado en el silencio administrativo negativo *“(…) caso en el cual el juez contencioso administrativo no debe inhibirse para fallar el fondo del asunto, incluso si se llegare a aplicar de manera estricta el artículo 138 del C.C.A., circunstancia en que el actor simplemente tendrá que alegar su ocurrencia (...)”*, como tampoco solicitar la configuración o declaratoria

---

<sup>135</sup> Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia 5887 del 11 de mayo de 2000. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>136</sup> Consejo de Estado. Sección primera, Sentencia 28 de julio de 1994.

<sup>137</sup> Consejo de Estado Sección tercera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, expediente 13.076. Consejero Ponente: doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sec. Segunda. Sentencia 9351 de febrero 9 de 1996; Sección primera. Sentencia 4774 del 5 de marzo de 1998. C.P.: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz

del silencio donde su principal fin es que el juez se pronuncie de fondo sobre aquellas situaciones jurídicas respecto de las cuales la administración omitió pronunciarse.<sup>138</sup>

La jurisprudencia pasó de considerar que la demanda del silencio administrativo implicaba la declaratoria de nulidad del acto presunto, a afirmar que la pretensión debe ir encaminada a la declaratoria de la ocurrencia del mismo, para que sea la jurisdicción contenciosa administrativa quien entre a suplir la falta de respuesta de fondo de la administración.

En el código contencioso administrativo no se señala como requisito ni presupuesto legal de actividad, para que se dé el silencio administrativo, que se comine a la administración pública a resolver la petición o el recurso, tampoco se exige la denuncia de la mora para que se pueda considerar desestimada la petición o el recurso, ni se imposibilita para recurrir a la acción de tutela en procura de una respuesta.

Habrán lugar a la configuración del silencio administrativo y del correspondiente acto administrativo presunto o ficto para unos y para otros la ficción legal en todos aquellos casos en que la administración no resuelva o no decida el fondo de la petición que le ha sido elevada, o cuando la respuesta resulte puramente formal o de trámite, es decir, sin responder de fondo el objeto de la petición o cuando expedida la decisión, la misma no se notifica en la forma y con el lleno de los requisitos legales (Arts. 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo), ya que la irregularidad o falta de notificación impide que se den los efectos legales respecto del acto administrativo que se profiere. Por lo tanto solo las respuestas que decidan el fondo de la petición, solicitud o recurso y que se hubieren notificado en debida forma impiden que se configure el silencio administrativo.

Esta figura tiene dos importantes clasificaciones conocidas, como negativa o positiva, pero por regla general se debe entender como respuesta negativa de lo pedido o solicitado y solo en los casos especialmente previstos en las leyes, ante el transcurso del tiempo sin que se haya notificado decisión alguna que resuelva el fondo de lo pedido, será posible entender que la administración ha adoptado una decisión de carácter positivo con esa petición, tal como lo establece el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo.

---

<sup>138</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 0130\_02 de noviembre 21 de 2002. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

La figura del silencio administrativo negativo obra en primer lugar con la petición inicial y que da lugar a la configuración del silencio administrativo inicial o sustancial (Art. 40 C.C.C.), cuando no se notifica decisión que la resuelva o en segundo lugar en relación con los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa contra actos administrativos previos y no se notifique decisión expresa, caso en el cual se denomina silencio administrativo adjetivo o procesal (no se debe olvidar que el artículo 73 del C.C.A. señala que la petición relacionada con la revocatoria directa de un acto administrativo, no da lugar a la configuración del silencio administrativo).

El silencio administrativo inicial o sustancial obra sin necesidad de declaratoria judicial cuando ha transcurrido un plazo de tres (3) meses contados a partir de la petición sin que se haya surtido la respectiva notificación a la respuesta, es decir, significa que no se configura de manera automática, por el solo vencimiento del plazo establecido como requisito para su configuración, ya que será a voluntad del peticionario determinar su efectiva configuración de acuerdo a las acciones que él realice.

En un primer caso podrá esperar a que la administración se pronuncie mientras esta tenga la competencia, o en un segundo caso dejar de esperar y dar por configurado el respectivo silencio, ya porque hubiere procedido a interponer en debida forma los recursos pertinentes en la vía gubernativa contra el correspondiente acto ficto o presunto o contra la ficción legal según sea la posición, caso en el cual la administración pierde la competencia para pronunciarse sobre la petición inicial en cuanto va a resolver el o los correspondientes recursos que se hayan interpuesto por el factor temporal,<sup>139</sup> o por otro lado porque hubiere procedido a demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa de acuerdo a lo estatuido en el artículo 135 inciso 2 del Código Contencioso Administrativo “El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa “caso en el cual la administración no podrá pronunciarse sobre la petición inicial a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y corresponderá definir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

La ley señala para las peticiones iniciales por regla general dos (2) plazos diferentes. En un primer lugar de quince (15) días para que la autoridad a la que se destinó la petición brinde

---

<sup>139</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia mayo 20 de 1999, expediente 5267. Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Sección Primera. Agosto 26 de 1999, expediente 5384. Consejero Ponente: Doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

respuesta, y por otro lado, un término mínimo de tres (3) meses para que pueda operar el silencio administrativo negativo sustancial.

El objeto del silencio administrativo negativo como se dijo anteriormente es abrir al recurrente la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional.

El denominado silencio administrativo adjetivo procesal regulado por el artículo 60 del C.C.A. por regla general, requiere el vencimiento de un plazo de dos (2) meses que se inician a computarse a partir de la interposición en debida forma, en vía gubernativa, del o de los recursos correspondientes contra un acto administrativo previo de carácter expreso, sea acto presunto o ficto o la llamada ficción legal, sin que durante ese plazo la administración hubiere proferido y notificado, decisión expresa que resuelva o decida dicho recurso o recursos tal como lo señala el artículo 60 del C.C.A.

La excepción para que el mencionado tiempo se interrumpa es la que se consagra en el inciso 2 del artículo 60 "*mientras dure la práctica de pruebas*".

El artículo en mención señala que la ocurrencia de este silencio no impide que la autoridad competente resuelva el recurso mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se haya admitido la respectiva demanda y se haya notificado el auto admisorio de la demanda, y si por el contrario la autoridad competente resuelve los recursos, ocurrirá el agotamiento de la vía gubernativa.

Esta figura surge por ministerio de ley no de manera automática sino a voluntad del recurrente ya que él podrá continuar esperando a que la administración resuelva algún día el o los recursos interpuestos en sede administrativa contra el acto administrativo previo, ya que esta continúa con el deber legal de responder dicho recurso caso en el cual el acto impugnado por no estar en firme, carece de su carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos o por otro lado podrá una vez vencido el término de dos (2) meses, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar, la cual se podrá realizar en cualquier tiempo ya que la acción respectiva no se encuentra sometida a término alguno de caducidad.

Se puede concluir que el silencio administrativo es una figura importante en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual necesita por parte del legislador modificaciones importantes en cuanto al silencio administrativo negativo ya que es el más complejo y el que contempla desde el punto de vista normativo y de razonabilidad discordancias ya que presenta

diferentes matices dependiendo desde la óptica que se le mire, lo cual conlleva que al momento de valorarlo se den diferentes opiniones. A su vez no es aceptable señalar que el silencio administrativo no es un acto administrativo, pero permitir su control en sede judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad esencial es precisamente la de definir la legalidad de los actos administrativos genera trastornos en el ámbito jurídico y jurisprudencial tal como viene ocurriendo y que en un Estado Social de Derecho, tal como está constituida dicha figura no garantiza la efectividad sustancial del derecho de petición, vulnerando el principio constitucional fundamental del debido proceso que debe guiar la actuación administrativa, vulnerando de la misma forma el principio de igualdad que deben tener los administrados ante las autoridades, el de economía, celeridad, publicidad y el acceso a la administración de justicia.

#### **4.2. El Silencio Administrativo en España**

Con la promulgación de la Constitución Española, la técnica del silencio administrativo adquirió mayor significación ya que observaba que cuando la inactividad de la administración se produjera esta quedará sometida al control de los órganos judiciales. Los efectos jurídicos que nacen del incumplimiento de la obligación de resolver en el plazo máximo establecido, constituye un hecho importante introducido en los que se refiere al silencio administrativo.

Para el nacimiento de un acto presunto como consecuencia de la inactividad formal de la administración tiene lugar tras el cumplimiento de requisitos, así en los procedimientos en virtud de solicitudes formuladas por los interesados, el silencio administrativo negativo se producía por el inicial transcurso de tres meses, en cambio el silencio positivo se originaba de forma automática, sin necesidad de denunciar la mora, por el simple transcurso de tres meses.

En España el sentido por defecto del silencio administrativo es estimativo, aunque en la práctica, hay tantas excepciones, que casi nunca se da. Sin embargo, es muy importante el silencio estimativo en el caso de procedimientos sancionadores. En este caso, si la Administración pública no responde en tiempo y forma a un recurso administrativo, se le da la razón al administrado, y la sanción se tiene por no puesta. El silencio administrativo se regula en los artículos 43 (a instancia de interesado) y 44 (oficio) de la Ley 30/1992.

Que un acto sea expreso o presunto, la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación (art. 42.1 Ley 30/1992). El art. 42 Ley 30/1992 impone plazos obligatorios para la notificación de las resoluciones. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, que no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (art. 42.2 Ley 30/1992). Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. El plazo en los procedimientos iniciados de oficio se contará desde la fecha del acuerdo de iniciación y, en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (art. 42.3 Ley 30/1992).

En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución expresa que la Administración debe dictar.

Los interesados podrán entender estimadas, por silencio, sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

El silencio no es estimatorio en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el Art. 29 de la Constitución española de 1978 ni aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.

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

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

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

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

La Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (LRJPAC), utilizó la terminología de “actos presuntos” para referirse al silencio administrativo.

Posteriormente, la Ley 4/1999 modificó esta expresión recobrándose el término “silencio administrativo”, tal como se consagraba en la Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio del 1958.<sup>140</sup>

Así, el silencio administrativo negativo no se entendió como un “acto presunto” pues no había propiamente un acto, sino que era la simple ausencia del acto la que provocaba determinados efectos jurídicos. En cambio, el silencio administrativo positivo sí se consideró como un acto administrativo, el cual, aunque presunto, generaba efectos jurídicos.<sup>141</sup>

Según el artículo 43 de la LRJPAC, el silencio administrativo positivo tiene a todos los efectos la consideración de un acto administrativo finalizador del procedimiento. El silencio

---

<sup>140</sup> Con relación al silencio, administrativo el Defensor del Pueblo de España en el Informe a las Cortes Generales de 1984 señaló que “la Administración Pública en el ámbito local tiende con gran facilidad a no contestar los escritos presentados por los ciudadanos, excusándose en el instrumento jurídico del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y forzando a los ciudadanos a acudir al Contencioso-Administrativo”. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe a las Cortes Generales*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General (Dirección de Estudios) Serie Informes. 1984

<sup>141</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA. *Informe Especial: El régimen jurídico de plazos preclusivos para la impugnación del silencio administrativo*. Navarra: Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad de Navarra. Julio, 2008, p.17.

administrativo negativo tiene distinto efecto jurídico por cuanto “sólo permite a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso– administrativo que resulte procedente”. Por tanto, este último presupone una contestación que posibilita su impugnación pero no impide la emisión de una resolución expresa tardía con efectos positivos por parte de la administración, que no se encuentra vinculada a los efectos del silencio negativo.

Ahora bien, conforme a la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa (LJCA), ante la desestimación presunta de recursos administrativos o, en su caso, directamente frente a actos que ponen fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso– administrativo ante la jurisdicción de este orden. Según el artículo 46º.1 de la ley en referencia, frente al silencio administrativo, el plazo de impugnación es de seis (6) meses y se computa a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la normatividad específica, se produzca el silencio.<sup>142</sup>

Bajo este marco legal, transcurrido el plazo indicado, el recurso administrativo o jurisdiccional ha de ser declarado inadmisibile por extemporáneo, adquiriendo el silencio administrativo la calidad de firmeza. Este régimen jurídico ha sido criticado por la doctrina española por generar indefensión en los ciudadanos, al impedirles injustificadamente el acceso a la jurisdicción y la defensa de sus intereses, y por alentar a la Administración a incumplir su deber de resolver expresamente, propiciando su ineficiencia.

Avalando estas críticas, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado una doctrina a favor de la inexistencia de plazos para interponer recursos frente al silencio administrativo, generando que el artículo 46 carezca de operatividad. En efecto, el Supremo Intérprete de la Constitución española ha establecido que:

*“El silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal (...) de aquí que si bien en estos casos puede entenderse que el particular para poder optar por utilizar la vía de recurso ha de conocer el valor del silencio y el momento en que se produce la desestimación presunta, no puede (...) calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera*

---

<sup>142</sup> No resulta ocioso señalar que la LJCA de 1956 establecía el plazo de un año para interponer el recurso contencioso–administrativo, contra el silencio de la Administración (artículo 58.2).

*cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. (...)*

*El incumplimiento por parte de la (...) demandada de su obligación legal de resolver de forma expresa (...), de un lado, y de la obligación de comunicar— precisamente por esa falta de respuesta administrativa—la necesaria instrucción de recursos, de otro lado, ha supuesto que la Administración se beneficie de su propia irregularidad, por lo que (...) no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales.”*

*“Es absolutamente inaceptable que una Administración pública, que debe actuar ‘con sometimiento pleno a la ley y al Derecho’ (art. 103.1 CE), desatienda, primero, el cumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos y, sin embargo, manifieste luego un extremado celo en la exigencia de éstos, pues ninguna pretendida eficacia administrativa puede justificar el desconocimiento de uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico: el valor justicia (art. 1.1 CE).”<sup>143</sup>*

En este contexto, la Defensoría del Pueblo de Navarra, concluyó que:

*“4...el sistema de plazos preclusivos alienta a las Administraciones Públicas a incumplir su deber de resolver expresamente y, por ende, propicia una Administración ineficiente, quebrantando así uno de los mandatos del artículo 103 CE” y que “5...en razón del necesario sometimiento de las administraciones Públicas a la (...) doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el régimen legal establecido no puede ser de aplicación práctica...”*

Sugiriendo la modificación de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra,<sup>144</sup> que reproduce el plazo fijado en el artículo 46 de la LJPCA.

---

<sup>143</sup>STC 14/2006, del 16 de enero, fundamentos jurídicos números 2 al 3. <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0014](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0014)> [Consulta: 8 de abril del 2009].

<sup>144</sup>DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA. Op. Cit., pp.45-50.

En un reciente pronunciamiento (STC 171/2008), el Tribunal Constitucional español, sin plantearse la autocuestión de la inconstitucionalidad del mencionado artículo 46, ha puesto fin a la existencia de plazos para la impugnación del silencio administrativo negativo, dejando en manos del particular la puerta abierta para acudir a la Jurisdicción Contencioso–Administrativa sin sujeción a plazo. En esta sentencia, caracterizada por su brevedad, se señala que:

“El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la decisión judicial de inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por la entidad recurrente frente a un acto administrativo presunto ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la negativa incidencia que tiene en el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión por extemporaneidad de recursos contencioso–administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados (por todas, STC 72/2008, de 23 de junio, FJ 3), conduce al otorgamiento del amparo solicitado. En efecto, en el presente caso, sin necesidad de entrar a analizar la cuestión relativa al cómputo del mes de agosto, el mero hecho de que la resolución judicial impugnada haya tomado como presupuesto de su decisión la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo, so pena de convertir esa inactividad en un consentimiento con el acto presunto, es suficiente para considerar vulnerado el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.”<sup>145</sup>

### **4.3. El silencio administrativo en México**

El artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho de petición,<sup>146</sup> obligando a los órganos estatales a proporcionar una contestación. Sin embargo, no estableció que las autoridades dejen de dar contestación a las solicitudes presentadas o las impugnaciones formuladas. Así, frente a esta omisión por parte de la

---

<sup>145</sup> STC 171/2008, del 15 de diciembre, fundamento jurídico Único.

<[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-017](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-017)>  
[Consulta: 8 de abril del 2009].

<sup>146</sup> Artículo 8.- Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

administración, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo<sup>147</sup> estableció como regla general que en los procedimientos en donde no se haya resuelto la petición de los particulares en un período de tres meses, o un plazo distinto, según otra norma de carácter general, se deberá entender como desestimada la petición formulada (silencio administrativo negativo), siendo de carácter excepcional la figura del silencio administrativo positivo (artículos 16.<sup>148</sup> y 17.<sup>149</sup>).

En esa misma perspectiva, el Código Fiscal de la Federación, contempló la figura de la resolución negativa ficta y la presunta confirmación del acto impugnado en resguardo de la seguridad jurídica del peticionario, consultante o recurrente.<sup>150</sup>

Al respecto, el citado Código establece:

*“37.- Las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de tres meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicte la resolución, o bien esperar a que ésta se dicte. (...)”*

*131.- La autoridad deberá dictar resolución y notificarla en un término que no excederá de tres meses contados a partir de la fecha de interposición del recurso. El silencio de la autoridad significa que se ha confirmado el acto impugnado”.*

---

<sup>147</sup> Publicada en el diario oficial de la Federación el 04 de agosto de 1994. Se precisa que la última reforma se publicó el 30 de mayo del 2000.

<sup>148</sup> Artículo 16.- La administración pública federal, en sus relaciones con los particulares, tendrá las siguientes obligaciones: (...) X. Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a tercero, debiendo dictarla dentro del plazo fijado por ley.

<sup>149</sup> Artículo 17º.- Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. A petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución debe entenderse en sentido positivo. En caso de que se recurra la negativa por falta de resolución, y ésta a su vez no se resuelva dentro del mismo término, se entenderá confirmada en sentido negativo.

<sup>150</sup> ESQUERRA, Sergio. El Silencio Administrativo hasta sus últimas consecuencias [en línea]. p. 5. < <http://www.gmcapacitacion.com>>[Consulta 7 de abril del 2009].

Agotado el tiempo en que se configuran los supuestos de negativa ficta y la presunta confirmación del acto impugnado, y si el particular opta por presentar demanda contra dichas decisiones presuntas, deberá sujetar su actuación a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.<sup>151</sup>

Según esta ley, el particular que impugne una resolución negativa ficta deberá adjuntar a su demanda una copia en la que obre el sello de recepción de la instancia no resuelta expresamente por la autoridad (artículo 15. IV).

Asimismo se contempla la obligación de la autoridad de expresar las consideraciones de hecho y de derecho que dan sustento a la resolución de negativa ficta o de presunta confirmación de acto impugnado que se lleva a juicio (artículo 22), y a su vez el derecho de la parte accionante a ampliar su demanda, manifestando lo que a sus intereses convenga en relación a lo que le sea planteado, dentro de los 20 días siguientes a aquel en que surta sus efectos la notificación del acuerdo que admita su contestación (artículo 17.I).

#### **4.4. El silencio administrativo en el Perú**

En el marco del Proceso de Reforma y Modernización del Estado, el Perú ha experimentado diversas reformas legislativas. Uno de sus ejes temáticos consiste en desterrar la demora injustificada por parte de los servidores y funcionarios de la administración pública encargados de absolver las peticiones y recursos formulados por los administrados. Su finalidad es brindar un servicio oportuno, eficaz y eficiente en beneficio de los ciudadanos.

Así, el Poder Ejecutivo ha establecido entre una de las políticas nacionales, en materia de simplificación administrativa, la promoción de la aplicación del silencio administrativo positivo en los procedimientos que se llevan a cabo en el aparato estatal. Si bien la aplicación de dicha técnica legal inicialmente se constituyó como un objetivo prioritario para las entidades

---

<sup>151</sup> Publicada en el diario oficial de la Federación el 01 de diciembre del 2005. Se precisa que la última reforma de esta ley ha sido publicada el 23 de enero del 2009. 50 <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990H0246:ES:NOT>> [Consulta: 8 de abril del 2009].

del Gobierno Nacional,<sup>152</sup> en la actualidad constituye un objetivo prioritario para todas las entidades de la administración pública sea cual fuere el nivel de gobierno, tal como lo describió el Presidente de la República, Alan García Pérez, cuando al referirse a la Ley N° 29060, "*Ley del Silencio Administrativo*"<sup>153</sup> vigente a partir del 4 de enero de 2008,<sup>154</sup> manifestó:

*"...ahora está en marcha una reforma profunda (...) que es la descentralización municipal y regional. Sin embargo, ella no es suficiente. Deben transformarse, además, muchos otros elementos del Estado. Por eso, el Gobierno propuso y promulgó la **Ley del Silencio Administrativo** (...) (1-Ley 29060 y D.Leg. 1029)..."*<sup>155</sup>

El silencio administrativo en el Perú, en su vertiente negativa, aparece por primera vez en el Decreto Supremo N° 006-67- SC, "*Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*" del 11 de noviembre de 1967. Según dicha norma, la autoridad administrativa contaba con un plazo máximo de seis (6) meses para resolver una petición que, de incumplirse, representaba: **a)** la respuesta negativa automática del Estado, **b)** la posibilidad que el particular recurra a la vía judicial para impugnar esa resolución ficta, y **c)** que los plazos para la interposición de los recursos empezaran a correr después de esos seis meses (artículos 53 y 90).

Posteriormente se expidió el Decreto Ley N° 26111, "*Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*" del 28 de diciembre de 1992<sup>156</sup> que modificó la denominación del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (artículo 1), reduciendo a treinta (30) días el plazo para que el administrado se acoja al silencio administrativo negativo y así estar habilitado para acudir a la vía judicial de estimar denegado su recurso, o esperar el pronunciamiento expreso de la administración pública (artículos 102 y 103).

---

<sup>152</sup> Artículo 2, 10.3. del Decreto Supremo 027-2007-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de marzo del 2007.

<sup>153</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 07 de julio del 2007.

<sup>154</sup> Décima DTCF.-Vigencia de la ley. La presente ley entra en vigencia, indefectiblemente, a los ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", efectúen o no, las entidades, la justificación prevista en el artículo 9º y en la Séptima Disposición Transitoria, Complementaria y Final, sin perjuicio de la responsabilidad en la que incurran los funcionarios competentes por el incumplimiento de las citadas disposiciones.

<sup>155</sup> GARCÍA PÉREZ, Alan. *Por un Perú Moderno. Decretos Legislativos. Presentación y Guía por Alan García*. Lima: Ministerio de Justicia. Julio, 2008, p.7

<sup>156</sup> Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 30 de diciembre de 1992.

Dos años después se emitió el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, “*Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*” del 28 de enero de 1994<sup>157</sup> que, reiterando lo señalado en la ley, contempló la posibilidad que el administrado se acoja al silencio administrativo negativo transcurrido el plazo de treinta (30) días, así como que interponga recurso de revisión o demanda judicial sin que medie resolución denegatoria de la administración o esperar el pronunciamiento expreso de la administración pública (artículos 98 y 99).

En un primer momento, el Tribunal Constitucional interpretó que cuando el administrado no hubiese obtenido respuesta a su recurso de reconsideración o apelación, operaba automáticamente el silencio administrativo negativo, lo cual implicaba el agotamiento de la vía previa y el inicio del cómputo para presentar una demanda de amparo, mas no la posibilidad de esperar el pronunciamiento expreso de la administración, de acuerdo con los artículos 98 y 99<sup>158</sup> del Texto Único Ordenado (TUO).

Posteriormente, sin embargo, el Tribunal varió su jurisprudencia señalando que el administrado, transcurrido el plazo para que la administración resuelva el recurso impugnativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo y así acudir a la vía jurisdiccional, o esperar el pronunciamiento expreso de la administración, sin que la opción por esta última alternativa implique el inicio del cómputo del plazo para presentar una demanda de amparo.<sup>159</sup>

El supremo intérprete de la Constitución, al interpretar el artículo 99 del dispositivo legal en comentario, enfatizó:

*“La norma en cuestión consagra una facultad del administrado a la que, si así lo desea, podrá acogerse. No se trata de una obligación; por lo tanto, la no resolución del recurso impugnatorio dentro del plazo de treinta días no puede considerarse como causal de exclusión de la potestad del administrado de esperar el pronunciamiento expreso de la administración. La misma consideración ha de extenderse al recurso de reconsideración contemplado por el artículo 98 (...) cuyo texto es análogo al citado artículo 99”*.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 31 de enero de 1994.

<sup>158</sup> STC No. 984-99-AA/TC, del 23 de enero del 2001, caso Juan Alberto Huapaya Palomino, fundamento jurídico Nro. 1. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00984-1999-AA.html>

<sup>159</sup> STC N° 1003-98-AA/TC, del 06 de agosto del 2002, caso Jorge Miguel Alarcón Menéndez, fundamento jurídico Nro. 3. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01003-1998-AA.html>

<sup>160</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico Nro. 3.a.

Asimismo, para reforzar su tesis interpretativa, el Tribunal abordó la naturaleza del silencio administrativo negativo, identificando esta técnica tanto como una ficción legal como un acto presunto, y señaló:

*“El silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la administración, para protegerlo ante la eventual mora de ésta en la resolución de su petición. Se trata de una simple **ficción** de efectos estrictamente procesal, limitados (...) Se trata de una **presunción en beneficio del particular únicamente**...”*<sup>161</sup>

Previamente a la expedición de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y su Texto Único Ordenado se emitió la Ley N° 25035, “*Ley de Simplificación Administrativa*”,<sup>162</sup> cuya principal novedad fue la sustitución de la fiscalización previa por la fiscalización posterior (artículo 4), que, conforme con el artículo 14º de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-89-PCM,<sup>163</sup> es definida como: “*el seguimiento y la fiscalización que realiza la administración pública a las declaraciones prestadas por el interesado o su representante. Está orientada hacia la identificación y corrección de posibles desviaciones, abusos o fraudes*”.

Otra novedad fue la incorporación del **Silencio Administrativo Positivo (SAP)**, al prever el Reglamento que:

*“En los procedimientos administrativos conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, transcurrido el término de sesenta (60) días calendarios a que se contrae el artículo precedente sin que se haya expedido resolución, el interesado **considerará aprobada su solicitud o fundado su recurso impugnativo, según corresponda**”.*

En ese orden de ideas y, amparándose en el artículo 16 del referido Reglamento,<sup>164</sup> el Tribunal Constitucional desestimó una acción de amparo que cuestionaba una resolución de alcaldía, mediante la cual se dejó sin efecto una autorización tácita para el funcionamiento de un local con el giro de servicios de entretenimiento y esparcimiento familiar con máquinas computarizadas electrónica de videos y con cafetería sin consumo de alcohol, por: 1) Falta

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico Nro. 3.b.

<sup>162</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 11 de junio de 1989.

<sup>163</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 02 de septiembre de 1989.

<sup>164</sup> Según este artículo al detectarse el fraude o falsedad en la declaración, se anulaba el acto o procedimiento administrativo que se haya sustentado o basado en dicha declaración.

de exactitud al proporcionar la información en la declaración jurada; 2) Contravenir un Decreto de Alcaldía de la Municipalidad Metropolitana de Lima; 3) Incompatibilidad de uso, al encontrarse el negocio a menos de trescientos metros de un colegio y de una iglesia; y, 4) Atender al público no sólo por el ingreso declarado, sino por otros ingresos.<sup>165</sup>

En otra oportunidad, el referido Tribunal también rechazó un amparo destinado a dejar sin efecto una resolución de alcaldía que ordenó la clausura definitiva de un club nocturno que, según la demandante, venía funcionando con una licencia otorgada de manera ficta, pero esta vez, a diferencia del caso anterior, por considerar que:

*“...si bien cabía la posibilidad de la aprobación de la solicitud presentada (...), en aplicación del principio del silencio administrativo positivo, (...) éste sólo procede en aquellos casos en que el solicitante haya cumplido con presentar la solicitud pertinente, acompañada con la documentación sustentatoria o requerida, situación que no ha ocurrido (...), por lo que no procede considerar que la licencia fue otorgada de manera ficta”.*<sup>166</sup>

En cuanto al silencio administrativo negativo, su procedencia se estableció ante la falta de contestación en el plazo de sesenta (60) días de las solicitudes de inscripción de títulos en los Registros Públicos a que se refieren los artículos N° 2008 y 2009 del Código Civil, así como el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares a que se refieren los Decretos Legislativos N°s 495 y 496. Se debe mencionar, además, los procedimientos administrativos distintos a los conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, salvo que la propia entidad por norma expresa disponga que opera el silencio administrativo positivo (artículo 27).

Por otro lado, para demostrar el silencio administrativo positivo bastaba solo el cargo que indicase la fecha de interposición de la solicitud o recurso, lo que permitía al interesado acreditar el cumplimiento de las disposiciones vigentes, en caso de que tal cumplimiento le fuese objetado, cuestionado o sancionado y no se hubiesen producido pruebas en contrario (artículo 28). Tanto para el silencio administrativo positivo como para el silencio administrativo negativo se estableció la suspensión de los plazos, durante el período en que los administrados se encontraban subsanando documentación no presentada (artículo 29).

---

<sup>165</sup> Sentencia N° 587-98-AA/TC, del 06 de enero del 2000, caso Family Center S.R.LTDA. Import-Export. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00587-1998-AA.html>>

<sup>166</sup> Sentencia N° 1307-2002-AA/TC, del 08 de enero del 2003, caso María Delegado Cercera, fundamento jurídico nro. 3. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01307-2002-AA.html>>

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 757, “*Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*”, del 8 de noviembre de 1991,<sup>167</sup> también utilizó la técnica del silencio administrativo privilegiando la aplicación del silencio administrativo positivo en el caso de los procedimientos sujetos a evaluación previa.

Esta norma estableció que transcurrido el plazo de treinta (30) días calendarios desde la presentación de la solicitud sin que medie pronunciamiento definitivo, el particular la podrá considerar aprobada.<sup>168</sup>

En tal sentido, teniendo en cuenta que esta ley (1991), al igual que la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y su Texto Único Ordenado TUO (1992 y 1994) son posteriores a la Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento (1989), el plazo contemplado en este dispositivo para los supuestos contenidos en su artículo 26 (60 días) quedó reducido a treinta (30) días.

Finalmente, cabe precisar que conforme a este marco normativo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) estableció que, en los procedimientos sujetos al silencio administrativo positivo, el cargo de recepción sellado por la mesa de partes de la entidad o el transcurso del plazo sin un pronunciamiento por parte de la municipalidad, eran equivalentes a la licencia solicitada, sin que resulte necesaria la obtención de un certificado o constancia que acredite el otorgamiento de dicha licencia, sin perjuicio de que la municipalidad entregue dicho certificado o constancia para facilitar el ejercicio de derechos<sup>169</sup>, reconociendo de ese modo que esta constancia tenía efectos declarativos.

---

<sup>167</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de noviembre de 1991.

<sup>168</sup> Artículo 25.- En casos excepcionales, podrá establecerse que los procedimientos administrativos requerirán de evaluación previa, lo que se deberá expresar en el Texto Único de Procedimiento Administrativo TUPA. En estos casos, la entidad pertinente contará con un plazo máximo de 30 días calendario para emitir el pronunciamiento correspondiente, contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud o formato. Transcurrido dicho plazo sin que medie pronunciamiento definitivo, el trámite se considerará aprobado.

<sup>169</sup> INDECOPI. “Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Licencias de Apertura de Establecimientos y Licencias Especiales”. p.6. Se precisa que estos lineamientos están sujetos a revisión por los cambios normativos ocurridos.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)<sup>170</sup> reguló de manera íntegra la figura del silencio administrativo, estableciendo en los artículos 33 y 34 los supuestos en los que es posible aplicar el silencio administrativo positivo y negativo en los procedimientos administrativos de evaluación previa.

Entre los procedimientos de evaluación previa, sujetos a la aplicación del silencio administrativo positivo, estableció:

Las solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfieran facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.

- Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.
- Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.
- Todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica.
- Asimismo, para la aplicación del silencio administrativo negativo, estableció los siguientes supuestos:
  - Las solicitudes que versen sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.
  - Cuestionamientos a otros actos administrativos anteriores, salvo los recursos en el caso del numeral 2 del artículo anterior.

---

<sup>170</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 11 de abril del 2001 y vigente a partir del 11 de octubre del 2001.

- Procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado.
- Los procedimientos de inscripción registral.
- Aquellos en que según la ley expresa le sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo.

Si bien los artículos 33 y 34 han sido derogados por la Ley del Silencio Administrativo, existen otras disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General que hacen referencia al silencio administrativo.

#### **4.5. Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado**

Posteriormente, mediante Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado,<sup>171</sup> se declaró al Estado peruano en proceso de modernización en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, con la finalidad de mejorar la gestión pública y construir un Estado democrático descentralizado y al servicio del ciudadano.

Como se ha mencionado, en dicho marco normativo se estableció como finalidad del proceso de modernización de la gestión del Estado la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos. Así, el objetivo central del proceso de modernización es alcanzar un Estado al servicio de la ciudadanía con canales efectivos de participación ciudadana, descentralizado y desconcentrado, transparente en su gestión, con servidores públicos calificados y adecuadamente remunerados.

---

<sup>171</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de enero del 2002.

#### 4.6. Ley de Silencio Administrativo, Ley N° 29060

En este contexto, y con la finalidad de que la administración pública cumpla un papel eficiente en la realización de sus labores cotidianas, brinde una mejor atención en los procedimientos a su cargo y garantice el ejercicio de los derechos ciudadanos,<sup>172</sup> se expidió en el mes de julio del 2007 la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060.

En efecto, con dicha ley, se otorga una regulación más garantista y preferente en torno al silencio administrativo, estableciéndose como regla general la aplicación del silencio administrativo positivo y, como excepción, el silencio administrativo negativo. Así, la mencionada Ley derogó los artículos 33 y 34 de la Ley de Procedimiento Administrativo General y precisó algunos aspectos que ésta no contemplaba y estableció exigencias, cuyo cumplimiento corresponde a todas las instituciones públicas a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

A partir de la dación de esta Ley, la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) ha emitido diversas normas con miras a garantizar su cumplimiento:

√ Decreto Supremo N° 079-2007-PCM,<sup>173</sup> mediante el cual se “Aprueban lineamientos para Elaboración y Aprobación de los Textos Únicos de Procedimiento Administrativo (TUPAs) y establece disposiciones para el cumplimiento de la Ley del Silencio Administrativo”.

La finalidad de dichos lineamientos es permitir que los

Textos Únicos de Procedimiento Administrativo cumplan con su propósito, de ser documentos compiladores, informativos y simplificadores de los procedimientos

---

<sup>172</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 580/2006-PE, Ley del Silencio Administrativo Positivo, presentado por el Presidente de la República con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros el 31 de octubre del 2006. pp. 8-11. < <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>> [Consulta: 8 de abril del 2009]. Cabe agregar que este proyecto tiene como referente el Proyecto de Ley N° 12818/2004-CR, Ley que regula el silencio administrativo y la aprobación automática en el procedimiento administrativo, presentado el 22 de abril del 2005, por los miembros de la Comisión Especial de Estudio de la Promoción de la Inversión del Congreso de la República, tomando en consideración al propuesta del Comité Crece PERÚ de la CONFIEP. [Consulta: 8 de abril del 2009]. <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>>

<sup>173</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 08 de septiembre del 2007.

administrativos que tramitan los administrados ante las distintas entidades administrativas del Estado.

Decreto Supremo N° 096-2007-PCM<sup>174</sup> que “*Regula la Fiscalización Posterior Aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado*”. Mediante este Decreto se establecen las normas y lineamientos aplicables a las acciones de fiscalización posterior en los procedimientos administrativos sujetos a aprobación automática o a aprobación previa, y se dispone la creación de una Central de Riesgo Administrativo (CRA).

Por otra parte, a un menor nivel jerárquico, la PCM emitió la Resolución Ministerial N° 048-2008-PCM que aprueba la Directiva N° 001-2008-PCM, “*Lineamientos para la implementación y funcionamiento de la Central de Riesgo*”,<sup>175</sup> y la Secretaría de Gestión Pública de la PCM, las Resoluciones N° 001-2007-PCM/SGP<sup>176</sup> y N° 001-2009-PCM/SGP,<sup>177</sup> norma última que permite a los gobiernos locales utilizar un directiva distinta a la Directiva N° 001-95-INAPD-/DTSA hasta el 30 de septiembre del 2009 para efectos de la sustentación legal y técnica de sus TUPAs ante la PCM.

Es de precisar que, en el 2008, dentro del marco de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo N° 1029, del 23 de junio del 2008, mediante el cual se modificó la LPAG y la Ley del Silencio Administrativo.

Finalmente, se debe tener presente el TUO de la Ley N° 27584, “*Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo*”, aprobado mediante DS N° 013-2008-JUS, publicado el 29 de agosto del 2008.

#### **4.7. El silencio administrativo en Chile**

El silencio administrativo se encuentra regulado en la Ley N° 19880, la cual establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, Capítulo V “Disposiciones finales”, artículos 64 al 66.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 14 de diciembre del 2007.

<sup>175</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 14 de febrero del 2008.

<sup>176</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 30 de noviembre del 2007.

<sup>177</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de abril del 2009.

<sup>178</sup> Promulgada el 22 de mayo del 2003 y se publicó el 29 del mismo mes y año.

Esta ley, siguiendo la Ley española de 1992, sienta como regla general la presunción estimatoria (artículo 64)<sup>179</sup> con mínimas excepciones en su artículo 65.<sup>180</sup> Exige también, al igual que la ley española, la certificación del acto presunto para que se produzcan los efectos del silencio, atribuyéndose a los actos presuntos *“los mismos efectos que a aquellos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva”* (artículo 66).

Dicha petición de certificación es una potestad del interesado (artículos 64 y 65, párrafos tercero y segundo, respectivamente), por lo que si lo estima conveniente podrá esperar y no provocar lo que se traduciría en una terminación del procedimiento sin conocer los motivos de la decisión.

Se diferencia el silencio positivo (artículo 64) del negativo (artículo 65), estableciéndose respecto de éste que desde la fecha en que se ha expedido el certificado *“empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan”*, lo que significa que la expedición de la certificación de actos presuntos estimatorios no determina la iniciación del plazo para interponer recursos por terceros cuyos intereses resulten lesionados, encontrándose habilitados para interponer los recursos admisibles cuando tomen conocimiento de la producción del acto.

La ley entiende por actos administrativos las decisiones formales de los órganos de la Administración del Estado, los que pueden tomar la forma de decretos o resoluciones.

---

<sup>179</sup> Artículo 64.- “Silencio positivo. Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite”.

<sup>180</sup> Artículo 65. “Silencio Negativo. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. El certificado se otorgará, sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan”.

La institución del silencio administrativo constituyó la figura central incorporada por la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

Bajo un pretendido prisma innovador, se estimó que esta institución solucionaría eficazmente los padecimientos derivados del retardo en la resolución de las solicitudes administrativas.

La reforma colmaba así un vacío en la regulación del derecho constitucional de petición persistentemente cercenado del "deber de respuesta" como elemento esencial de aquella garantía.

La ley siguió la extendida moda de generalizar el silencio positivo que supone en la falta de respuesta una aprobación de lo solicitado.

Estimo que la apuesta por el silencio positivo no ha sido todo lo eficaz que hubo de prever el legislador.

Ello obedece a ciertas resistencias propias de la "cultura administrativa chilena" pero, también, a insuficiencias que universalmente hoy arrastra esta institución:

#### **4.7.1. Inseguridad jurídica.**

Para quien solicita una autorización o permiso a la Administración será siempre preferible el acto expreso porque quien lo insta requiere de un título habilitante cierto e incontestable para desenvolver la actividad permitida y hacerla oponible a terceros.

Esa inseguridad se extiende a la legitimidad misma de los efectos ganados por el silencio que siempre podrán ser desconocidos si no se ajustan a derecho.

Por ello, el efecto real del silencio positivo es conducir al particular a un nuevo "trámite", esta vez judicial: una acción declarativa para encontrar la certeza de que carece el "acto presunto".

#### **4.7.2. Acto certificatorio.**

El silencio no opera de manera automática. La regulación introducida exige algo ilógico: que a la renuencia en resolver por el órgano administrativo suceda una "resolución" certificatoria de esa "inactividad", quedando así el silencio remitido a la actividad (certificatoria) del mismo órgano incumplidor, constatación a la que incluso se subordina la propia eficacia del "acto presunto".

Así la vigencia misma del "silencio" depende del propio órgano infractor. Si a ello se suma que reiteradamente la Contraloría se ha declarado incompetente para emitir el certificado señalado, resulta clara la ineficacia del mecanismo.

#### **4.7.3. Forma y expresión documental.**

La "cultura administrativa chilena" no facilita la recepción del "acto presunto", base técnica del silencio administrativo.

Por el contrario, ella impone con fuerza que los actos de esta índole deben materializarse con una forma externa objetiva y comprobable (i.e., decretos y resoluciones) como correlato del principio de solemnidad de las formas que impera en derecho público y como medio de expresión técnica de esa voluntad administrativa.

Por otra parte, la presencia de un trámite previo de integración de eficacia para ciertos actos administrativos ("*toma de razón*") resulta inconciliable con la existencia de efectos jurídicos surgidos al margen de toda forma jurídica.

En esa línea, la Contraloría ya ha excluido la aplicación del silencio en procedimientos especiales de naturaleza concesional (agua; pesca) por estimarlo incompatible con la exigencia de formalidades que necesariamente suponen un acto expreso (inscripción registral).

En la actualidad los especialistas concuerdan en que el silencio positivo no es la técnica necesariamente idónea para imponer la "*obligación de resolver*".

Lejos de una solución, constituye sólo un "*mal tolerado*" que diluye la eficacia del deber de resolver de la Administración.

Hoy se recomienda vigorizar este "*deber de resolver*" para forzar siempre la dictación de un acto expreso.

Ésta parece ser la única solución claramente aceptable en un estado de derecho que proclama la servicialidad como principio fundamental.

Más que una ampliación del silencio positivo ha debido preferirse la instauración del "*derecho a la resolución expresa*" radicando el deber correlativo en el funcionario o autoridad responsable, ligando así el retardo administrativo con la responsabilidad personal que atañe a los servidores públicos.

Bastaría configurar ese incumplimiento como una expresa infracción administrativa, otorgando acción civil y disciplinaria directa al particular afectado para perseguir la sanción del funcionario o la reparación civil de la autoridad indolente.

Muchos abusos podrían evitarse si funcionarios y autoridades supieran concretamente que el desempeño negligente de sus cargos puede llegar a comprometer la integridad de sus propios patrimonios personales.

#### **4.7.4. Ecuador**

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, reconoce como regla general el silencio administrativo positivo, al consagrar que *"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto (...). En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo que la solicitud o pedido ha sido aprobada, o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.- Para este efecto, el funcionario de la institución del estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan"*.

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

En efecto, la citada Sala ha precisado que:

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

*Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28. de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, no de manera arbitraria, ya que mediante éste 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 más bien una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo.”*

Si bien el silencio administrativo tiene efecto positivo, y como tal se erige como una herramienta para frenar la inoperancia de la administración, su aplicación exige la concurrencia de ciertas condiciones de carácter inexcusable; caso contrario, se estaría frente a la posibilidad de incurrir en arbitrariedades. Así, en primer término, debe existir una base de derecho para efectuar el pedido y, en segundo lugar, la petición se debe dirigir al órgano competente y finalmente, la vía escogida debe estar prevista por la ley.

En esa perspectiva, en la Jurisprudencia de Casación Ecuatoriana se acepta que la falta de respuesta oportuna a la solicitud de un servidor público para que se atienda su reclamo de vacaciones no gozadas o de remuneraciones no canceladas se entenderá como el reconocimiento de su derecho, considerándose improcedente e ilegal aquella solicitud de un servidor público que busca un nombramiento o un reintegro a un puesto, respecto del cual

quedó separado, sea por retiro, separación voluntaria, renuncia, supresión de partida, suspensión, destitución legítima, jubilación o por haber recibido la correspondiente liquidación.<sup>181</sup>

Tampoco es factible la aplicación del silencio administrativo positivo ante la falta de repuesta, por parte del Presidente de la República, de aquellas solicitudes de pago de indemnización, por no ser dicha vía la que corresponde para tramitar el pedido, sino la vía judicial ordinaria. Según sostiene el Tribunal Constitucional ecuatoriano:

*“...no cabe aplicar el silencio administrativo para actos que no contempla el artículo 28 de la Ley de Modernización, pues bastaría que un buen número de personas pidan sumas de dinero y si el Presidente no avanza a contestar dentro del plazo previsto, tendrían derecho a cobrar, mediante amparo, sin que se haya establecido la procedencia del requerimiento.”<sup>182</sup>*

Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo con la Constitución, la ley y el Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (arts. 86 al 96), la administración no puede revocar o dejar sin efecto arbitrariamente el acto que ha creado derechos de los administrados, sino que debe recurrir al juicio de lesividad, equivalente al de nulidad, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, encontrándose el afectado facultado para interponer una acción de amparo por atentado contra el derecho de petición o una acción contenciosa por revocatoria de la resolución tácita.

En el caso de Resoluciones por responsabilidades civiles, que como resultado de acciones de control efectuadas por la Contraloría General del Estado, se hayan predeterminado, el artículo 85 de su Ley Orgánica, dispone la “*Denegación tácita*”, que establece que las impugnaciones de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en la Ley y que su falta de expedición causará el efecto de “*denegación tácita*” con la cual el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la Ley, éstas son la impugnación de las responsabilidades civiles ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, es así que, cuando se tratan de

---

<sup>181</sup> Sentencia Nº 364-99, PICO MANTILLA, Galo. “Jurisprudencia Ecuatoriana de Casación Administrativa” [en línea]. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. 2007.

<<http://ww.eumed.net/libros/2007c/326/DERECHOS/ACEPTADOS POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.htm>>

<sup>182</sup> Resolución 128-2000-TP, del 24 de julio del 2000, caso 1119 de amparo constitucional. Gaceta Constitucional Nº 22 [en línea]. Quito: Tribunal Constitucional. Enero-abril, 2007, p.132.

[http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta\\_22.pdf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_22.pdf) [Consulta: 8 de abril del 2009].

responsabilidades civiles, según lo establecido en la Ley, opera el silencio administrativo negativo.

## **CAPÍTULO V**

### **INCIDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERADOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO**

## **5.1. Actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado**

### **5.1.1. Acciones de control.**

De conformidad con los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República del Ecuador, el Organismo Técnico de Control que ejerce el control de los recursos públicos y de la verificación del cumplimiento de los objetivos institucionales del sector público, es la Contraloría General del Estado, asumiendo también estas facultades de control a las empresas privadas que disponen de recursos públicos.

Los recursos públicos están descritos en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así: *“se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sean cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales e internacionales”*.

Al Organismo de Control según el artículo 71 de su Ley Orgánica, le corresponde una facultad para pronunciarse sobre las operaciones administrativas o financieras de siete años, así como para determinar responsabilidades en el caso de haberlas.

### **5.1.2. Concepto de Auditoría Gubernamental.**

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 18 enfoca a la auditoría gubernamental como el sistema integrado de asesoría, asistencia, y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores

de los recursos públicos; estableciendo que no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrán examinar la actuación administrativa del servidor.

De lo que se concluye que la auditoría gubernamental es un examen objetivo, sistemático y profesional que debe ser ejecutado con la mayor transparencia del caso, pues el auditor es responsable por las opiniones vertidas en relación a su análisis, por lo que debe efectuarlo en estricto apego de las normas éticas y morales en beneficio de su propio desarrollo profesional; así también sus comentarios deben estar ampliamente sustentados en forma documental y en derecho, de manera que permita la correcta verificación de los hallazgos en circunstancias posteriores, como es el caso de las responsabilidades y su juzgamiento.

### **5.1.3. Objetivos de la auditoría.**

*“La auditoría gubernamental se efectuará con el propósito de establecer el grado en que las instituciones y organismos del sector público y sus servidores han cumplido adecuadamente con los deberes y atribuciones que les han sido asignados, si tales funciones se han ejecutado de un modo eficiente, efectivo y económico; si los objetivos y las metas propuestas han sido logrados y si la información gerencial producida es correcta y confiable”.*

Determinar el grado de cumplimiento de prestación de los servicios a la colectividad.

Generar recomendaciones y sugerencias para que la administración mejore su gestión y asegure la vivencia de un control interno gerencial sólido y efectivo.

Evaluar el logro de las metas fijadas en los planes y programas trazados por el Estado y por cada uno de sus organismos y entidades.

Determinar desviaciones importantes en la ejecución de las actividades y de las metas programadas y sugerir las acciones que tiendan a corregirlas.

Garantizar la calidad de la información, sea financiera, administrativa o de cualquier otro tipo, de modo que le permita a la gerencia tomar decisiones sobre una base firme y segura.

El aspecto más importante y destacado de los propósitos de la auditoría gubernamental es la actitud positiva que deben observar todos quienes la ejecutan, generando cambios en los procedimientos y en las prácticas actuales, por otras más eficientes y efectivas.

#### **5.1.4. Modalidades de la Auditoría Gubernamental.**

Considerando que la función específica de la Contraloría General es establecer y mantener, bajo su dirección, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos,<sup>183</sup> para cada acción de control se debe definir su alcance, lo que origina las clases de acciones que deben practicarse; así:

- Examen especial<sup>184</sup>
- Auditoría financiera<sup>185</sup>
- Auditoría de gestión<sup>186</sup>
- Auditoría de aspectos ambientales<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Artículo 1, Objeto de la Ley.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

<sup>184</sup> Artículo 19, Examen Especial.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

<sup>185</sup> Artículo 20, Auditoría financiera.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

<sup>186</sup> Artículo 21, Auditoría de gestión.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

- Auditoría de obras públicas o de ingeniería<sup>188</sup>

### **5.1.5. Resultados de la auditoría.**

Una vez concluido el proceso de control, la auditoría gubernamental debe identificar plenamente los resultados financieros y administrativos obtenidos, los mismos que serán elaborados por escrito y debidamente sustentados con la documentación pertinente (papeles de trabajo), expuestos con claridad y precisión por parte del auditor, quien tiene la obligación de actuar con imparcialidad, veracidad, en cumplimiento de las normas éticas y morales.

La verificación del sistema de control interno implantado al interior de la entidad y el cumplimiento de las disposiciones legales y normas inherentes a la naturaleza de cada entidad pública; así como la evaluación de su rendimiento y productividad, tanto del giro económico como de las personas que integran la institución, para de esta manera procurar la eficacia y economía en los procedimientos empleados.

*“Debido a que el dictamen del auditor es a la vez el objetivo y conclusión de su examen a los estados financieros, es ineludible la expresión de la opinión y cuando no puede expresarlo, es necesario precise las razones que le impiden hacerlo.*

*La opinión sobre los estados financieros se manifiesta por medio de un informe corto o estándar que se remite a la máxima autoridad y a los administrativos, y en ocasiones, a organismos financieros. En la auditoría gubernamental no se utiliza el informe corto, sino el informe largo, ya que éste además contiene comentarios, conclusiones y recomendaciones*

---

<sup>187</sup> Artículo 22, Auditoría de aspectos ambientales.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

<sup>188</sup> Artículo 23, Auditoría de obras públicas o de ingeniería.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

*a la dirección y a los administradores, en base a ellos deben tomar decisiones en beneficio de la entidad.*"<sup>189</sup>

#### **5.1.6. Tiempos de control.**

De conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la CGE, el ejercicio del control interno se aplicará en forma previa, continua y posterior, así:

- a. Control previo.- que será ejercido por los servidores de las instituciones del Estado, quienes analizarán las actividades antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia.
- b. Control continuo.- lo ejecutarán los servidores de la institución, de manera continua, quienes inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidades de los bienes y servicios.
- c. Control posterior.- que será ejercido por las unidades de auditoría interna de quienes será responsabilidad el control interno posterior.

Para cumplir con los planes operativos y el control a nivel general del Estado, la Contraloría General del Estado cuenta con Unidades de Auditoría Interna, las cuales tienen su estructura dentro de las instituciones del Estado, que dependen técnica y administrativamente del Organismo de Control.

##### **5.1.6.1. Auditoría interna.**

Auditoría Interna es aquella que mediante el análisis sistemático, profesional y oportuno, efectuado por los auditores internos en cada una de las entidades del sector público de las cuales dependen, dan a conocer al Organismo Superior de Control, y a las máximas

---

<sup>189</sup> Guía de Auditoría Interna. Contraloría General del Estado, Departamento de Comunicación, Quito Ecuador, 2000, página 38

autoridades de cada entidad los resultados de su análisis, conclusiones y recomendaciones, para ser evaluados

#### **5.1.6.2. Auditoría Externa.**

Consiste en el examen objetivo de las operaciones financieras o administrativas, de una entidad u organismo del sector público, realizada por las unidades de auditoría de la Contraloría General del Estado, o de firmas privadas contratadas, que permite conocer los avances o retrocesos de la institución analizada.

### **5.2. Determinación de responsabilidades**

#### **5.2.1. Definición legal y doctrinaria de responsabilidad**

En la obra *"Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano"*, el autor, doctor Alejandro Alvarez Faggioni, señala que *"...la palabra obligación viene de dos voces latinas: OB (por) y LIGARE (atar, amarrar, ligar). El origen etimológico nos dice que La persona obligada está encadenada como si estuviera cargada de cadenas. Aquel en provecho de quien alguno se ha obligado a dar o hacer puede llevarlo ante los tribunales y hacerle condenar a prestar aquello a que se obligó, no librándose de esta cadena ni pudiendo romper los hierros, sino cuando ha cumplido la prestación"*<sup>190</sup>

La Real Academia de la Lengua Española, expresa: *"la responsabilidad constituye ser una deuda u obligación de reparar y satisfacer a consecuencia de un delito o de una culpa;*

---

<sup>190</sup> Dr. Alejandro Álvarez Faggioni, *Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano*, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil Ecuador, 1982, pág. 11

*señala además que es un cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.”* <sup>191</sup>

Respecto a la responsabilidad, Guillermo Cabanellas manifiesta que: *“es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.”* <sup>192</sup>

La responsabilidad y su establecimiento, tienen sustento legal en la Constitución de la República del Ecuador, la misma que señala:

*“Artículo 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”*

El artículo 1 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades establece que: *“Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados, trabajadores representantes de las personas jurídicas de derecho privado con participación estatal o terceros, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la ley”.*

El artículo 2 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, señala los factores determinantes de la responsabilidad indicando que los servidores y terceros relacionados en

---

<sup>191</sup> Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA), p. 1326, Editorial Espasa - Calpe S.A., 1979.

<sup>192</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo III, p. 432, Ediciones Arayú, Editorial Depalma. Buenos Aires-Argentina.

las actividades estatales en cuanto a sus deberes y cometidos que les sean exigibles, se obligan de acuerdo con las normas o estipulaciones legítimamente establecidas, al grado de poder de decisión, al grado de importancia del servicio público que se trata de llenar, y a las consecuencias imputables del acto o de la omisión.

De los conceptos anotados se colige que la responsabilidad, en términos generales, constituye la obligación que tiene el servidor público para cumplir con la labor encomendada en estricto apego a las disposiciones legales, propendiendo el mejoramiento de las instituciones, velando por que los bienes y los servicios a su cargo estén en beneficio de la ciudadanía.

### **5.2.2. Origen de la responsabilidad**

La responsabilidad es la situación jurídica de la persona imputable que ha sido declarada autora de una acción u omisión dolosa o culposa, transgresora del orden jurídico, y como consecuencia ha ocasionado daño o perjuicio por haber menoscabado, conculcado o desconocido uno o más de sus derechos, que son objeto de protección jurídica, protección que se hace efectiva cuando el respectivo órgano jurisdiccional declara la responsabilidad del autor de la conducta que como resultado ha ocasionado el daño o perjuicio, imponiéndole la obligación de repararlos mediante la respectiva indemnización.

No se debe confundir la responsabilidad con la obligación, porque ésta constituye la contraprestación jurídica del daño y el deber jurídico de repararlo, en tanto que, la responsabilidad, constituye la causa o fundamento jurídico para exigir el cumplimiento de la obligación.

Son presupuestos de la responsabilidad:

- La conducta ampliamente considerada, como acción u omisión;
- El resultado dañoso, perjudicial o por lo menos peligroso;
- La relación causal entre la conducta con el resultado;
- La norma jurídica transgredida;
- La imputabilidad del agente; y,

- La imputación dolosa o culposa en la realización de la conducta; puesto que en el ámbito de la responsabilidad, no se admite la responsabilidad sin culpa.

### **5.2.3. Acción.**

Los individuos dentro del desarrollo del Estado se encuentran subordinados a la ley y deben remitirse a ella, la misma que por su naturaleza es fuente de derechos, obligaciones, deberes y de prohibiciones, dentro de este marco legal y conceptual se desenvuelve el funcionario público, respondiendo así por su accionar diario frente a la entidad en la cual labora.

Siendo la ley, según el artículo 1 del Código Civil, la declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite, el funcionario público debe acatarla en su estricto esquema, pues la desobediencia de la misma trae consigo el establecimiento de las responsabilidades por parte del Organismo de Control, el perjuicio que se ocasiona a una entidad u organismo del sector público debe ser imputable a una o más personas según el grado de responsabilidad y participación.

Toda relación de responsabilidad civil implica que una determinada persona, (Estado o entidad), pueda exigir a otra, (sujeto activo o funcionario público) el pago de una indemnización por los daños ocasionados; este poder de exigir, no se dirige arbitrariamente contra cualquiera, tienen que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a resarcir el perjuicio económico irrogado; es decir, existe una relación de causa-efecto, por eso la pregunta quien hizo que?, pero este hacer no debe ser entendido en sentido físico, sino jurídico, esto es, el hacer del derecho es el acto del agente que el mismo derecho señala como causa de un efecto.

El acto culposo por acción, es la actividad positiva ejecutada por el agente, esto es infringiendo voluntariamente un precepto concreto regulatorio del acto jurídico administrativo ejecutado, teniendo como elementos a la conciencia y voluntad, sin tener atribución constitucional o legal para efectuarlos o autorizarlos, es decir el agente fue más allá de lo que la ley manda o permite, pues en el Derecho Público "se debe cumplir estrictamente lo que la ley dictamina y se entiende que lo que no está estipulado, está prohibido y no debe hacerse", este incumplimiento normativo o legal puede darse en forma directa o indirecta.

#### **5.2.4. Omisión.**

La inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias así como el incumplimiento a los deberes y obligaciones inherentes a la ocupación estatal o estipulaciones contractuales, trae consigo el establecimiento de responsabilidades, imputables de acuerdo al grado de omisión incurrida por parte del servidor público.

De acuerdo al numeral 2 del artículo 9 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, la omisión, consiste en dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, por la distribución de funciones, por estipulaciones contractuales, o cometidos asignados.

#### **5.2.5. Omisión intencional.**

Nos referimos a omisión intencional cuando en ella convergen la voluntad y conciencia del servidor público, con la finalidad de obtener algún resultado dañoso; omisión que podría generar el establecimiento de responsabilidades: administrativa, civil culposa, o indicios de responsabilidad penal.

El numeral 3 del artículo 9 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, define a la omisión intencional como aquella que se produce con el designio de obtener algún resultado dañoso y puede dar lugar a la determinación de responsabilidades.

#### **5.2.6. Omisión culposa.**

La omisión culposa se origina cuando el funcionario público no actúa con diligencia y cuidado de sus deberes, este tipo de omisión puede generar la determinación de responsabilidades administrativas o civiles culposas, pero en ningún caso el establecimiento de indicios de responsabilidad penal.

El numeral 4 del artículo 9 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, señala que la omisión culposa se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal sino administrativa o civil o las dos al mismo tiempo.

### **5.3. CLASES DE RESPONSABILIDAD**

Las clases de responsabilidades se derivan en relación a los sujetos: que puede ser directa y solidaria, o también, principal y subsidiaria; en cambio, de acuerdo al contenido u objeto: puede ser de tres clases: administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

#### **5.3.1. Por los sujetos.**

La identificación de los sujetos responsables, se traduce en el grado de participación, poder de decisión; e, incumplimiento de los deberes y obligaciones atribuidas a los funcionarios públicos o terceros involucrados en el quehacer estatal.

Los sujetos imputables pueden tener responsabilidad directa o solidaria; o principal y subsidiaria, según lo que establecen los artículos 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con los artículos 5 y 6 del Reglamento sustitutivo de Responsabilidades.

#### **5.3.2. Responsabilidad directa y solidaria.**

La responsabilidad es directa cuando recae inmediatamente sobre la persona y solidaria cuando recae in sólido (la totalidad, indivisibilidad de la obligación), sobre dos o más personas, como lo establecen los artículos 42<sup>193</sup> y 44<sup>194</sup>, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Las disposiciones legales enunciadas establecen que tendrán responsabilidad directa los funcionarios y empleados de las entidades y organismos del sector público que tengan a su

---

<sup>193</sup> Artículo 42, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- “Responsabilidad directa.- Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones.

<sup>194</sup> Artículo 44, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- Responsabilidad solidaria.- Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieran como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine”.

cargo la responsabilidad de los sistemas de administración financiera o la administración, registro o custodia de los recursos materiales o financieros, serán responsables, hasta por culpa leve, de su pérdida y menoscabo.

En cuanto a la responsabilidad solidaria ningún funcionario o empleado de las entidades y organismos del sector público podrá ser relevado de su responsabilidad legal por el hecho de alegar el cumplimiento de órdenes superiores con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los inmuebles, vehículos, equipos, maquinarias, fondos, especies valoradas, y demás bienes de los cuales sea responsable, salvo que el funcionario superior haya insistido en aquellas órdenes; además, no podrá establecerse solidaridad en la responsabilidad, con respecto a varios sujetos sino cuando éstos aparezcan como coautores del mismo acto administrativo o del hecho que ha dado lugar al establecimiento de la responsabilidad.

### **5.3.3. Principal y subsidiaria.**

La responsabilidad será principal cuando el sujeto de la misma esté obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa, por causa de la determinación de la responsabilidad, y será subsidiaria cuando una persona quede obligada en caso de que el responsable principal incumpla lo suyo, de acuerdo con el artículo 43<sup>195</sup>, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El artículo 53, numeral 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, determina como orden de reintegro”...*en el caso de pago indebido, se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de*

---

<sup>195</sup> Artículo 43, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- “Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.- La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la ley”.

*reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan, La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa...”*

#### **5.3.4. Por el objeto.**

El artículo 5 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, establece los tipos de responsabilidad, siendo éstas, administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penales; el fundamento para establecer responsabilidad administrativa según el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, será la inobservancia por parte los servidores, de las disposiciones constitucionales, normativas, reglamentarias, relativas al asunto examinado por auditoría, así como también al incumplimiento de las atribuciones y deberes que les competen en razón de sus funciones administrativas; para el establecimiento de las responsabilidades civiles (culposas), de conformidad con el artículo 52 del cuerpo legal mencionado, se verificará si existió perjuicio económico para el Estado, la misma que genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones; y, para el establecimiento de la responsabilidad penal (indicios), se considerarán los hechos a que se refieren los artículos 257 del Código Penal y 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

#### **5.4. Predeterminación de responsabilidades**

##### **5.4.1. Responsabilidad administrativa culposa.**

El fundamento de la responsabilidad administrativa, radica en la inobservancia, violación o incumplimiento de las disposiciones legales, atribuciones y deberes que les competen a los servidores en razón de sus específicas funciones administrativas (artículo 45, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado).

El artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, manifiesta que la responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y

servidores de las instituciones del Estado se establecerá en base al análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en los artículos 76 a 82 de la Ley en cuanto tienen como deberes y atribuciones generales las instituciones del Estado y sus servidores, así como los personas y representantes de las personas jurídicas de derecho privado sometidas al control de la Contraloría General del Estado de:

- *“Remitir información para fines de auditoría sobre las operaciones o transacciones cuando les sean requeridos por escrito;*
- *Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad; el correcto manejo de los recursos públicos;*
- *El personal de auditoría y de determinación de responsabilidades que intervienen en los procesos de auditoría gubernamental, predeterminación o glosa y de determinación de responsabilidades civiles culposas o de indicios de responsabilidad penal desempeñarán sus funciones con independencia, profesionalismo y objetividad de acuerdo con el ordenamiento jurídico, aplicando las garantías constitucionales en la predeterminación y en la determinación de las responsabilidades administrativas y civiles culposas, guardar reserva de los hechos que conocieron en el cumplimiento de sus funciones y, cuando se trate de información sujeta a sigilo o reserva, utilizarla solo para los efectos previstos en la ley; e, informar según el caso por escrito a su superior jerárquico sobre la comisión de cualquier falta grave o hecho delictivo que verificaren con ocasión del cumplimiento de sus labores;*
- *La obligación que tienen otras instituciones de control dentro del ámbito de su competencia y la ley mediante sus máximas autoridades de informar a la Contraloría General del Estado sobre los actos derivados de los informes de inspección, supervisión y control, para precautelar los intereses del Estado y sus instituciones;*
- *Las instituciones del sistema financiero tienen la obligación por intermedio del órgano de control competente sin restricción alguna de informar a la Contraloría sobre las operaciones o transacciones determinadas por ésta con motivo de la práctica de la auditoría;*
- *Las personas jurídicas de derecho privado, que hayan recibido asignaciones de recursos públicos para financiar sus presupuestos, deberán conservar por cinco años*

*la contabilidad, registros y respaldos suficientes, para sustentar la correcta utilización de los mismos”.*

Incurrirán en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que, por acción u omisión, se encontraren comprendidos en una o más de las causales siguientes:

1. *“No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores;*
2. *Cometer abuso en el ejercicio de su cargo;*
3. *Permitir la violación de la ley, de normas específicas emitidas por las instituciones del Estado, o de normas de carácter generalmente obligatorio expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo;*
4. *Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;*
5. *No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental;*
6. *No establecer o no aplicar con sujeción a esta Ley y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo;*
7. *No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información;*
8. *Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la ley; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo;*

9. *No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control;*
10. *No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales, y demás organismos de control y fiscalización;*
11. *Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás instituciones del Estado;*
12. *No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido;*
13. *Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y,*
14. *Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes”.*<sup>196</sup>

El artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece las sanciones por faltas administrativas, el mismo que señala: “*Sin perjuicio de las responsabilidades civil culposa o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal, que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa previstas en el artículo anterior, originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de uno a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley.*”

*Las sanciones se impondrán graduándolas entre el mínimo y el máximo señalados en el inciso anterior de este artículo, debiendo considerarse los siguientes criterios: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e*

---

<sup>196</sup> Artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

*importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada”.*

En cuanto se refiere a la ejecución e imposición de las sanciones, el artículo 48 estipula: *“Las sanciones de destitución o de multa, o ambas conjuntamente, las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. Dicha autoridad informará mensualmente a la Contraloría General del Estado sobre la ejecución de las sanciones y, en su caso, de la recaudación de las multas.*

*Las sanciones serán impuestas y ejecutadas por la Contraloría General del Estado cuando la indicada autoridad haya dejado de hacerlo, o cuando se hubieren constituido en sujetos pasivos de la sanción, o cuando deba imponérselas a personas de derecho privado o a terceros.*

*La Contraloría General del Estado, antes de imponer la sanción de destitución, notificará al implicado sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo improrrogable de hasta treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, el Contralor General o los funcionarios de la Contraloría General del Estado competentes para hacerlo, emitirán su resolución dentro del plazo de sesenta días.*

*Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora”.*

La Ley da la facultad expresa de que las sanciones sean impuestas por la autoridad nominadora de la Institución del Estado afectada y si ésta no cumpliere será la Contraloría quien precautelando los intereses del Estado las imponga.

Las decisiones que impusieren sanción de destitución, son definitivas en la vía administrativa; pero podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de treinta días contado desde el día siguiente al de la notificación con la decisión de la sanción. (Art. 49)

La imposición de las multas previstas en la Ley y en las demás leyes, la destitución del cargo, o las dos sanciones impuestas a la vez, no enervan la acción penal correspondiente y

la recaudación de multas impuestas a las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se efectuará por la propia entidad, organismo o empresa a la que pertenecen, mediante retención de las remuneraciones, o por el procedimiento coactivo previsto en el artículo 57 de la Ley, según el caso.

Las multas impuestas a las personas naturales, a los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado, o a ex servidores públicos, serán recaudadas directamente por el organismo encargado de la determinación y recaudación de rentas de la respectiva jurisdicción, para lo cual emitirá los correspondientes títulos de crédito. (Arts. 50 y 51)

#### **5.4.2. Responsabilidad civil culposa.**

El artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se refiere a la Responsabilidad Civil Culposa y su fundamento en el **perjuicio causado** a la entidad, por la acción u omisión en la que han incurrido los servidores públicos o terceros involucrados, y surge a base del estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación y ejecución de estudios o proyectos de obras públicas.

La responsabilidad civil se sustenta en la acción u omisión que afectan la legalidad de las actividades y operaciones de las entidades y de los servidores, por efecto del incumplimiento de sus deberes establecidos en las leyes y la normatividad vigente para el sector público, lo que da lugar al origen del perjuicio económico, existiendo además relación directa o vínculo de causalidad entre el acto y el daño.

El establecimiento de esta responsabilidad es potestad privativa de la Contraloría General del Estado y se traduce en glosas y órdenes de reintegro; las dos de carácter económico, a efecto de cuantificar el perjuicio.

#### **5.4.3. Glosa.**

La glosa es la observación o pronunciamiento que formula el Organismo de Control a un servidor público o tercero involucrado en los hechos analizados por auditoría y que motivaron la realización del examen, detectándose así, un perjuicio económico, imputable a la acción u omisión del sujeto de responsabilidad, a efecto de que justifique documentadamente la imputación.

Por lo tanto, la glosa es el mecanismo jurídico y legal para que el sujeto responsable proceda a resarcir el perjuicio económico irrogado a la entidad como resultado de su acción u omisión en el ejercicio de sus funciones o en el desarrollo de sus deberes y obligaciones emanadas de un contrato.

*“Existe el principio general de que todo hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a repararlo. La obligación de reparación es una **obligación legal** que nace de la falta cometida.”*<sup>197</sup>

Este principio está recogido en el artículo 1480 del Código Civil, que declara que las obligaciones nacen *“a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”*. Es del hecho -no la injuria o daño- de donde nace la obligación jurídica de la responsabilidad civil.

*“Daño, en su sentido natural y obvio, significa todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona física o moral”*<sup>198</sup>

El perjuicio o daño irrogado puede ser de dos tipos: *“a) perjuicio económico, detrimento patrimonial, daño emergente y lucro cesante, con una valoración en dinero de características líquida, pura, clara y determinada; y, b) daño moral, por afectar a la honra, buen nombre, prestigio, libertad, crédito, expectativas sociales, etc., que no tiene una valoración en dinero de las características del primero y por tanto, requiere de un proceso de valoración y apreciación”*.<sup>199</sup>

El daño debe ser cierto, es decir que se lo pueda establecer contablemente; y además, material, porque se debe deducir el daño emergente (la inversión), el lucro cesante (lo que deja de percibir la institución) y los intereses calculados al máximo legal.

Así, el *“resarcimiento del daño comprende, por lo general, no sólo el daño positivo por disminución del patrimonio **daño emergente**, sino también el daño negativo por ganancia*

---

<sup>197</sup> Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. según Tratado de Planiol Traducción de Delia García Daireaux. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina 1965. Tomo V, página 11

<sup>198</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Unduraga, Manuel. Curso de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I. Editorial Nascimento, Tercera Edición, Santiago de Chile, 1961, página 496.

<sup>199</sup> Luis Hidalgo López. La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos. PUDELENCO. Primera Edición, Quito Ecuador, página 159.

*dejada de obtener en la gestión afectada **lucro cesante**. La valoración del primero **daño positivo** es relativamente simple. La cuantificación del segundo **daño negativo** depende de las apreciaciones demostradas de la hipótesis de una ganancia, de un lucro legítimo, esperando ser obtenido en forma razonable en el futuro e impedido por el daño.*<sup>200</sup>

Resarcir el daño inferido puede aproximarse a la pena, la cual tiene la función de reintegración patrimonial; el resarcimiento cumple el cometido de restaurar el patrimonio del perjudicado, lesionado, agraviado, puesto que este tipo de daño es patrimonial.

En concreto, la determinación de responsabilidades civiles, vía glosa, comprende al acto administrativo mediante el cual la Contraloría General del Estado, en uso de sus facultades previstas en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, imputa una obligación pecuniaria a uno o varios servidores públicos, así como a los terceros involucrados, con la finalidad de que respondan frente al Estado por el perjuicio ocasionado.

Los indicados sujetos, tienen la posibilidad de exponer o presentar la documentación que respalde las operaciones o de más justificativos que sirvieron de base para la práctica de la actividad objetada, pues la auditoría gubernamental, les notifica con el motivo del examen, y en el campo de trabajo mantiene permanente comunicación con los servidores de la entidad, por lo que si se determinaran glosas sin la convocatoria inicial a la práctica de la auditoría o examen especial, éstas traerían consigo la nulidad en favor de los responsables no convocados.

Luego de practicado el examen de auditoría dentro del plazo establecido y de acuerdo a su alcance, el auditor debe elaborar un informe, el mismo que de acuerdo al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, debe ser aprobado por el Contralor General, para luego ser remitido a la máxima autoridad de la entidad y organismo de que se trate y a los demás funcionarios que corresponda.

Cada informe debe contener los pertinentes **comentarios, conclusiones y recomendaciones**, determinando lo siguiente:

---

<sup>200</sup> Luis Hidalgo López. La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos. PUDELENCO. Primera Edición, Quito Ecuador, página 159

1. Los comentarios respecto a las operaciones, actividades y asuntos examinados;
2. Las conclusiones con respecto a las operaciones, actividades y asuntos examinados, que darán fundamento a la determinación de responsabilidades, cuando las haya, y al establecimiento de acciones correctivas; y,
3. Las recomendaciones para mejorar las operaciones de la entidad y organismo en los aspectos administrativos, financieros y de control interno, según la clase del examen.

Cuando la auditoría interna de una entidad, sea la que haya detectado hechos o circunstancias que ameriten el establecimiento de una responsabilidad civil, el auditor interno comunicará de inmediato a la máxima autoridad y a la Contraloría General acerca del particular observado.

Las unidades de auditoría interna de gestión, para efecto de determinación de responsabilidades correspondientes, enviarán a la Contraloría General del Estado, ejemplares de sus informes en el término de ocho días contados desde la fecha de suscripción, juntamente con la documentación probatoria de los hechos informados.<sup>201</sup>

Con los resultados de la acción de control, las unidades de auditoría, tanto de la matriz, como de las Direcciones Regionales, Delegaciones Provinciales y las Unidades de Auditoría Interna, predeterminan las responsabilidades.

La responsabilidad debe estar fundamentada de manera exacta, sin divagar, concretándose al punto observado, y facilitando al administrado todos los elementos de juicio y demás demostraciones contables que sustenten el origen del perjuicio de la inobservancia o el perjuicio económico.

En el caso de determinar una responsabilidad civil solidaria, se especificará el grado de participación de cada uno de los responsables (nombres y apellidos completos, funciones o cargos, domicilio, datos que permitirán realizar las futuras notificaciones) con la expresión de la acción u omisión perfeccionada, así como la verás identificación de quien o quienes hagan cabeza en la responsabilidad.

Luego de la predeterminación, se procede a notificar legalmente mediante boleta personal; por correo certificado; o, por la prensa. De conformidad con el artículo 55 de la Ley

---

<sup>201</sup> Artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Orgánica de la Contraloría General del Estado, concediéndole el plazo perentorio de sesenta para que las contesten y presenten las pruebas que consideren necesarias con la finalidad de desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la responsabilidad.

#### **5.4.4. Orden de reintegro.**

Es una responsabilidad civil que se perfecciona por la preexistencia del perjuicio económico, pues se ha producido la práctica de desembolsos indebidos; esto es, erogaciones practicadas sin sustento legal o contractual, transferidas de una entidad del sector público a favor de personas naturales o jurídicas del sector privado, de cuya ilegalidad será responsable subsidiario el servidor de la propia entidad que originó el daño o perjuicio.

El numeral 2 del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, manifiesta: *“Mediante órdenes de reintegro en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contado a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa”.*

#### **5.4.5. Indicios de responsabilidad penal**

El artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se observa que esta norma legal menciona ya a este tipo de responsabilidad como “indicios”; al amparo del artículo 212 de la Constitución Política de República, que significa la posibilidad real de un hecho que hace presumir algo con fundamento. Los indicios son evidencias que fundamentan el establecimiento de presunción de responsabilidad penal, éstos deberán ser claros, precisos, unívocos y concordantes.

Así, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Contraloría tiene atribuciones para establecer responsabilidad, entre ellas las presunciones penales por delitos de peculado y otros delitos, particularmente de aquellos contra la administración y fe pública, sobre los cuales se informará a la auditoría competente mediante denuncia u orden superior de origen administrativo.

Basados en el principio jurídico de que no hay delito ni pena sin ley, así mismo el acto que origina la presunción de responsabilidad penal, debe estar determinada y encuadrada en el Código Penal, contrariamente no habrá lugar a esta clase de presunciones cuando el acto o acción no esté tipificado en el Código Penal. Para que una acción constituya delito, ésta debe estar precedida de una fase intelectual, delictiva, existir antijuricidad, imputabilidad y dolo; **antijuricidad**, cuando la acción es contraria a las normas legales; **imputabilidad**, cuando es posible atribuir la acción a un sujeto determinado; y **dolo**, porque el autor ha violado la ley con consciencia y voluntad.

#### **5.4.6. Determinación de responsabilidades mediante resoluciones**

El acto administrativo que genera la Contraloría General del Estado es la “*Resolución*”, la misma que es el resultado de la acción de control y la predeterminación de responsabilidades tanto administrativas cuanto civiles culposas.

La auditoría recoge y analiza el desenvolvimiento de la entidad, plasmando en su informe los hallazgos encontrados y estableciendo claramente los responsables, quienes deben asumir ante el Organismo de Control, el establecimiento de las responsabilidades, las mismas que no constituyen ser actos firmes, ya que el administrado o inculpado, puede acceder a varios mecanismos de defensa con la finalidad de desvirtuar su responsabilidad o participación en el perjuicio.

Por lo expuesto, las responsabilidades establecidas, cuando se tratan de responsabilidades civiles vía glosa son analizadas en primera y segunda instancias administrativas por el propio Organismo, emitiéndose con o sin pruebas de descargo la pertinente resolución de primera instancia; a petición de parte, el recurso de revisión si fuere del caso y de oficio en situaciones excepcionales; mientras que, las resoluciones que confirman sanciones administrativas y órdenes de reintegro son definitivas en la vía administrativa, pero podrán

ser impugnadas ante los tribunales de lo contencioso administrativo, de conformidad con los artículos 49 y 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La resolución es un acto administrativo de decisión unilateral, el cual trae consigo efectos jurídicos; la misma que **confirma** o **desvanece** las responsabilidades, como resultado de los informes de las acciones de control; que se dicta luego del análisis exhaustivo de las pruebas remitidas si las hubiera; el sustento legal con el cual se estableció el cargo; por lo que, al juzgar se deberá considerar si el inculpado causó u originó con sus hechos positivos o negativos, es decir, con sus acciones u omisiones perjuicio económico a la entidad; así como también se deberá juzgar la legalidad, veracidad, propiedad y corrección de las transacciones o de los desembolsos practicados.

El doctor Luis Hidalgo López, en su obra titulada La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos, respecto a las glosas confirmadas señala que determinan “...*un derecho a cobrar para el Estado y una obligación pecuniaria de pagar para el empleado glosado, de cumplimiento obligado y compulsivo.*” “*Expresado en términos técnicos, la confirmación de las glosas constituye, sin más, una obligación legalmente exigible por el Estado.*”<sup>202</sup>

#### **5.4.6.1. Procedimiento.**

Luego de la notificación legal con la responsabilidad, el administrado según el tipo de responsabilidad, tiene el plazo perentorio de treinta, sesenta y noventa días para contestar y presentar las pruebas correspondientes, por lo que terminado este plazo, el Contralor o su delegado según el Reglamento de Delegación de Firmas, se pronunciará al respecto, mediante la resolución, acto administrativo confirma o desvanece la fundamentación de la responsabilidad emitida.

En caso que el involucrado no haya contestado ni presentado documento alguno de descargo, la resolución se deberá dictar en rebeldía, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, en tal caso se analizará el informe de la acción de control, los fundamentos legales que amparan la responsabilidad y se resolverá.

---

<sup>202</sup> La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos, Dr. Luis Hidalgo López, Editorial PUPELECO, Primera Edición, Quito-Ecuador, 1985, pág. 18

Si dentro del plazo legal el interesado contesta y remite pruebas, el Organismo de Control, deberá proceder a juzgar de acuerdo al artículo 28 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, de la siguiente manera:

1. Establecerá un concepto claro y preciso de las glosas, sintetizando los fundamentos de hecho y derecho que las sustentan con relación al perjuicio causado, determinando el motivo y monto, así como la identificación de los sujetos responsables.
2. Examinará las alegaciones formuladas por el glosado, distinguiendo los aspectos concordantes y aquellos en los que está en desacuerdo.
3. Estudiará las pruebas presentadas, empezando por analizarlas en su aspecto formal, para tener la seguridad de que se trata de documentos auténticos, legítimos y que reúnen los requisitos establecidos en el artículo 27 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, esto es, estar debidamente certificado por autoridad competente, luego estudiará su contenido para llegar a deducir una conclusión lógica, apreciando las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, procurando establecer la verdad de los hechos y consecuentemente la aplicación de la justicia; y,
4. Determinar los puntos de derecho y las disposiciones legales aplicables, de acuerdo con la Ley y la organización interna de la respectiva entidad u organismo.

Posterior al seguimiento de los indicados parámetros, y luego del análisis efectuado, en caso de que aparecieran indicios fehacientes de los cuales se pueda desprender una nueva responsabilidad en contra de servidores o terceros involucrados, distintos a los que originalmente se notificó con la responsabilidad, se formulará una nueva y se la trasladará al sujeto que aparezca responsable, suspendiéndose el trámite resolutivo hasta que sean notificados legalmente y decurra el tiempo perentorio para que remitan las pruebas de descargo, en aplicación al derecho de defensa que tiene los nuevos observados.

Las resoluciones deberán ser emitidas por escrito y motivadas con la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho con cita de la documentación y actuaciones que las fundamenten las disposiciones legales vigentes, así se decidirán todas las cuestiones planteadas por los administrados o interesados.

Para el juzgamiento administrativo por parte del Organismo de Control, es necesario contar con las contestaciones de los administrados y las pertinentes pruebas que sustenten las aseveraciones en torno al motivo que sustenta la responsabilidad.

La Contraloría General del Estado considera como medio probatorio la prueba instrumental, basada en documentos auténticos o copias certificadas, de acuerdo a lo que establece el artículo 27 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, disposición legal que establece que *“cuando hayan hechos que justificar, se admitirá para descargo de la responsabilidad civil la prueba instrumental, pudiendo consistir ésta en documentos auténticos o copias certificadas de los mismos”*.

En cuanto a las copias simples, éstas se las considera como de carácter informativo y no probatorio, por no tener el respaldo o aval de la entidad que garantice el contenido del documento, entonces, toda la documentación que puedan remitir los glosados debe contar con los requisitos establecidos en el artículo 27 del Reglamento de Responsabilidades, esto es, estar debidamente certificada por autoridad competente.

Las copias notariadas no son aceptadas como prueba plena, cuando se traten de documentos públicos, puesto que, según lo establece el artículo 18 de la Ley Notarial, el notario únicamente da fe pública en cuanto a los comparecientes y fecha de otorgamiento de los documentos, no así del contenido de los mismos, estas pruebas requieren un mayor análisis para ser aceptadas, pues deben cotejarse con los argumentos, y demás documentación de la cual se deriven, así como de la apreciación del auditor que plasmó en el informe y predeterminación de responsabilidades.

Las declaraciones testimoniales, confesión judicial, inspección ocular, informes periciales, careos, evaluación de citas, reconocimientos de documentos u otras similares, se aceptarán actuadas ante la justicia ordinaria, previa notificación judicial a la Contraloría General del Estado; por lo tanto este tipo de pruebas, tienen validez plena, si cumplen el requisito anotado, caso contrario su valor probatorio pierde eficacia.

Las pruebas remitidas deben ser apreciadas bajo las reglas de la sana crítica, tratando de compilar la legalidad y la justicia, este análisis permitirá que el Organismo de Control, llegue a una conclusión concreta y acorde a la verdad de los hechos, para de esta manera dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 66 y 76 de la Constitución de la República.

En la parte resolutive se hará constar el valor que se confirma o se desvanece, número de glosa, sujeto responsable, así como la función o cargo que desempeña en la entidad examinada y el nombre de ésta; en la resolución también se dispondrá la remisión a la autoridad competente, de la consiguiente copia certificada de la resolución para la

recaudación de los títulos de crédito, producto de las responsabilidades confirmadas, el funcionario ejecutor, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la notificación que al efecto se haga de la resolución, comunicará a la Contraloría General del Estado sobre la emisión del título de crédito en referencia, con especificación del número y fecha del mismo, según lo establece el inciso segundo del artículo 32 del Reglamento de Responsabilidades.

Las obligaciones provenientes de las resoluciones ejecutoriadas expedidas por el Contralor General, por efecto de la determinación de responsabilidad civil culposa, plasmadas en la consiguiente resolución, multas, glosas y órdenes de reintegro de pagos indebidos con recursos públicos que establezcan obligaciones a favor del Gobierno Central, así como de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer coactiva serán recaudadas por el Organismo de Control mediante jurisdicción coactiva.

En relación a las glosas, luego de emitida la resolución, si ésta fuere confirmatoria, el o los interesados podrán solicitar el consiguiente recurso de revisión ante el Contralor General de Estado, de conformidad con los artículos 60, 61 y 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, juntamente con la presentación de pruebas y argumentos que respalden su pedido.

El recurso puede ser solicitado dentro de sesenta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución original, esto es, antes que se ejecutorie; el efecto que trae consigo el recurso, es impedir la emisión del título de crédito correspondiente.

Si en esta instancia los documentos presentados no han justificado las responsabilidades observadas, se expedirá una resolución en la que se ratifica el cargo confirmado.

No procede el recurso de revisión cuando el asunto esté en conocimiento o haya sido resuelto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; o cuando el asunto se esté substanciando o haya sido resuelto por la justicia ordinaria civil o penal; cuando desde la fecha en que se notificó la resolución original haya transcurrido más de un año; y, cuando la correspondiente solicitud no esté fundamentada en forma legal y documental.

Agotada la vía administrativa con la resolución confirmatoria en el recurso de revisión, o de la negativa de la revisión, en los casos que fueren susceptibles de impugnación ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la respectiva demanda se presentará

dentro del término de sesenta días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la decisión que se impugna; la contestación a la demanda se presentará en el término de veinte días contados a partir de la citación.

La revisión no es un requisito previo para impugnar una resolución, pero mientras se tramite una revisión, no podrá ejecutarse la resolución recurrida ni deducirse acción contenciosa.

Si la Contraloría General del Estado, hubiere dado cumplimiento a la emisión del título de crédito y su respectivo cobro, en la providencia que conceda la revisión, ordenará al organismo ejecutor que corresponda, que se suspenda el trámite coactivo en el estado que se encuentre.

Notificada la providencia de resolución, el Contralor General, tendrá el plazo de noventa días para dictar una nueva resolución motivada, en la que se confirmará, revocará, modificará, o sustituirá la resolución revisada.

La resolución respecto de la determinación de responsabilidad civil culposa, se expedirá en el plazo de 180 días, según lo establece el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de no expedirse en este plazo, los interesados podrán considerar el silencio como negación tácita del recurso y podrán proponer acción contenciosa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Las resoluciones que se dicten por el recurso de revisión, quedarán ejecutoriadas, cuando no fueren impugnadas, comunicándose al pertinente organismo para que prosiga con el proceso de ejecución coactiva.

#### **5.4.6.2. Impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.**

El autor José Roberto Dromi, manifiesta que: *“La realización del Estado de derecho, robusteciendo las garantías ciudadanas, no solo requiere de la solemnidad declarativa constitucional, sino también de la implementación constitutiva legal-procesal. No basta haber obtenido todo género de libertades políticas, también son indispensables las vías de su amparo, que conformen la armonía entre el ordenamiento constitucional y las formalidades administrativas”*.<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> José Roberto Dromi, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1980, página 123

El autor Hildegard Rondón de Sansó, en su obra de Procedimiento Administrativo, señala: *“Es finalidad del procedimiento administrativo obrar como garantía jurídica especial, a través del control interno (de oficio) o externo (a impulsión de parte) generado por las partes o los sujetos de toda relación jurídico-pública.”*<sup>204</sup>

Sin duda en nuestra legislación y para el estudio propuesto, no opera de oficio, es el administrado el que acude al Contencioso Administrativo, con la finalidad de reclamar por la decisión o voluntad de la administración pública.

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que *“El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante”*.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tiene conocimiento y resuelve en única instancia los conflictos jurídicos que nacen de los actos administrativos practicados por las entidades y organismos del sector público, teniendo como principal premisa de que la administración pública, desarrolla su actividad con apego a las normas legales establecidas respecto a la actividad que ejecuta.

El literal b) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, expresa que dentro de las atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal está: *“Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquéllas;.- Conocerá también los juicios de excepciones a la coactiva originados en resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación;.- Conocerá y resolverá igualmente en única instancia, de las acciones de prescripción de los créditos fiscales, estatales, locales o seccionales o de las Instituciones Públicas originados en decisiones de la Contraloría General, que se hubieren promovido o se promuevan por los directamente interesados, así como de las excepciones que se propongan en procedimientos coactivos instaurados para el cobro de créditos provenientes de resoluciones dictadas por la Contraloría General de la Nación”*.

---

<sup>204</sup> Hildegard Rondón de Sansó. El procedimiento administrativo, Editorial Temis 1980, Tomo I, Bogotá-Colombia, pág. 72

Las resoluciones emitidas por el Organismo Superior de Control, quedan firmes y ejecutoriadas en el momento en que no han sido impugnadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

#### **5.5. EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO**

Como se ha explicado en párrafos precedentes, los actos administrativos emitidos por el Organismo de Control, mediante Resoluciones son susceptibles de recursos tanto administrativos como judiciales, el silencio administrativo que como se ha analizado en su contexto, que opera para la predeterminación de responsabilidades es el silencio administrativo negativo, toda vez que, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 85, dispone la “denegación tácita”, la misma que da origen a que el administrado pueda recurrir directamente ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

## CONCLUSIONES

- 5.5.1.1.1.1.1.** El silencio administrativo nació con la premisa de salvaguardar los intereses de los particulares, cuando la administración pública no cumple con la obligación de resolver y notificar los procedimientos que tramite dentro de los plazos previstos en la Ley.
- 5.5.1.1.1.1.2.** El silencio administrativo es un método establecido por la ley ante la falta de resolución en el plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración.
- 5.5.1.1.1.1.3.** La administración está obligada a dictar resolución expresa, y a notificarla, en el plazo máximo que señale la norma reguladora de cada tipo de procedimiento.
- 5.5.1.1.1.1.4.** Los actos administrativos producidos por silencio administrativo producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que deben dictarse y notificarse la resolución.
- 5.5.1.1.1.1.5.** El efecto en el caso del silencio positivo, es que da lugar a un auténtico acto presunto estimatorio que no puede ser desconocido por la administración.
- 5.5.1.1.1.1.6.** El efecto en el caso del silencio negativo, es el de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda.
- 5.5.1.1.1.1.7.** Su naturaleza condiciona las posibilidades de actuación de la administración, una vez que surgen los dos tipos de actos, pues en los casos de estimación por silencio administrativo positivo, la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto estimatorio sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, mientras que, en los casos de desestimación por silencio administrativo negativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.
- 5.5.1.1.1.1.8.** El silencio administrativo que procede en actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado, es el silencio administrativo negativo, por disposición del artículo 85 de su Ley Orgánica que manifiesta: “Denegación tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles y sobre reconsideración de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin

perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos...”

- 5.5.1.1.1.1.9.** La predeterminación de responsabilidades por parte del Organismo de Control, sin el fundamento legal y técnico pertinente, hacen que los servidores públicos y terceros involucrados deban recurrir al Organismo de Control para presentar su argumentación y documentación con el fin de desvirtuar el fundamento de las presuntas responsabilidades notificadas, llegando a desvanecerlas en la instancia administrativa.
- 5.5.1.1.1.1.10.** La falta de conocimiento de los servidores públicos de sus deberes y obligaciones genera incumplimiento de las funciones establecidas en los Estatutos Orgánicos por Procesos y Manuales de Organización de las entidades en las que prestan sus servicios; una vez efectuada la acción de control, produce sanciones administrativas o responsabilidades civiles por acción u omisión culposa, que se pueden prevenir con la capacitación oportuna y el conocimiento del entorno organizacional.
- 5.5.1.1.1.1.11.** La gran cantidad de observaciones que se establecen en las acciones de control, de las cuales luego los administrados deben presentar justificativos para que sean analizados en la Dirección de Responsabilidades y la Dirección de Recursos de Revisión de la Contraloría General del Estado y la falta de funcionarios para que efectúen dicho análisis, dificulta que se emitan las resoluciones en los plazos previstos en la Ley.
- 5.5.1.1.1.1.12.** La mayoría de administrados, a pesar de que, las resoluciones no son emitidas dentro de los plazos previstos en la Ley, no acuden a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pues creen perder una instancia administrativa de juzgamiento.
- 5.5.1.1.1.1.13.** El tema materia de esta investigación es el Incidencia del Silencio Administrativo, en los actos administrativos generados por la Contraloría General del Estado; y, como se ha establecido en todo lo actuado anteriormente, la incidencia del silencio administrativo es casi imperceptible, toda vez que, los administrados no acuden a solicitar la certificación al Organismo de Control, por falta de conocimiento, o porque temen perder una instancia administrativa de juzgamiento.

## RECOMENDACIONES

1. En Perú, específicamente, existe una Ley sobre Silencio Administrativo, con los pertinentes formatos y normas establecidas para solicitarlo, en el Ecuador, se debería proponer a la Asamblea Legislativa, una norma que establezca y determine con claridad el procedimiento, los pasos a seguir y las consecuencias posteriores del incumplimiento por parte de los funcionarios del sector público que no cumplan con los plazos establecidos en las disposiciones legales, para emitir actos administrativos (resoluciones).
2. Tratándose del Organismo de Control, que es quien debe velar por que los recursos públicos sean utilizados de manera adecuada en beneficio del pueblo, las acciones de control deben precautelar que estos funcionarios cumplan con su deber de servicio, la Contraloría General debe mantener un perfil muy elevado de conocimiento por parte de sus funcionarios para establecer y definir con claridad los incumplimientos constitucionales, legales, reglamentarios, normativos, estatutarios, con el fin de salvaguardar los intereses de la ciudadanía, así como generar responsabilidades reales que conlleven al resarcimiento del perjuicio económico generado al Estado y sus Instituciones.
3. La capacitación oportuna, de todos los funcionarios públicos hará que su conocimiento precautele los intereses del Estado, sin que el Organismo de Control deba establecer responsabilidades, pues, ese conocimiento hará que se generen en menor número determinaciones de responsabilidades y así las que se establecieran realmente podrían ser juzgadas y emitidas dentro de los plazos previstos en su Ley Orgánica.
4. El conocimiento hace de los funcionarios públicos, verdaderos líderes al servicio del pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA

**ABELLÁN GARCÍA**, Joaquín: "Liberalismo alemán del siglo XIX, página 133

**ALESSANDRI**, Rodríguez, Arturo y Somarriva Unduraga, Manuel. Curso de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I. Editorial Nascimento, Tercera Edición, Santiago de Chile, 1961, página 496.

**ALVAREZ FAGIONI**, Alejandro Dr., Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil Ecuador, 1982, pág. 11

**BIANCHI**, Carlos A. c/Municipalidad de la Capital Argentina JA, 1982-1-356

**BULLINGER**, Martín "La Administración, al ritmo de la economía y de la sociedad, en REDA 69, enero-marzo 1991

**BULLINGER**, Martin: La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad. Reflexiones y reformas en Francia y Alemania", DA 234, abril-junio 1993, pp 90-91

**BURDEAU**, Francois: Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle, Ed. Montchrestien, 1989, página 303

**BURDEAU**, Francois: Histoire du droit administratif, Ed. PUF, Col. Thémis Droit Public, París 1995, página 175

**CABANELLAS**, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 10ma. Edición. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Pág. 36

**CABANELLAS**, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo III, p. 432, Ediciones Arayú, Editorial Depalma. Buenos Aires-Argentina

**CAMPAÑA**, Joffre. Apuntes de Derecho Administrativo.

**CHEVALLIER**, Jacques: L'Etat de droit, Ed. Montchrestien, París, 1992, páginas 14-15, 32

**CIFUENTES MUÑOZ**, Eduardo citado en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional

**CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**, artículo 944.-

**CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO**, artículos 33 y 35

**CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.**- “La ley declara actos de comercio en general: [...]”

**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, Art. 79, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito

**CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN**, COOTAD, Art. 382

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.**- Artículo 75, inciso 12.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Quito. Art. 66, numeral 23

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Arts 119,. 219, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito No. 148, del 20 de marzo de 1985.

**CODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1996**, Art. 23, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1996, Quito.

**COSTA**, Jean Paul: *Le Conseil d’État dans la société contemporaine*, Ed. Económica, París. (Dicha evolución se había producido con la Ley orgánica de 24 de mayo de 1872).

**COUTURE**, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ta. Edición. Edit. B de F. Montevideo. 2002. Págs. 47 y 48

**DECRETO 601**, del 15 de marzo de 1985, publicado en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985. Se dictan normas para la aplicación del Programa Nacional de Desburocratización, promulgado por el Vicepresidente de la República, Encargado de la Presidencia, (Dr. Blasco Peñaherrera Padilla) <http://es.wikipedia.org/wiki/administración>

**DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA.** *Informe Especial: El régimen jurídico de plazos preclusivos para la impugnación del silencio administrativo*. Navarra: Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad de Navarra. Julio, 2008, p.17.

**DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA.** Op. Cit., pp.45-50.

**DEFENSOR DEL PUEBLO.** *Informe a las Cortes Generales*. Madrid: Con relación al silencio, administrativo el Defensor del Pueblo de España en el Informe a las Cortes Generales de 1984”. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General (Dirección de Estudios) Serie Informes. 1984

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** del 07 de julio del 2007. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 08 de septiembre del 2007.

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 11 de junio de 1989. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 13 de noviembre de 1991. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** N° 36.43 del 10 de enero de 1984. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** N° 39.013 del 7 de octubre de 1989. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 02 de septiembre de 1989. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 13 de abril del 2009.

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 14 de diciembre del 2007.

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 14 de febrero del 2008.

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 30 de diciembre de 1992. Perú

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 30 de noviembre del 2007.

**DIARIO OFICIAL “El Peruano”** el 31 de enero de 1994. Perú

**DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Real Academia Española, vigésima segunda edición 2001, Madrid.

**DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, (Real Academia Española), p. 1326, Editorial Espasa - Calpe S.A., 1979.

**DROMI**, José Roberto, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1992, Pág. 175

**DROMI**, José Roberto, **Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública**, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1980, página 123

**DROMI**, Roberto, **Derecho Administrativo**, 12a edición, Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina – Hispana Libros, 2009, páginas 122-124 - 337-362

**DUGUIT**, León, Citado por Vidal Perdomo, Jaime. **Derecho Constitucional**, Pág. 59

**FONT I LLOVET**, Tomás: “La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños” en **RAP** 123, septiembre-diciembre 1990, p. 79

**FORTI**, Ugo, Il “silenzio” della pubblica amministrazione ed I suoi processuali” en Rivista di diritto processuale civile 2, 1932, páginas 145-146 y nota 1

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

**GACETA JUDICIAL** N° 15 Serie XVI.

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

**GACETA JUDICIAL**, Año XCVII, Serie XVI, N.º 10, página 2716.

**GACETA JUDICIAL**, Año XCVII, Serie XVI, No.8, página 21 94

**GACETA JUDICIAL**, Año XCVIII, Serie XVI, No. 13, página 3676

**GACETA JUDICIAL**. Año XCIX. Serie XVI. N.º 14. Pág. 4159.

**GACETA JUDICIAL**.- Corte Suprema de Justicia en fallos reiterados constantes en la jurisprudencia de casación Año XCVII, serie 16, No. 10, Pág. 2716

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

**GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid. 1986 13 edición

**GARCÍA OVIEDO**, Carlos: “Los Orígenes del Derecho administrativo español”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia 6, 1943, pp 586-587

**GARCÍA PÉREZ**, Alan. *Por un Perú Moderno. Decretos Legislativos. Presentación y Guía por Alan García*. Lima: Ministerio de Justicia. Julio, 2008, p.7

**GARCÍA-TREVIJANO GARNICA**, Ernesto: “El silencio administrativo en el Derecho español, Ed. Civitas, Col. “Monografías”, Madrid, 1990. Pp. 24-26.- 23 y 24

**GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús, “Derecho Procesal Administrativo”, página 461, Madrid, 1966

**GUÍA DE AUDITORÍA INTERNA**. Contraloría General del Estado, Departamento de Comunicación, Quito Ecuador, 2000, página 38

**HAURIOIU**, Maurice: Précis de Droit administrative et Droit Public, 1921 página 410. Traducción de la sentencia de REDONDO, Pedro: La teoría del silencio administrativo en la legislación y en la jurisprudencia española, conferencia pronunciada en la Academia nacional de jurisprudencia.

**HIDALGO**, López, Luis.- La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos. PUDELENCO. Primera Edición, Quito Ecuador, páginas 18, 159.

**HILDEGARD**, Rondón de Sansó. El procedimiento administrativo, Editorial Temis 1980, Tomo I, Bogotá-Colombia, pág. 72

**IHERING**, Rudolph Von: La lucha por el Derecho, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", 1985, reimpresión 1993

**INDECOPI**, "Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Licencias de Apertura de Establecimientos y Licencias Especiales". p.6. Se precisa que estos lineamientos están sujetos a revisión por los cambios normativos ocurridos

**JARAMILLO**, Hermán. LA ACTIVIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

**JÉZE**, Gastón: Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public, en revue de Droit Public 1905, páginas 780-781

**LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL**, Art. 44, Registro Oficial 245, del 30 de julio de 1999.

**LEY DE MINERÍA**, Suplemento del Registro Oficial No. 517, de 29 de Enero de 2009

**LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**, Ley 50, Registro Oficial 349, 31 de Diciembre de 1993

**LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA**, Art. 28, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito. Artículos 28, 38

**LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO**, Disposición Final Primera, Registro Oficial 341, del 22 de diciembre de 1989.

**LEY No.29060**. promulgada el 28 de junio de 2007, Lima – Perú Silencio Administrativo

**LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR**, Registro Oficial No. 298 - martes 12 de Octubre de 2010 SUPLEMENTO

**LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO** Artículos 1, 19, 20, 21, 22, 23, 42, 43, 44, 45, 46, 85

**LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**, Art. 5, literal a), Registro Oficial No. 372, del 19 de julio del 2001.

**LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA**, Ley sin número, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 144, del 18 de agosto del 2000.

**LO STATO SECONDO IL DIRITTO OSSIA LA GIUSTIZIA NELL'AMMINISTRAZIONE POLITICA**, Ed. Nocila Zanichelli, Bologna, 1884, traducción de Isacco Artom. Páginas 100, 229.- El Estado de acuerdo con la ley, que la política de la administración de justicia

**MASIP ACEVEDO**, Julio “Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa” en Il Foro amministrativo 1929, vol. V., pp 106-114. : “El silencio en el Derecho Administrativo español” en Trabajos de la Cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo, 1934.

**METELLO** de Pratolini.- Historia de Italia, 2da. Ed, Ed. Celeste, Madrid, 1995, página 178.-

**MONROY CABRA**, Marco Gerardo, Decimotercera edición, 2003. Introducción al Derecho, Bogotá. Editorial Temis

**MORA CAICEDO**, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2008.

**NARANJO MEZA**, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá. Editorial Temis.

**NARANJO OCHOA**, Fabio. Derecho Civil Personas y Familia, Bogotá. Editorial Señal Editora, Cuarta edición, 1992, página 256

**NIETO GARCÍA**, Alejandro: “Apuntes para una historia de los autores de Derecho Administrativo español” en 34 artículos seleccionados de la Revista de Administración pública con ocasión de su centenario. Ed. INAP. Col. “Estudios Administrativos”, 1984, p. 39.

**ORDOÑEZ**, Espinosa Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador, PUDELECO Editores S.A. Quito, 1995, Pág.48-49.

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

**PARADA**, R: Derecho Administrativo. Tomos I & II. 14<sup>o</sup> edición. Ed. Marcial Pons

**PENAGOS**, Gustavo. Derecho Administrativo Nuevas Tendencias. Editorial Doctrina y Ley. Quinta edición. Bogotá. D.C. 2004.

**PENAGOS**, Gustavo. La Administración Pública.- Bogotá 1992 página 174

**QUENTIN-BAUCHART**, E: Etudes et souvenirs sur la Deuxième République et le Second Empire (1848-1870). Memories posthumes publiés par son fils, tomo II, Ed. Libraire Plon,

París, 1901, páginas 370-371.- Estudios y souvenirs la Segunda República y el Segundo Imperio, memorias póstumas publicadas por su hijo, tomo

**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, 2001, "Diccionario de la lengua española", Tomo II, página 2064, Madrid.

**REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO**, Decreto Ejecutivo 1581, Suplemento del Registro Oficial 349, de 18 de Junio de 2001

**REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE AUDITORÍA, CONTRALORÍA**, Art. 58, Registro Oficial 386, del 24 de febrero de 1994.

**REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MINERÍA**, DECRETO No. 119, Registro Oficial No. 67 - Lunes 16 de Noviembre de 2009 SUPLEMENTO

**RESOLUCIÓN 128-2000-TP**, del 24 de julio del 2000, caso 1119 de amparo constitucional. Gaceta Constitucional N° 22 [en línea]. Quito: Tribunal Constitucional. Enero-abril, 2007, p.132.

**RIPERT**, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil., según Tratado de Planiol Traducción de Delia García Daireaux. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina 1965. Tomo V, página 11

**ROBERT Von Mohl** en Revista de Estudios Políticos (Nueva época) 33, mayo-junio 1983

**RODRÍGUEZ R.**, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá. Editorial Temis, Decimosexta edición, 2008

**SAAVEDRA BECERRA**, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera Reimpresión. Bogotá D.C. 2005.

**SANTAMARÍA PASTOR**, J: Principios de Derecho Administrativo General

**SANTOFIMIO G.**, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. 1994 páginas 32, 33, 34

**SAVIGNY**, Friedrich Karl Von, Citado por Monroy Cabra, Marco Gerardo, Introducción al Derecho, Pág. 329, Naranjo Ochoa, Fabio; Derecho Civil Personas y familia, Pág. 256

**SAVIGNY**, Friedrich Karl Von, Citado Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. Pág. 31

**SAYAGUÉS** Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Montevideo, 1963, págs. 435 a 438.

**SENTENCIA** mayo 20 de 1999, Consejo de Estado. Sección Primera. expediente 5267. Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Sección Primera. Agosto 26 de 1999, expediente 5384. Consejero Ponente: Doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

**SENTENCIA 0130\_02** de noviembre 21 de 2002. Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

**SENTENCIA** 28 de julio de 1994 Consejo de Estado. Sección primera,

**SENTENCIA 5887** del 11 de mayo de 2000. Consejo de Estado. Sección Primera, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

**SENTENCIA** del 14 de octubre de 1999, Consejo de Estado Sección tercera, expediente 13.076. Consejero Ponente: doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sec. Segunda. Sentencia 9351 de febrero 9 de 1996; Sección primera. Sentencia 4774 del 5 de marzo de 1998. C.P.: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz

**SENTENCIA Nº 1003-98-AA/TC**, del 06 de agosto del 2002, caso Jorge Miguel Alarcón Menéndez, fundamento jurídico Nro. 3.

**SENTENCIA:** Enero 20 de 1998 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Referencia: Expediente 8993, Perú.

**SPA VENTA**, Silvio: “La Giustizia nell’Amministrazione” discurso pronunciado en la Asociación constitucional de Bergamo el 6 de mayo de 1880. En la página 24 se señala como: aboliendo radicalmente la jurisdicción administrativa, privó muchos intereses de cualquier garantía de justicia”.

**TAMAYO JARAMILLO, Javier.** Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2007.

**TOBAR DONOSO** Julio y **LARREA HOLGUÍN** Juan, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, 1979, Quito. Páginas 193 y 194

**TROTTA**, Madrid, Derechos y Garantías, 2001, página 25

**TUSELL GÓMEZ**, Javier: “Fascismo italiano y franquismo” en la obra del mismo autor La dictadura de Franco, Ed. Alianza, Madrid, 1988, página 327

**VALENCIA ZEA**, Arturo y **ORTIZ MONSALVE**, Álvaro. Derecho Civil, Parte General y Personas, Tomo I. Editorial Temis. 2008.

**VIDAL PERDOMO**, Jaime. Derecho Constitucional, Editorial Temis, pág. 58

**VON IHERING**, Caspar Rudolf. L' Evolution Du Droit, citado por Santofimio G., Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia Y Validez, 2a. Ed. Pág. 31.

## WEBGRAFÍA

**ÁLAMOS**, Juan Amenós, Abril 1999, [http://www.jurídicas.com/areas\\_virtual](http://www.jurídicas.com/areas_virtual),

**ARBOLEDA TERÁN**, Néstor. El SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA ["www.derechoecuador.com"](http://www.derechoecuador.com)

**ESQUERRA**, Sergio. El Silencio Administrativo hasta sus últimas consecuencias [en línea]. p. 5. <http://www.gmcapacitacion.com>

**SALA DE LO ADMINISTRATIVO**, expedientes 8 y 16, Registro Oficial N° 332, del 23 de mayo del 2001. [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta\\_22.pdf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_22.pdf) [Consulta: 8 de abril del 2009].

**SENTENCIA 14/2006**, del 16 de enero, fundamentos jurídicos números 2 al 3. [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0014](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2006-0014)

**SENTENCIA 171/2008**, del 15 de diciembre, fundamento jurídico Único. [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-017](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-017)

**SENTENCIA C-304/99**, del 05 de mayo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 (parcial), 40 y 41 (parcial) del Decreto 01 de 1984, fundamento jurídico nro. VI.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

**SENTENCIA N° 1307-2002-AA/TC**, del 08 de enero del 2003, caso María Delegado Cercera, fundamento jurídico nro. 3. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01307-2002-AA.html>

**SENTENCIA N° 364-99**, PICO MANTILLA, Galo. "Jurisprudencia Ecuatoriana de Casación Administrativa" [en línea]. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. 2007. [http://www.eumed.net/libros/2007c/326/DERECHOS/ACEPTADOS\\_POR\\_EL\\_SILENCIO\\_ADMINISTRATIVO.htm](http://www.eumed.net/libros/2007c/326/DERECHOS/ACEPTADOS_POR_EL_SILENCIO_ADMINISTRATIVO.htm)

**SENTENCIA N° 587-98-AA/TC**, del 06 de enero del 2000, caso Family Center S.R.LTDA. Import-Export. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00587-1998-AA.html>

**SENTENCIA No. 984-99-AA/TC**, del 23 de enero del 2001, caso Juan Alberto Huapaya Palomino, fundamento jurídico Nro. 1. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00984-1999-AA.html>

