



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Propuesta de Reformulación del Silencio Administrativo positivo en
el Ecuador, debido a su uso indebido e ineficacia, a partir de una
visión de legislación comparada**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTORA: Mahauad Burneo, Daniela Catalina

DIRECTOR: Moreira Aguirre, Diana Gabriela

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Abril, 2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Dra.

Diana Gabriela Moreira Aguirre.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi Consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado: "Propuesta de Reformulación del Silencio Administrativo positivo en el Ecuador, debido a su uso indebido e ineficacia, a partir de una visión de legislación comparada" realizado por, Mahauad Burneo Daniela Catalina; ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto de aprueba la presentación del mismo.

Loja, Enero de 2016

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Mahauad Burneo Daniela Catalina declaro ser autora del presente trabajo de titulación: “Propuesta de Reformulación del Silencio Administrativo positivo en el Ecuador, debido a su uso indebido e ineficacia, a partir de una visión de legislación comparada ”, de la Titulación de Maestría en Derecho Administrativo, siendo, Moreira Aguirre Diana Gabriela directora del siguiente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos y 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.

Autor: Mahauad Burneo Daniela Catalina

Cédula: 110339465-4

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres, hermanas, sobrinos y mi negro.

AGRADECIMIENTO

A mis papitos, por su ejemplo.

INDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
INDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO 1: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR Y SU INEFICACIA.....	4
1.1. EL DERECHO DE PETICIÓN Y LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	9
1.2. BASE JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	13
1.3.EFECTOS JURÍDICOS DESFAVORABLES, PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN EL ECUADOR.....	27
1.4.INCIDENCIA DEL SILENCIO POSITIVO EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS.....	33
CAPITULO 2: LEGISLACIÓN COMPARADA: UNA VISIÓN GLOBAL DE SISTEMAS EXTRANJEROS.....	36
2.1. ANTECEDENTES.....	37
2.2. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO MIXTO EN EL PERÚ.....	37
2.3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.....	40
2.4. TÉCNICAS DE CONTROL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ARGENTINA	43
2.5. LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POSITIVO PREVISTO POR EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.....	47
CAPITULO 3: PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DE SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR.....	50
3.1. ANTECEDENTES	51
3.2. PROPUESTA.....	52
3.3. NATURALEZA	58
3.4. REFORMA NORMATIVA	59
3.5 VENTAJAS.....	68
3.6 POSIBLE PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES.....	70
CONCLUSIONES.....	71
RECOMENDACIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA.....	73

RESUMEN

Esta investigación corresponde a un estudio investigativo – analítico. El mismo busca identificar por qué la figura del Silencio Administrativo en el Ecuador no ha sido eficaz, y a través del derecho comparado encontrar la forma de mejorar su implementación.

La información analizada proviene principalmente de fuentes como: Leyes, sentencias, fallos de triple reiteración, normativa comparada y doctrina.

Finalmente, se desarrolló una propuesta de Ley con el fin de tener una normativa más clara y completa que permita que el Silencio Administrativo en el Ecuador se traduzca en una figura idónea que garantice el derecho de petición y evite cualquier forma de inactividad de la administración.

Palabras Clave:

Inactividad
Petición
Acto Administrativo
Reforma legal

ABSTRACT

This research answers to an investigative – analytical study, which seeks to identify, why the figure called “Silencio Administrativo” has not being efficient in Ecuador, and through Compared Law, find how to improve its implementation.

The required information comes from the main sources, which are: Laws, verdicts, triple reiteration verdicts, doctrine and compared laws.

Finally, it was developed a bill that has as its main purpose a more complete and clear law as a guarantee for the right of petition and to avoid any form of inactivity in the administration.

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto tiene como objetivo desarrollar una normativa específica para la figura del Silencio Administrativo, de tal forma que quienes están llamados a usarla, sepan su alcance y real objetivo.

El primer capítulo muestra cuál es la normativa que actualmente existe en el Ecuador sobre el Silencio Administrativo y el derecho de petición y cómo ésta es usada, y cuáles son los principales motivos por los cuales en el Ecuador el Silencio Administrativo no ha sido eficaz.

Continuando con el segundo capítulo, se presentan los conceptos y nociones más relevantes sobre el Silencio Administrativo en la legislación comparada; tomando como base los siguientes países: Perú, Colombia, Argentina y España.

Por consiguiente, en el tercer capítulo del presente proyecto se presenta el proyecto de ley, su naturaleza, articulado, ventajas y desafíos.

CAPÍTULO I

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR Y SU INEFICACIA.

La vigente Constitución de la República, promulgada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, permitió la incorporación de nuevos derechos, garantías e instituciones, conforme a las necesidades que se previeron a lo largo del tiempo. Uno de los cambios más trascendentales fue la introducción de dos nuevas funciones del Estado, además de la Ejecutiva, Legislativa y Judicial, las denominadas función Electoral y función de Transparencia y Control Social; ésta última representada por 6 entidades: Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Telecomunicaciones, Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El objetivo de reconocer la función de Transparencia y Control Social, como parte de la división de los poderes del Estado, es el garantizar los derechos de fiscalización que tiene la ciudadanía ante la administración pública, limitando y tratando de lograr un equilibrio para impedir cualquier forma de abuso de un poder preponderante o, peor aún, único.

Una de las formas de limitar este abuso de poder es a través de la figura del silencio administrativo. Sin embargo, la interrogante es: ¿La ciudadanía puede decidir por el Estado cuando exista negligencia por parte de éste, como consecuencia del silencio administrativo positivo? ¿Puede el Estado combatir esta negligencia de una forma más eficaz? Analicemos.

Antes de continuar, debo advertir sin embargo, que la explicación y definición del silencio administrativo, se limitará al máximo, pues se parte de la premisa de que dicha figura ha sido aprendida en la escuela de derecho y no es motivo de esta tesis de maestría, la cual se enfocará en su ineficacia y reforma.

La administración pública, para cumplir con los objetivos y funciones que mediante Ley o Decreto Ejecutivo se le imponen, necesita ordenar su actividad; esta forma de organización se exterioriza con la manifestación de la voluntad jurídica de derecho público

a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos¹.

De conformidad con el Artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el acto administrativo “*es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa*”.

Por lo tanto, son dos las características de un acto administrativo: 1) Se manifiesta de forma unilateral 2) Proviene de quienes ejercen la administración pública.

Lo manifestado no constituye una segmentación o enumeración, al contrario son particularidades taxativas del acto administrativo que deben ser cumplidas de forma conjunta, pues, sin una de ellas, la concepción de dicho acto quedaría invalidado; y, eso es precisamente lo que ha tornado al silencio administrativo en ineficaz, la inconsistencia de la figura con la definición de acto administrativo, figura a la cual, supuestamente, está encaminada a suplir.

El silencio administrativo nace estrechamente ligado a la teoría del acto administrativo, y al constituirse este último en un presupuesto procesal que está dentro de la jurisdicción administrativa, el silencio administrativo debería solucionarse en la misma vía.

Además, el procedimiento que ha sido normado para la figura del silencio administrativo, hace que la jurisdicción administrativa en lugar de centrarse en la resolución del acto, que debe ser el centro del control ejercido por dicha jurisdicción, se enfoque en la exigencia de responsabilidad personal a los funcionarios, que la mayoría de veces, es difícilmente exigible al esconderse o diluirse en un vasto cuerpo burocrático que tiende a auto-protegerse y que aunque debe ser fiscalizada, su tratamiento merece un proceso diferenciado e independiente, ante el área de talento humano o el área delegada para el efecto, de la institución pública correspondiente, y no enmarcarse dentro de un proceso que implica una manifestación de voluntad directa y unilateral ante un caso concreto y que constituye el eje de la definición de acto administrativo.

¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 64.

En sentencia de la mencionada Corte Constitucional colombiana, de fecha agosto 10 de 1992 (Penagos, págs. 110-111), se dice:

(...) Ahora bien, la omisión en que incurre la autoridad al no responder las peticiones con la necesaria prontitud es de por sí una violación del derecho y acarrea la consiguiente responsabilidad disciplinaria. Aunque ello genera, por otra parte, la ocurrencia del fenómeno jurídico del Silencio Administrativo – que se concreta en un acto ficto o presunto demandable ante la jurisdicción- no por eso queda relevada la administración del deber que se le impone de resolver la solicitud, pues sería inaudito que precisamente la comprobación de su negligencia le sirviera de pretexto para continuar violando el derecho” (Penagos, El silencio administrativo, págs. 119-120)

En consecuencia, otra de las razones por las que el silencio administrativo es ineficaz en el Ecuador, es debido a que el proceso para su ejecución se centra en la responsabilidad del funcionario público y no en la resolución de su ineficiencia y de esta forma en lugar de constituir un efectivo elemento de lucha contra las arbitrariedades del poder público, se traduce en la “(...) *existencia de nuevos vacíos, de nuevos obstáculos, y en cierto modo retrocesos en el camino de progreso hacia una revisión plena de la actividad administrativa*” (Ramón Fernández , 1967, pág. 281)

Por el contrario, un control objetivado del acto administrativo permitiría prescindir de condicionantes innecesarias y avanzar más decididamente en el control de las eventuales arbitrariedades e ilegalidades administrativas.

Algunos autores han explicado la teoría de la voluntad del silencio administrativo desde las diversas teorías y posiciones de los textos legales clásicos, a lo largo de las diferentes épocas. Así, se invoca que para los juristas romanos una regla jurídica o máxima legal era *qui tacet utique non facetur*²(el que calla no dice nada o en el silencio no puede haber qué notar), en cambio para los canonistas debía aplicarse la regla *qui tacet consentire videtur*³(el que calla otorga) y los autores más recientes se acogen a *qui tacet quam loqui*

² Digesto, Ley 142, título XXVII, libro I.

³ Bonifacio VIII, libro sexto 5.12.43

*potuit et debuit consentire videtur*⁴ (el que calla cuando puede y debe hablar, se estima que consiente)

Sin embargo, ha surgido en la actualidad la advertencia, con la cual acuerdo, de que *“no puede haber problema de interpretación de la voluntad de la Administración cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa.”* (Garrido , 1960)

El percibir al silencio como un acto supletorio del acto administrativo expreso, da a entender que la solución de la inactividad se postula desde los silencios, como sustitución del acto administrativo; empero, son escasos los planteamientos dinámicos, que pongan énfasis en dinamizar e impulsar la actuación de la Administración, desde un plan preventivo y desde la actividad de la administración.

La gran aportación de M.S. GIANNINI es resituar el papel de la declaración de la voluntad en la definición del acto administrativo; y, a partir de este rol, el silencio administrativo no puede, ni debe conceptuarse como un acto administrativo, pues no existe ninguna expresión de voluntad. Así, mientras el acto administrativo supone el ejercicio de funciones administrativas, no sucede lo mismo en el caso del silencio administrativo, que supone inactividad, la no existencia del cumplimiento de una función.

La administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder o función, sino que está situado fuera de la legalidad.

Otros, afirman que el silencio administrativo es una ficción legal, S. PANIZO ORALLO y F. GONZALES NAVARRO: *La ficción afirma como realidad algo que no lo es. Respecto al silencio se finge que la administración ha cumplido su deber de resolver. Es un artificio para proteger al particular. Sin embargo si el silencio administrativo fuese una ficción, también lo serían sus consecuencias.*

Entrena Cuesta, en lo relacionado con la razón de ser del silencio administrativo, sostiene:

Históricamente, la doctrina del Silencio Administrativo surge como consecuencia de la necesidad de salvaguardar los derechos e intereses de los administrados ante la administración. Resulta, en efecto, que éste disfrute del privilegio

⁴ DINO, ley 43 .1 (p. 227)

denominado acto previo, en cuya virtud, para interponer un recurso en la vía administrativa (art. 113, 1, L.P.A.) o contenciosa (arts. 1, 37, L.J) deberá existir un acto que sea objeto de impugnación. En consecuencia, si se formula una petición ante la administración y ésta no la resuelve, los derechos e intereses, del peticionario resultarán burlados ante la ausencia de un acto susceptible de ulterior revisión; a menos que el derecho presuma, como correctivo del privilegio del acto previo, la existencia de un acto contra el que accionar. (Entrena Cuesta, pág. 229) (El énfasis me pertenece)

El silencio no es una forma de exteriorización del acto, sin embargo en el Ecuador se concibe como una institución que viene a sustituir alternativamente al acto en determinados casos de inactividad, y es por eso que es ineficaz pues su función no debería ser sustituir, sino resolver en la misma jurisdicción y sin más demoras y condicionamientos una petición concreta y dirigida ante el organismo competente.

Para esta tesis es menester analizar el papel que desempeña al acto administrativo, a través del cual debe enfocarse el silencio administrativo. Desde esta perspectiva, el procedimiento administrativo deja de tener un mero carácter preparatorio de una decisión final, que es el eje de la actividad administrativa, para adquirir la importancia que requiere desde el punto de vista del interés público.

1.1. El derecho de petición y la inactividad de la Administración.

La doctrina se ha preocupado preferentemente del estudio de la actividad administrativa en sus diversas manifestaciones, dedicando una atención escasa, al problema de la inactividad, y en consecuencia intentando dar respuestas jurídicas similares a estos comportamientos tan opuestos.

Las dificultades surgen cuando se pretende aplicar a todo tipo de inactividad, respuestas jurídicas idénticas. Esta aplicación indiscriminada puede ocasionar problemas por cuanto las distintas formas de actividad que pretenden sustituirse no se corresponden con los mecanismos y efectos previstos en la legislación aplicable. (Vincenc, 1996)

NIETO GARCIA (1962) clasifica a la inactividad en: Material y formal. La primera la define como una pasividad, un no hacer de la administración en el campo de sus competencias ordinarias. En cambio la segunda, se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares, (Vincenc, 1996) y hace esta distinción para comprobar como algunas inactividades de la administración quedaban inmunes al control jurisdiccional.

Para explicarlo de mejor forma, en el año 1986 A. NIETO GARCIA (Garcia, 1986, págs. 11-64), profundiza el tema y clasifica a la inactividad material en diversas manifestaciones: a) La no producción de un acto administrativo b) El no dictar normas o disposiciones de carácter general; c) La no creación de órganos administrativos; d) La no prestación de servicios públicos; e) El no ejercicio de acciones para la defensa de derechos e intereses que tiene encomendados la administración; f) La no ejecución de las sentencias de los tribunales.

Como resultado de estas formas de manifestación del poder público, se logra comprender que existen pocos avances en el control de la inactividad material, por cuanto el sistema normativo, no solo del Ecuador, sino de algunos países, sigue anclado a la teoría del silencio administrativo.

Más recientemente, (1995) A. NIETO GARCIA retoma nuevamente el tema de la inactividad administrativa e insiste en la necesidad de un planteamiento global, no centrado exclusivamente en el silencio y en la ejecución de sentencias como únicos remedios de la inactividad:

Sin desconocer desde luego, la importancia que tienen estos tratamientos procedimentales, creo que no ésta la vía más fértil y con la misma modestia que hace casi treinta años y todavía con mayor tenacidad me permito insistir en que para dominar técnicamente la cuestión de la inactividad administrativa es imprescindible levantar la vista por encima de las reclamaciones procedimentales y tratar de hacer de un planteamiento global porque, conforme se ha repetido, el silencio y la ejecución de sentencias son técnicas utilísimas e imprescindibles para reducir o controlar la inactividad de la Administración, pero no son las únicas. (Garcia, 1986)

Otra clasificación de las diversas formas de inactividad ha sido formulada por M. GOMEZ PUENTE, quien siguiendo la dicotomía tradicional entre inactividad formal y material, las

conceptualiza de modo distinto, así: La inactividad formal sería la falta de realización por la administración, de una declaración jurídica que resulte legalmente debida y cabría dividirla a su vez en: normativa, convencional y singular (o procedimental). Y de otra, la inactividad material sería la omisión o falta de una realización técnica, material o física de trascendencia externa a la administración y en la cual se distinguiría, por una parte, entre inejecución de actos y de sentencias y, por otra, entre inactividad prestacional y funcional. (Gomez Puente, 2012, págs. 117-119)

De la clasificación de la inactividad de la administración, propuestas tanto por García Nieto como por Gómez Puente, se colige que la figura del silencio administrativo normada en el Ecuador, está enfocada a garantizar tan solo un fragmento del incumplimiento de la administración pública; fragmento que incluso resulta el más evidente y tal vez menos desprotegido. ¿Por qué la inactividad material, que también es un silencio de la administración, no se resuelve de la misma forma que la actividad formal?, ¿Por qué ante un incumplimiento físico o material, no puedo ejercer mi derecho a través de la figura del silencio administrativo? ¿Puede un hecho administrativo, que ha sido inobservado por parte de la administración, ser solucionado a través de la figura del silencio administrativo?

La respuesta es simple: El silencio administrativo, tal como está planteado en la actualidad, es ineficaz frente a la inactividad formal y material del Estado.

Existe la necesidad de introducir mecanismos destinados a agilizar la formación de la voluntad administrativa. *“(...) los remedios a la inactividad no deben ser concebidos únicamente a posteriori, es decir una vez transcurridos los plazos para resolver el procedimiento, sino esencialmente a priori, posibilitando que la Administración pueda cumplir cuantas más veces sea posible los plazos que le marca la legislación”* (Vincenc, 1996, pág. 143)

El silencio debería ser el último mecanismo a disposición del particular para superar la inactividad de la administración.

Bajo esta concepción, la inactividad no solo es consecuencia de la violación al Derecho de Petición consagrado en la Constitución de la República, si no es resultado de la inobservancia a cualquiera de nuestras garantías y derechos constitucionales, que si bien no se ven materializados de manera formal sino material, tampoco son satisfechos.

El Derecho de Petición, con el cual se relaciona al silencio administrativo, históricamente surge en la edad Media, como un recurso a través del cual las personas reclaman ante los poderes públicos.

En el Ecuador, de conformidad con el Artículo 66, numeral 3 de la Constitución de la República, el derecho de petición consiste en *“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”*.

Por lo tanto, este derecho solo garantiza la inactividad formal.

En Colombia así mismo el Derecho de Petición es *“Art. 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”*

La sentencia de la Corte Constitucional colombiana, de fecha agosto 10 de 1992 (Penagos, Vía Gubernativa), establece que:

Es de notar también el (Derecho de Petición) consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual, si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente; por esto puede decirse también que el Derecho de Petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el Silencio Administrativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la Ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración, especialmente con vista en la promoción de las acciones judiciales respectivas pero en forma ninguna cumple con las exigencias constitucionales que dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en su resolución de 27 de febrero de 1998 sentenció:

Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el

debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada. (Gaceta Judicial. Año XCVIII, 1998)

Es de aclarar entonces, que el Derecho de Petición, al cual, a lo largo de los años, se ha ligado al silencio administrativo, no es el único derecho constitucional que necesita ser garantizado a través de una figura jurídica; y. peor aún es de advertir que la figura legal vigente, que es el silencio administrativo, no ha logrado responder por todos los silencios de la administración pública, que no provienen precisamente de “*dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas- dirigidas- a las autoridades*”

1.2. Base jurídica del Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana.

En nuestro país, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que se promulgó en el Registro Oficial Nro. 349, de 31 de diciembre de 1993, introdujo en el sistema jurídico nacional, la figura del Silencio Administrativo Positivo, generando una verdadera revolución jurídica, que a mi criterio no ha llegado a aclararse hasta la actualidad, a pesar de haber transcurrido más de una década de su vigencia.

Afirmo, sin embargo y sin lugar a dudas, que la innovación que trajo consigo la mencionada Ley, en lo que se refiere a la técnica jurídica mencionada, es una de las más importantes en el Derecho Público ecuatoriano.

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, dispone:

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

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

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

(El énfasis es de mi autoría)

El silencio Administrativo, en la forma en que se encuentra concebido en el artículo 28, citado, ha generado una serie de conflictos, ambigüedades e imprecisiones, que aún siguen siendo superadas.

Sin embargo, en el artículo citado existen disposiciones, que bajo mi análisis, en la práctica, no dan solución al problema de la inactividad de la administración pública; se debe tomar en cuenta además que la figura del silencio administrativo está concebida

dentro del derecho de petición, que como se analizó en el numeral anterior, no concibe a la inactividad del Estado de forma integral.

El artículo 133 de la Constitución de la República, establece que:

Las leyes serán orgánicas y ordinarias (...)

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica. (El énfasis me pertenece)

En concordancia con la Carta Magna, la Ley de Modernización del Estado, es una ley ordinaria, cuyas disposiciones no afectan a aquellas establecidas en las leyes orgánicas, pues el ámbito de aplicación, finalidad y jerarquía de las mismas, es distinta. Por lo tanto, el efecto positivo al reclamante del Silencio Administrativo, regulado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, no afecta al silencio como denegación tácita del reclamo regulado en las Leyes Orgánicas, si en estas se establecen plazos y condiciones distintas.

Esta argumentación, se puede verificar a través de las Resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, publicadas en el Registro Oficial 332 de 23 de mayo de 2001, en la que se expuso que:

Nro. 16. 2001

El contralor general del Estado deduce recurso de casación de la Sentencia Dictada por el Tribunal Distrital Nro. 2 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por Juan José Vivas Wagner en contra del Procurador y Contralor General del Estado.

SEGUNDO.- Ciertamente es que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado cambió el efecto del silencio administrativo, transformando la presunción de denegación tácita de las peticiones y reclamaciones en presunción de derecho según la cual: "la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante" y cierto es también que, por norma general este efecto positivo del silencio administrativo debe ser aplicado en todos los casos en que por la clase de leyes, la norma del Art. 28 se pueda considerar reformatoria de las normas expedidas en sentido contrario. TERCERO.- Más ocurre que la Constitución Política del Estado en el Art. 143 dispone que: "Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial" siendo por otra parte evidente que la Disposición Transitoria Vigésima segunda dispone que: "El Congreso Nacional, en el plazo de seis meses, determinará las leyes vigentes, que tendrán calidad de orgánicas", pero que pese a esta disposición constitucional hasta la fecha y habiendo ya transcurrido en demasía el término para el efecto, el Congreso no ha ejercido la facultad antes señalada (...) circunstancia que imposibilita el que se considere la transformación del efecto del silencio de negativo a positivo, y esto porque conforme a la doctrina del silencio administrativo, éste origina un verdadero derecho autónomo sin relación a sus antecedentes y sobre el cual no tiene efecto alguno una declaración extemporánea de la administración. **De aplicarse el silencio positivo al caso se estaría dejando sin efecto la facultad establecida por el artículo 332 de la LOAFYC, lo que significaría que se estaría dando una interpretación enormemente extensiva** a la disposición del art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, interpretación extensiva absolutamente inaceptable en tratándose de normas de derecho público (...) (El énfasis me pertenece)

Nro. 08 -2001

El Contralor General del Estado deduce recurso de hecho impugnando la providencia mediante la cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo niega la calificación del recurso de casación por el interpuesto.

PRIMERO.- Es evidente que conforme señala el Art. 143 de la Constitución Política de la República en su inciso segundo: "Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial". Ahora bien la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, conforme su nombre lo indica, tiene la

mencionada condición, en tanto que la Ley de Modernización del Estado no es orgánica, por lo que evidentemente las normas de la primera prevalecen sobre las de la segunda en caso de contradicción. Y el Art. 386 de la primera de ellas, señala que de no expedirse la resolución sobre glosas en el plazo señalado en el Art. 385 esto es, 180 días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus pretensiones y consiguientemente como confirmación de las glosas; norma ésta que está en abierta contradicción con lo preceptuado en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, según la cual: "...En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante". En virtud de la disposición constitucional antes mencionada, es pues evidente la prevalencia de la normatividad de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. SEGUNDO.- En el considerando octavo de la sentencia impugnada se establece lo que es una realidad: que no se dio resolución a las glosas en el plazo de 180 días a que se refiere el Art. 355 de la LOAFYC, admitiendo que, como consecuencia de lo dispuesto en el Art. 236 del mismo cuerpo de leyes, operó la denegación tácita de las obligaciones; pero a continuación, por desgracia, se refiere a la disposición de la Ley de Modernización del Estado, y dándose inconstitucionalmente prevalencia al efecto positivo del silencio que consagra esta norma, se sostiene que las reclamaciones a la glosa del actor han tenido resolución positiva, por lo que, a juicio del inferior, carece de fundamento el cargo establecido en contra del actor. TERCERO- En aplicación de la norma constitucional, es evidente que jurídicamente lo único que ocurrió es que, al no haberse dado resolución a la glosa en 180 días, se produjo la negativa tácita a las reclamaciones del actor en torno a la glosa quien, en consecuencia estaba habilitado por la presunción legal que aporta el silencio administrativo negativo, a iniciar la correspondiente acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio de que la administración, en el caso de la Contraloría, pueda confirmar o revocar la presunción legal de denegación tácita (...)

Es necesario señalar que el Congreso Nacional mediante Resolución Nro. 22.058, publicada en el Registro Oficial Nro. 280, de 08 de marzo de 2001, fijó la nómina de las leyes orgánicas vigentes en el país, dentro de las cuales no se encuentra comprendida la Ley de Modernización del Estado.

Así mismo, para a manera de ejemplificación, la Ley 51 Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno, promulgada en el Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1993, en su disposición final primera prescribía que: *"En todos aquellos casos en que el Código Tributario y las demás leyes tributarias no prevean plazos específicos para*

resolver o atender peticiones reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrán el plazo de 90 días para pronunciarse., salvo que las pertinentes normas tributarias prevean expresamente otro efecto, el Silencio Administrativo en el ámbito tributario será siempre considerado como negativa tacita de la petición, reclamación o recurso respectivo y facultara al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.

En consecuencia, de acuerdo a la normativa y jurisprudencia ecuatoriana expuestas; y, evitando interpretar de forma extensiva las reglas existentes sobre el silencio administrativo, esta figura solo puede ser aplicable cuando una Ley Orgánica, no le de otro efecto.

Continuando con el análisis del Silencio Administrativo en el Ecuador, el artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, prescribe:

Art. 115.- Obligación de resolver.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales.

3. Los plazos previstos en el numeral anterior se contarán:

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acto o resolución de iniciación; y,

b. En los iniciados a solicitud o petición del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento.

4. La Administración Pública Central debe publicar y mantener actualizadas así como permitir el libre acceso, a efectos informativos, del desarrollo de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos.

En todo caso, **la Administración Pública Central informará a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, mediante comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano**

competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente. (El énfasis me pertenece)

5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

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

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

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

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

7. El personal al servicio de la Administración Pública que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente

La disposición del numeral 4 citada, es una más de las disposiciones normativas referentes al Derecho de Petición, que no se cumplen dentro de las instituciones públicas, y no por temas de ineficiencia sino por practicidad; y que podría ser solucionado si se duplica el principio de inmediatez, de los procesos judiciales, que consiste en la posibilidad de que el interesado y el funcionario a cargo del trámite o incluso la autoridad a quien fue dirigido, puedan mantener comunicación “informal” sin necesidad de que en

05 días se respondan con solicitudes hablando sobre el procedimiento, pues este por estar establecido en las leyes, se debería presumir conocido por todos.

Uno de los principios jurídicos del derecho administrativo es que es Público:

El criterio general es el del leal conocimiento de las actuaciones como un presupuesto de la garantía de defensa, que se traduce procesalmente en: Vistas. Los interesados, sus representantes o letrados y los abogados o procuradores tendrán derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación, tomando vista sin necesidad de una resolución expresa al efecto (...) la vista se hará informalmente, ante la simple solicitud verbal del interesado (Dromi, 2001, pág. 1030)

Incluso, según el autor citado, esta publicidad es tan importante que está estrechamente relacionado con el principio de participación y colaboración administrativa, que “(...) *establece para el administro el derecho-deber de participación y colaboración en la preparación, impugnación y fiscalización de la voluntad administrativa. En rigor no podemos hablar de oposición, pues las partes no están – a nivel de buen principio- en Litis o contienda, si no procurando saber la verdad material (...)*” (Dromi, 2001, pág. 1033)

En consecuencia, no solo que en la práctica esta regla es ineficaz, sino que atenta contra principios del derecho administrativo afectando de manera directa a la celeridad de las funciones públicas.

Una vez que se ha obtenido (y de haberse obtenido) la certificación en la que conste el vencimiento del plazo, inicia el trámite judicial, que pese a no estar contemplado en el artículo 28 de la Ley, es el que verdaderamente tiene la facultad de constituir un derecho.

De acuerdo con el procedimiento analizado hasta el momento, se debe tomar en cuenta que hasta el fin del trámite administrativo, el administrado aún no ha obtenido la resolución a su pretensión.

Con la finalidad de analizar el trámite judicial, se exponen los pronunciamientos de la Sala de lo Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia y de la Corte Nacional.

La Gaceta Judicial 5, de 29 de mayo de 2001, serie 17, Año CII. Serie XVII, página 1491, dentro del juicio seguido por Carlos Alberto Ibarra Hurtado, en contra del Servicio de Rentas Internas, se tratan los “efectos positivos del silencio administrativo” y en la parte principal se manifiesta:

De no recibirse la respuesta en los quince días siguientes de término de presentada la solicitud, como así ocurrió, en atención de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado: "... 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". Conforme consta de la jurisprudencia vinculante sobre el silencio administrativo establecida por esta Sala, la que está en pleno acuerdo con lo que enseña la doctrina, según la cual **el silencio administrativo positivo origina un derecho autónomo que no tiene relación alguna con sus antecedentes y que, en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa**. Por consiguiente, resulta contraria a esta jurisprudencia pretender, como lo hace la sentencia, que: "El silencio administrativo constituye un hecho jurídico que excluye toda declaración de voluntad, constituye simplemente una presunción de carácter legal que limita a presumir denegatoria de la Administración, que no equivale necesariamente a una resolución administrativa; por lo tanto, el efecto que la ley le atribuye no es de naturaleza sustancial, sino meramente procesal". El silencio administrativo negativo, que se encontró en vigencia en nuestro derecho hasta la expedición de la Ley de Modernización del Estado, que fuera publicada en el Registro oficial Nro. 349 de 31 de diciembre de 1993, en realidad consagraba una presunción que podía ser demostrada en contrario con la posterior manifestación de la autoridad administrativa; **mas el silencio positivo establece una presunción de derecho, a la que no afecta la posterior manifestación en contrario de la administración**. Este efecto del silencio positivo consta claramente señalado en los fallos emitidos por esta Sala en los juicios Nros. 321/97, 168/98 y 169/98 que constan publicados en la Gaceta Judicial Serie XVI, Nro. 15, Pp. 4208-4212

Según esta sentencia la certificación que entrega la administración pública, sobre el vencimiento del plazo, da lugar a la ejecución de un derecho autónomo a favor del

interesado, sin necesidad de recurrir a ningún organismo posterior; por lo tanto, no debería haber necesidad de acudir al ámbito judicial; como evidentemente se lo ha hecho. La jurisdicción contencioso administrativa sería competente tan solo cuando hubiere desconocimiento de ese derecho, dentro de un proceso de ejecución y no de conocimiento.

Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su artículo 30, prescribe los documentos que deben acompañar al escrito de demanda y en su literal c dispone: *“Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en esta. Se entenderá negativa si transcurren treinta días sin que la autoridad administrativa, que puede dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la Ley señale un plazo especial”*.

De la normativa se colige, que la certificación de que ha vencido el plazo para que se conteste la petición, emitida por el funcionario de la entidad pública correspondiente, prueba que el reclamo ha sido aceptado dentro del ámbito administrativo, por lo tanto no se cumpliría con ninguno de los requisitos que exige la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sería su competencia conocer casos de silencio administrativo y tampoco habría la necesidad de acceder a dicho organismo judicial; pues no es su facultad los procesos de ejecución.

Además, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone en su Artículo 1 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”*

De igual manera en su Artículo 2 establece que: *“También puede interponerse el recurso contencioso -administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”*

A pesar de que en fallos reiterados se ha manifestado que se trata de un proceso de ejecución, (aunque, interpuesto ante un organismo sin facultad para el efecto), en la Gaceta Judicial serie 17, Nro. 15, p. 1449, dictada con fecha 28 de septiembre de 2000,

se publica la sentencia dictada por la Sala Especializada de los Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio seguido por la compañía Ultramar Exanco S.A. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, en la que se falla:

(...)Si bien es verdad que la Resolución Nro.01657, expedida por la Administración, negativa del recurso de reposición, lo ha sido después de vencido, el término de ciento veinte días previsto por el Art. 21 de la Ley 05, no es menos cierto que la demanda de aceptación tácita, ha sido propuesta con posterioridad a la expedición de la antedicha Resolución, **la misma que no ha sido impugnada puesto que más bien la demanda es de silencio positivo. Respecto de la alegación del recurrente, de que la Administración carecía de competencia a la fecha de su pronunciamiento, por haber ocurrido el silencio administrativo y la consiguiente aceptación tácita del reclamo, se advierte que no existe ningún precepto legal que disponga que el silencio positivo excluya la facultad de la administración de expedir resolución cuando ha fenecido el plazo del Art. 21 de la Ley 05, pues para que aquello ocurra, hubiese sido necesaria norma expresa, como así consideró el Legislador en el Art. 84, inciso segundo de la Ley Orgánica de Aduanas, publicada en el Registro Oficial Nro. 396 de 10 de marzo de 1994, hoy derogada y no aplicable al presente caso, por ser privativa de la jurisdicción aduanera. Cabe recordar que el Código Tributario, en su Art. 127, en relación con la denegación presunta, dispone que no excluirá el deber de la Administración de dictar Resolución expresa, de donde se desprende que al contrario de lo que pretende el recurrente, **es del espíritu de la Ley, exigir a la Administración la expedición de resolución expresa de los reclamos y recursos pertinentes. Por lo anterior, no procede la aceptación positiva que reclama el recurrente.** (El énfasis me pertenece)**

Este fallo se contradice con aquel emitido por la Corte mediante, Gaceta Judicial 5, de 29 de mayo de 2001, serie 17, Año CII. Serie XVII, página 1491, y que fue citado en este trabajo y que textualmente señalaba: *“(...) más el silencio positivo establece una presunción de derecho, a la que no afecta la posterior manifestación en contrario de la administración”*.

Sobre este tema, no existe claridad absoluta, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso – administrativa en el artículo 59 dispone: *“Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: La incompetencia de la autoridad o funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.*

Por otro lado, el numeral 3 del artículo 30 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone que *“La realización de actuaciones administrativas fuera del termino establecido para ellas implicará la anulación del acto cuando así lo imponga la naturaleza del termino o plazo, salvo que se hubiere producido el Silencio Administrativo, en cuyo caso la actuación será nula de pleno derecho”*.

La ex Corte Suprema de Justicia, a través de sus resoluciones, muchas de las cuales por reiteración constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios, ha desarrollado la técnica del silencio administrativo, y lograron perfeccionar o corregir algunos de los problemas, que más adelante se explicarán.

SEGUNDO: Conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, **el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad**, que por su falta de contestación dio lugar al efecto del silencio, y que como tal derecho autónomo, da origen a una acción procesal independiente, **la cual bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional**; advirtiéndose que en esta la acción será simplemente de ejecución y no de conocimiento, por lo que naturalmente **no daría lugar a un recurso de casación**.

Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud **se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado, o si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa habría sido afectada por, nulidad absoluta**. Finalmente la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso siguiente al primero del Art. 28, según el cual la acción, de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos señalados anteriormente

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

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

Sentencia en Juicio Contencioso Administrativo Nro. 0152- 2010

6.4.2 Como este medio de prueba es difícil, en la práctica casi imposible, la jurisprudencia ha previsto que el interesado puede recurrir a otros medios de prueba de **orden judicial**, señalando que puede ser el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito quien solicite la certificación y que de no hacerlo el administrador, se lo tendrá por otorgado. Existe jurisprudencia en el sentido que el interesado puede recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para requerir judicialmente la referida certificación.-6.4.3. Otro medio de prueba idóneo es la **Inspección Judicial** como diligencia previa o dentro del procedimiento contencioso administrativo.-El acta de la inspección es el instrumento público que demuestra: a) La existencia de la petición; b) El vencimiento del término sin que se le haya dado respuesta; c) En consecuencia, que se ha producido el silencio administrativo positivo. Con igual eficacia se podrá también solicitar dentro del término de prueba del procedimiento contencioso administrativo que sea el Tribunal Contencioso Administrativo el que realice la referida inspección judicial.

La Resolución Nro. 236-2014 de la Corte Nacional de Justicia- Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, dentro del Juicio 170-2012 seguido por Jorge Enrique Pachar

Montaño contra el Ministerio de Educación (Dirección Provincial de Educación de Loja) y el Procurador General del Estado

SEGUNDO: (...) Que para probar que se ha producido el silencio administrativo el funcionario competente está obligado a otorgar la certificación que indique el vencimiento del término, medio de prueba que es difícil o casi imposible de conseguir en la práctica, por lo que la jurisprudencia ha previsto que el interesado pueda acudir a otros medios de prueba, entre los que se encuentran la **inspección judicial (...)**

Los distintos fallos mencionados, se resumen en:

- a. Acciones a proponerse por el interesado: Administrativa o Judicial. La primera, deberá reconocer directamente el derecho del administrado siempre y cuando se obtenga previamente la certificación por parte del funcionario competente. La acción judicial, será ejecutiva, es decir que no se discutirá el derecho sino se lo ejecutará siempre y cuando se presente la demanda conjuntamente con dicha certificación, dando fe del vencimiento del término.
- b. En caso de no obtenerse la certificación, el interesado podrá efectuar una diligencia previa de requerimiento judicial para que la autoridad emita el certificado e insistida bajo las prevenciones legales, o solicitar una inspección judicial. En este caso el tribunal también procederá a la acción ejecutiva.

En estos dos casos no hay lugar a casación.

- c. Acción de conocimiento: En este caso, el tribunal de lo contencioso administrativo dará lugar a la apertura del término de prueba, para discutir el derecho del administrado, debido a que no se ha aparejado a la demanda los requisitos para que se inicie la acción de ejecución.

En este caso, existe recurso de casación. Este caso se podría asemejar a los efectos del silencio administrativo negativo, en la que el derecho debe ser probado ya que se lo concebía como negado.

1.3. Efectos jurídicos desfavorables, producto de la aplicación del silencio administrativo positivo en el Ecuador.

Como se vio en el acápite anterior, debido a la falta de claridad en la normativa con respecto al Silencio Administrativo, por los fallos contradictorios que han sido emitidos y por el desconocimiento que existe de los fallos jurisprudenciales obligatorios, el ejercicio de la figura del silencio administrativo, se ha tornado confuso y sus efectos no han alcanzado los resultados esperados y para los cuales fue creado.

La redacción de la normativa del Ecuador expuesta, resalta la generalidad con la que el procedimiento del silencio administrativo fue concebido y determinado; una regulación que no plasmó el verdadero problema, no previó sus efectos, y no desarrolló efectivamente la forma de garantizar la inactividad.

El silencio administrativo no garantiza la respuesta oportuna de las peticiones de los interesados, y ni siquiera la gratuidad del procedimiento, que es un principio del derecho administrativo, pues un proceso judicial conlleva a gastos y demoras, que el administrado prefiere evitar.

Si se aplica el procedimiento preceptuado para el silencio administrativo, se exige una certificación emitida por la administración pública, específicamente por el funcionario encargado de resolver el tema puesto o asignado para su conocimiento, en el que se haga constar el vencimiento del término para dar respuesta a la petición concreta del administrado; y este sería considerado el **instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente y que permitirá al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.**

Sin embargo, en la práctica diaria del derecho, ¿este “instrumento público” ha originado, efectos jurídicos ante otras instituciones u organismos públicos o privados, cómo lo determina la norma?

El análisis es simple, un certificado no otorga un derecho, sino que es un documento que constituye un requisito para iniciar un procedimiento ulterior ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Los actos administrativos certificadorios.- Esta especie de acto administrativo, más bien de carácter simple, no puede ser objeto de revocatoria en ningún caso;

puesto que son expedidos solamente para dar fe de la existencia de un documento que consta en los archivos o registros de las entidades públicas. El certificado es solamente una expresión de constancia documental, ya que se remiten a los instrumentos públicos a cargo de la administración. La falta de veracidad del acto certificatorio tiene connotaciones penales y aún civiles. (Secaira, 2010, pág. 143)

El funcionario público competente para emitir dicha certificación, a través de este documento, estaría aceptando el cometimiento de un ilícito; quien, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 28 de Ley de Modernización del Estado, podrá ser denunciado a los jueces con jurisdicción penal; disposición contradictoria con la Constitución de la República que manda: “*Art. 77 .- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: c) **Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.***”

Por lo tanto, el funcionario se encuentra obligado a conferir el mencionado certificado, so pena de destitución o juzgamiento, atenta con la Carta Magna lo que lleva a la conclusión de que la mencionada exigencia es inconstitucional.

Consiguientemente, la certificación que se exige como prueba para que el derecho sea autónomo, y aún la exigencia judicial de dicha certificación, como lo indican los fallos jurisprudenciales, es una prueba ilegítima e ilegal, y carece de validez, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 76 de la Norma Suprema: *Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...) 4. **Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.***

Este es uno de los problemas solucionados parcialmente, pues se agregaron nuevos medios de prueba, sin embargo la normativa sigue siendo inconstitucional y por lo tanto debería ser anulada y declarada lesiva.

La inspección judicial, es un medio eficaz, según lo menciona García de Enterría, sobre este problema, expresa:

Por lo demás, el hecho como tal de la inactividad de la administración podría ser probado también por cualquier otro medio, para lo cual bastaría, en caso de conflicto, con la mera comprobación del contenido del expediente administrativo por el tribunal que conociese del recurso. Si en este figura la solicitud inicial del interesado, o se aporta ésta en prueba, y no hay constancia de que el plazo establecido se haya producido resolución expresa alguna sobre ella, la existencia del acto presunto quedaría probada sin más. (García de Enterría, 2008, pág. 593)

La profesora Guillen Pérez (Guillén Perez, 1996, pág. 168)expone mu claramente:

La aplicación práctica del mecanismo de las certificaciones plantearía múltiples problemas, en la medida que haría gravitar sobre las organizaciones administrativas un trabajo mecánico adicional cuya utilidad ultima suscita muy serias dudas, puesto que en primer lugar, resulta imposible garantizar que esas certificaciones vayan a expedirse con plena regularidad. (..) nacido el acto ficticio tras el transcurso del plazo correspondiente sin que la administración contestase y exigir para su eficacia un nuevo trámite, nuevo plazo de espera y en su caso nueva presunción de acto, supone una complicación burocrática innecesaria y un paso atrás en la evolución administrativa en este aspecto.

Jurisprudencia sobre el tema:

Resolución dictada, con fecha 23 de junio de 2003, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Número Tres, con sede en Cuenca, dentro del juicio seguido por José Jaime Brito Salamea en contra de la Municipalidad de Cuenca.

(...) omite acompañar a la presente acción o solicitar dentro del término respectivo el certificado a que hace referencia, el agregado del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, requisito ineludible para demostrar que se operó el Silencio Administrativo, razón por la que, no demostrándose mediante el documento público señalado en dicho artículo, vuelve improcedente la presente demanda

Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, con fecha 25 de septiembre de 2002, dentro del juicio seguido por Gloria Juárez Lucero en contra del Concejo Provincial del Azuay, y publicada en contra del Consejo Provincial del Azuay, y publicada en la Gaceta Judicial, serie XVII. No. 12.

(...) ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el Silencio Administrativo y no hubiere logrado en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esta certificación y de no atendérsela luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales de destitución del funcionario, y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución (...)

Además, para otorgar esta certificación, ¿cómo debe computarse el tiempo para que opere el silencio?

En el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, se señala con claridad cuando empieza a discurrir dicho término o plazo, sin que se precise si se encuentra cumplida la obligación con la emisión del acto administrativo dentro del tiempo, o si es necesario que la notificación con el mismo se la efectúe dentro de dicho tiempo. Al respecto, en cambio, en el ERJAFE, se encuentra en el numeral 2 del artículo 115 que: *“El plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el correspondiente al Silencio Administrativo”*.

Por lo tanto, la obligación de pronunciamiento solo se entiende cumplida, con la notificación al interesado con dicho pronunciamiento, mismo que para que no opere el Silencio Administrativo Positivo tiene que efectuarse dentro del término. La notificación constituye una de las formalidades del acto administrativo que permite que el mismo sea eficaz.

Sobre ese tema existe un pronunciamiento de la Sala de lo Administrativo con relación a la notificación para los efectos del silencio administrativo, que en un fallo dictado por la sala de lo contencioso administrativo, con fecha 22 de septiembre de 2003, dentro del juicio seguido por Diego Cuesta Moscoso, Gerente General de la compañía Novartis

Ecuador S.A. en contra del Procurador General del Estado, del delegado del Consejo Nacional de Fijación de Precios y Medicamentos de Uso Humano y de los Ministros de Industrias, Comercio Integración y Pesca y de Salud Pública; mencionan en su considerando primero, que: *“Concuerta este tribunal de casación con el a quo en el sentido de que la norma del artículo 28, íbidem, no condiciona la ocurrencia del Silencio Administrativo, a la notificación de la resolución sino a la falta de resolución oportuna”*.

Pronunciamiento, que va en contra de la normativa del ERJAFE.

Como se citaron anteriormente sobre este problema, la Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en forma reiterada, por lo tanto, existen precedentes jurisprudenciales obligatorios, en el sentido de que una contestación negativa emitida y notificada fuera del tiempo no afecta al derecho que ha nacido a favor del peticionario como consecuencia del Silencio Administrativo, derecho que se ha generado por el ministerio de la Ley.

Sin embargo, el artículo 68 del ERJAFE dispone al respecto *“Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos es este estatuto”*. Por lo tanto, un pronunciamiento posterior, constituiría una revocatoria del acto presunto, sería una forma de extinguir dicho acto por medio de uno posterior, situación que no es posible, ya que los actos que generan derechos a favor de los administrados no pueden ser revocados por el órgano o por el funcionario que los emitió. Lo procedente, en el supuesto que la administración considere que el mismo es lesivo a los intereses colectivos, es que se declare su levisidad, mediante un nuevo acto, como un procedimiento previo a recurrir al órgano jurisdiccional competente, en nuestro caso del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, demandando se declare que el acto es contrario a derecho y en su caso la anulación del mismo.

Con relación a la forma como debe computarse el tiempo para que opere el silencio administrativo Positivo, resulta contundente el criterio de García de Enterría que manifiesta: *“Muy pronto quedó claro, en efecto, que el plazo del silencio había de computarse desde el ingreso de la solicitud, proyecto o acuerdo sometido a control hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución adoptada y ello porque la referencia de la fecha de la notificación de la resolución y no de ésta era una cautela elemental*

destinada a evitar la tentación de antedatar la resolución, con el fin de impedir el efecto favorable del silencio” (García de Enterría, 2008)

Como se colige de los distintos fallos que han sido citados en este trabajo, el Silencio Administrativo Positivo origina un derecho y una acción procesal de ejecución autónoma. Se entiende por acción procesal autónoma *“un derecho subjetivo de poner en actividad el funcionamiento jurisdiccional exigiendo que actúe mediante el proceso”* (Cordero, 2009, pág. 125).

Empero, Dromi se pronuncia y explica que: *“(…)la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos”* (Dromi, 2001, pág. 263); entonces, ¿Por qué se debe recurrir a los órganos judiciales para que reconozcan un derecho autónomo?

Peor aun cuando dicho organismo judicial, no es competente para ejecutar dichos derechos, puesta existen dos tipos de recursos ante la función contenciosa administrativa y son: de plena jurisdicción o subjetivo y el de anulación u objetivo; Y ninguno corresponde al silencio administrativo.

Resulta sorprendente, la existencia de sentencias que confunden estos recursos, como se demuestra:

Sentencia que se publicó en la Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI No. 10, p. 2716, dictada en el juicio que sigue la compañía Agip Ecuador, en contra del señor Ministro de Energía y Minas y de la Empresa de Comercialización y transporte de petróleos del Ecuador Petrocomercial.

TERCERO (...) El tribunal declare que se ha producido la aceptación tácita de la solicitud presentada por Agip Ecuador S.A. el 4 de enero de 1994 y que, en aplicación del artículo 28 de la Ley de modernización del Estado, se considere que la solicitud o pedido ha sido aprobada. (...)

SEXTO.- Por otras parte, es evidente que el actor dedujo la acción es este juicio con el propósito de amparar sus derechos subjetivos presuntamente negados, desconocidos o no reconocidos en el acto impugnado, evidencia que terminada sin lugar a dudas, que **el recurso propuesto es subjetivo o de plena jurisdicción (...)** (El énfasis me pertenece)

Pero en el caso la pretensión no era impugnar acto alguno sino por el contrario conseguir que un acto administrativo de contenido favorable, producido por el silencio administrativo, cause efectos. Si el Silencio Administrativo configura un acto favorable, resulta ilógico y sin sustento de ninguna clase pensar que el beneficiario lo impugne; su accionar está dirigido a que el mismo se cumpla.

Es por eso que en sentencias más cercanas a la realidad, como la de 9 de enero de 2004, publicada en el R.O. 337 de 18 de mayo de 2004, en el juicio seguido por el Dr. Jorge Haz Villagomez, en contra de la I. Municipalidad del Cantón Guayaquil.

En el considerando sexto dice: Mas para ilustración del recurrente y en supuesto caso de que tal Silencio Administrativo se hubiere dado, necesario es señalar que éste no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo y dentro del término que la ley franquea” “en esa acción de ejecución bien puede que la petición que no fue atendida en termino señalado por la ley no sea de competencia de la autoridad a quien se ha dirigido la petición o contenga pretensiones absurdas contrarias a derecho. En cuyo caso su ejecución será negada, como así lo ha sostenido la Sala en muchos fallos”...

Por lo tanto, en el Ecuador a través del Silencio Administrativo, se estaría aplicando una norma inconstitucional, cuyos efectos sobre el administrado y sobre el administrador no son satisfactorios, originando una división Estado (pública) administrado (privado), que atenta contra lo que representa el Derecho Administrativo.

1.4. Incidencia del Silencio Positivo en el ejercicio de potestades administrativas.

Una vez que se ha determinado esta ruptura entre el administrador y sus administrados, se puede afirmar que la figura tal y como está concebida intenta traspasar, sin éxito a “(...) *las particulares situaciones, derechos o prerrogativas propios de la administración, por su conexión con el dominio público o el servicio público.* (Entrena Cuesta, pág. 230); e incluso llegando a traspasar las funciones de la administración pública a la administración judicial.

La competencia establece obligaciones a quienes le han sido otorgadas a ciertas facultades, por lo que la no actuación o cumplimiento de dichas responsabilidades adquiridas por ley, como la inexistencia de un pronunciamiento, cuando se encuentren obligados a ello, configura, en una omisión ilegítima y acarrea responsabilidades y no

debería dar lugar a un traspaso de competencias a la función judicial y menos aún al administrado.

El silencio positivo tiene tal trascendencia sobre las potestades administrativas, que como está configurado transfiere al solicitante o a terceros facultades relativas a instituciones públicas; permitiendo que el administrado por negligencia de un funcionario se convirtiera en administrador “*puesto que se le atribuirían funciones que originariamente pertenecían a la administración*” (Entrena Cuesta, pág. 669) y la solución tampoco se encuentra en los tribunales de justicia, que como se ha establecido en los fallos, no manejan si quiera un criterio análogo.

Se necesita un cambio de mentalidad del legislador y en el rol de la Administración, frente a este tipo de situaciones; que permitan evitar dilaciones, que normalmente traen consigo los procesos jurisdiccionales.

¿De qué sirve a un particular que un Tribunal de justicia le diga después de varios años que tenía toda la razón si ya ha perdido sus expectativas, tiempo, dinero y seguridad jurídica?

En principio, el silencio administrativo intenta dar al administrado un derecho autónomo que evite que el mismo acuda ante un juez.; empero, en la práctica, el silencio positivo sigue garantizando, paradójicamente, a los tribunales de justicia como la única y final salida; derivando su efecto al silencio negativo.

El defensor del pueblo de Madrid en el Informe anual 1989 y debates en las Cortes Generales dijo: “*La actitud de la administración de permanecer inactiva lanza sobre el peticionario o reclamante la carga de accionar jurisdiccionalmente y le somete a los tiempos y costes que ello entraña y en definitiva a la espera de una sentencia cuya ejecución no es siempre fácil de conseguir; o en ultimo termino la valoración de las anteriores circunstancias hace desistir al ciudadano de sus propósitos, replegándole en un sentimiento de irritación profunda y frustración ante lo que considera una injusticia notoria y un abuso de poder*” (Vincenc, 1996, pág. 145).

Un procedimiento termina normalmente cuando concluye en un acto administrativo expreso que contiene la disposición de fondo que determinó el objeto mismo del

procedimiento. Tratase de la resolución expresa, que para el procedimiento administrativo es el equivalente de la sentencia del proceso judicial.

La terminación anormal – también llamada irregular- comprende los supuestos en que la conclusión del trámite no resulta de un acto expreso resolutorio de la cuestión de fondo planteada, sino de casos legalmente asimilados (v- gr., silencio administrativo) (...) (Dromi, 2001, pág. 1034)

Es por eso que en el ejercicio de las potestades administrativas, no debe ser aceptada una terminación anormal, pues articularía un control ex post de la actuación, en vez de una intervención previa; es decir, se debe lograr que el silencio positivo sea la garantía del principio de tutela administrativa; y, para ello deben primar mecanismos preventivos frente a mecanismos meramente correctores.

CAPÍTULO II

**LEGISLACIÓN COMPARADA: UNA VISIÓN GLOBAL DE SISTEMAS
EXTRANJEROS**

2.1. Antecedentes.

A través del presente capítulo se busca mostrar las distintas perspectivas que existen en algunos países de América del Sur, específicamente en Perú, Colombia, Argentina y España, con relación al silencio administrativo, positivo o negativo; partiendo del análisis de la normativa existente, hasta los enfoques doctrinales que sobre la materia se han establecido en dichos países.

El analizar posturas distintas a las de Ecuador, permitirá conocer instituciones y procesos nuevos, que proporcionarán insumos para desarrollar una propuesta de reforma que tome en cuenta las posibilidades existentes.

Recordemos que el derecho es perfectible, y que su mejora no solo depende de las situaciones que se lleguen a manifestar al interior de un país, sino de aquellos sucesos a nuestro alrededor, que permitan advertir sobre posibles soluciones creativas e innovadoras; así como también detectar errores que se pueden evitar y de los cuáles se debe aprender.

Sin embargo, aquellos principios fundamentales, que han sido expuestos en el primer capítulo de este trabajo, no podrán ni serán desconocidos, y más allá de los nuevos horizontes que se explorarán a continuación, son estos principios los que marcarán el destino del replanteamiento del Silencio Administrativo en el Ecuador.

2.2. El silencio Administrativo Mixto en Perú.

En el Perú existe el silencio administrativo, mismo que puede ser positivo o negativo, de acuerdo con la situación que deba resolverse.

A diferencia del Ecuador, dichas situaciones se encuentra definidas en la Ley Nro. 29060, el 06 de julio de 2000, denominada: Ley del Silencio Administrativo.

El artículo 1 de esta normativa determina los procedimientos sujetos al silencio positivo, entre los cuales se enumeran los siguientes:

- a) Ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado;

b) Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores.

c) 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.

Estos por lo tanto, se entenderían automáticamente aprobados si, vencido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.

Sobre las situaciones enumeradas, y las cuales tienen efecto jurídico positivo, sorprende que, dentro de las mismas se encuentre el “desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado”; pues podría ser perjudicial para el Estado, que por su negligencia u omisión se otorguen autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas. Además, la definición de actividades económicas es muy amplia y da lugar a diversas interpretaciones.

Debió preverse en la normativa, actividades específicas, para evitar futuros conflictos de interpretación y abusos, en especial cuando es deber del Estado planificar y elegir conscientemente las prioridades económicas, para lograr el aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles.

Continuando con la explicación de la figura del silencio administrativo en Perú, la mencionada ley, establece que para la aprobación del procedimiento para darle efectos positivos a una petición, los administrados podrán presentar una Declaración Jurada, bajo un formato preestablecido por la entidad competente, ante la propia entidad, con la finalidad de hacer valer su derecho; constituyendo la recepción de dicho documento, prueba suficiente del trámite iniciado.

En el caso que la administración se niegue a recibir la Declaración Jurada a que se refiere el párrafo anterior, el administrado podrá remitirla a través de un Notario. Los administrados que hagan uso indebido de la Declaración Jurada, señalada en el artículo 3, declarando información falsa o errónea, estarán en la obligación de resarcir los daños

ocasionados y serán denunciados penalmente conforme a la legislación de la materia por la entidad de la Administración Pública afectada.

La Declaración Jurada como prueba y título suficiente para ejercer el derecho de petición del administrado, me parece un método que podría resultar eficaz, pues su obtención depende tan solo del interesado, (a diferencia de la prueba exigida en el Ecuador), pero por otro lado, el texto es manejado por la administración pública, con lo que podrán limitar el alcance de los derechos que se podrían llegar a otorgar.

Los funcionarios y servidores públicos que, injustificadamente, se nieguen a reconocer la eficacia del derecho conferido al administrado al haber operado a su favor el silencio administrativo positivo de un procedimiento, incurrirán en falta administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar.

Los administrados podrán interponer, un recurso de queja o presentar una denuncia al órgano de control interno de la entidad respectiva, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiera lugar, en el caso de que el funcionario o servidor público incumpla lo establecido en la presente Ley.

Se debe tomar en cuenta sin embargo, que a excepción de las autorizaciones para realizar actividades económicas, todas las demás actividades que están sujetas a silencio administrativo positivo, tan solo hacen referencia a trámites y procedimientos administrativos, con lo que se puede presumir, su eficacia es tan solo es ante la administración y no ante terceros.

Una de las particularidades de esta Ley, y que resulta novedosa, es que las denuncias ante el órgano de control interno de las entidades de la Administración Pública, que se presenten contra los funcionarios o servidores públicos que incumplan con su deber de atender el derecho de petición, son puestas en conocimiento del público en general a través de la página web de la entidad o publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, tan solo cuando las mismas hayan sido resueltas y se encuentren en firme, de lo contrario esta actuación sería ilegal por atentar contra la presunción de inocencia de los funcionarios.

EL haber establecido una disposición de hacer públicas las resoluciones de las denuncias presentadas, muestra la gravedad que para el estado peruano resulta una omisión por parte del Estado.

Por otro lado, la legislación peruana otorga efectos negativos al silencio administrativo cuando:

1. Afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación;
2. En aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas;
3. aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública,
4. procedimientos de inscripción registral.
5. materia tributaria y aduanera.

2.3 El Silencio Administrativo en Colombia.

El Silencio Administrativo en Colombia tiene efecto negativo; lo que implica que al no haber pronunciamiento expreso por parte de la Administración, se entiende que la misma ha negado la petición del administrado.

En Colombia existen posiciones contradictorias sobre este tema. El Consejo de Estado colombiano (o al menos su mayoría) ha sostenido que el silencio administrativo negativo

(...) da origen a un acto administrativo ficto o presunto, que se configura como un mecanismo para que la persona pueda acudir a la jurisdicción, teniendo como propósito 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” (Sentencia 5887, 2000)

Con lo cual se lograría que esta “mera ficción legal” permita el interesado a acudir a la vía judicial, cuyo objetivo principal es destrabar los procesos administrativos y corregir la omisión que se ha producido.

Sin embargo, distintos juristas Colombianos, consideran que “(...) *no puede seguir aceptándose la concepción de ser un beneficio para el peticionario, sino que se ha convertido en un instrumento legal a partir del cual la Administración se releva de su Derecho constitucional de respuesta cuando el administrado hace uso de la potestad de habilitación jurisdiccional que genera la configuración del Silencio Administrativo Negativo* (Garzón, 2008)

Por lo tanto, la primera duda al leer la opinión del Jurista Juan Carlos Garzón es, en el Ecuador, como una forma de evitar esta falta de respuesta, se planteó el silencio administrativo positivo; sin embargo en la práctica se estarían generando los mismos efectos que un silencio negativo: los administrados no obtienen respuesta y la administración no cumple con responder y finalmente se debe acudir a la vía judicial.

A pesar de que es comprensible y acertada la opinión del jurista citado, se debe reconocer que la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, otorga una garantía adicional al administrado afectado, pues estipula que “*la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo.*”, lo que implica que no exista prescripción para demandar.

Sin embargo, esta “garantía adicional” resulta contradictoria con el espíritu de la figura del silencio administrativo, misma que supuestamente busca dar una solución a la falta de celeridad y respuesta por parte de la administración; por lo tanto, se estaría ocultando además la falta de interés del administrado de impulsar sus solicitudes.

Por otro lado, dentro del proceso judicial, en la demanda el solicitante deberá requerir al juez 1. Que se declare la nulidad del acto presunto, y 2. Solicitar que el operador judicial entre a suplir la falta de respuesta de fondo de la administración.

La Jurisprudencia colombiana, sobre estos requerimientos de la demanda se ha pronunciado así:

(...) habida cuenta que el presente caso la sociedad actora omitió demandar también la **nulidad del acto presunto** que operó en relación con el recurso de apelación interpuesto contra la resolución (...) incumpliendo así con el mandato contenido en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, la sala se abstendrá de proferir pronunciamiento de fondo frente a tal acto, por inepta demanda (..) (Sentencia 3669, 1997)

Por otro lado

(...) es cierto que en la demanda no se solicitó expresamente la nulidad de la decisión ficta que es fruto del Silencio Administrativo Negativo sobre los recursos interpuestos, circunstancia que, sin embargo, incluso con una estricta interpretación completamente apegada a la letra del artículo 138 de C.C.A. **no impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto**, dado que no es constitutiva de ineptitud de la demanda. (...)

Haciendo un análisis de la jurisprudencia transcrita, es imperativo entender que, si el efecto del silencio administrativo en Colombia es negativo, se entiende por lo tanto que existe un acto ficto de por medio, que le permitió al interesado a concurrir directamente a la vía judicial, por lo tanto, resultaría redundante, pedir la declaración de nulidad de la decisión ficta de la administración.

Sin embargo, una vez más, resulta contradictoria la pretensión de la demanda judicial con el objetivo del silencio administrativo, pues nuevamente, el juez en lugar de resolver, deja al administrado, sin la “respuesta ficta” negativa inicial, y envía nuevamente el proceso a la administración para su resolución; a pesar de que se concibe que esta instancia judicial será un proceso de ejecución más no de conocimiento, pero que en la práctica no lo es.

De la regulación del Silencio Administrativo colombiano se deben rescatar los siguientes puntos:

1. Para concurrir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no se deben presentar más pruebas que una demanda que cumpla con dos requisitos:

- a. La declaración de nulidad del acto ficto
 - b. La solicitud de pronunciamiento de fondo sobre el asunto
2. La posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa no prescribe.

Por el contrario, se deben evitar los siguientes errores:

El momento en que se permite que la administración tenga la posibilidad de tener pronunciamientos “fictos” que finalmente puedan ser declarados nulos por la autoridad judicial; disminuye la responsabilidad de los entes administrativos de dar respuesta a sus administrados dentro del tiempo previsto para el efecto; y aumenta un tráfico innecesario de causas judiciales, que llevan tiempo y gasto de recursos y finalmente la solicitud regresa a la administración, alargando la espera de respuesta al interesado y violentando aún más el principio de petición.

Por lo tanto, el administrado, que es el principal afectado, no solo tendrá que esperar más tiempo para conseguir una respuesta expresa del Estado, sino que tendrá que pagar para obtenerla, ya que para acudir a la sede judicial deberá contratar un abogado y emplear tiempo y recursos que no debería.

Convirtiéndose así el Derecho de Petición en un privilegio de algunos.

Si para tener acceso a la jurisdicción es normalmente necesaria la existencia de un acto administrativo previo (Garrido) a la administración la resultaría fácil impedirlo con sólo mantener una actitud omisiva. Podría evitar la posibilidad de discutir judicialmente sus posiciones jurídicas con sólo hechar mano a este sencillo recurso de omitir un pronunciamiento formal (Creo Bay & Hutchison, 2006)

2.4. Técnicas de control de la Inactividad de la Administración en Argentina

La sala de lo Contencioso Administrativo Número III de Argentina, en el juicio denominado “Gaubeca, Esteban T. contra Ejército Argentino”, se ha pronunciado diciendo que:

Debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos solo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva para hacerlo efectivo. De no ser así la titularidad de un derecho quedaría supeditada a la

voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacerlo” (Dromi, 2001, pág. 574)

A pesar de este pronunciamiento, en el que consideraría suficiente para adquirir un derecho, la falta de respuesta por parte de la administración, en Argentina, existen algunos medios de defensa ante la ausencia de respuesta a las peticiones presentadas por los particulares:

a) En la vía administrativa, los recursos son:

- La reclamación o queja

Regulada en el artículo 71 del Decreto Reglamentario 1883 de 1991 como mecanismo procedente ante defectos de tramitación e incumplimiento de plazos. Esta reclamación debe formularse ante el inmediato superior jerárquico del funcionario u órgano que debió dictar el acto, quien asimismo la resolverá después de verificar si efectivamente el plazo fue incumplido y ordenará a su inferior que emita la respectiva decisión

b) En la vía judicial:

- el amparo
- amparo por mora en la administración
- Silencio Administrativo Negativo

La acción de amparo, es una garantía de raíz constitucional, que nace del artículo 43 del texto constitucional de 1994, y tiene por objeto proteger los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y su ejercicio contra todo acto u omisión que signifique una limitación, restricción o amenaza arbitraria o contraria a la Constitución, un tratado un una ley, generada por la actividad de órganos estatales o por particulares. Se trata de una garantía destinada a salvaguardar todas las libertades del hombre, con la sola excepción de la libertad física que está tutelada por el hábeas corpus (Dromi, 2001, pág. 967)

Esta alternativa es concebida como una acción sumarísima, y es interpuesta ante el Defensor del Pueblo, siempre que no exista una alternativa judicial más idónea.

Las legislaciones sobre amparo contemplan la procedencia de esta acción contra la omisión del Poder Ejecutivo provincial en reglamentar leyes dentro de los plazos determinados para el efecto y contra la omisión de la Administración Pública Provincial o municipal en resolver las peticiones formuladas por los administrados dentro de los términos legales (artículo 3, decreto ley 2589/75; art 28, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.)

Se debe destacar de esta figura, la entidad ante la cual se interpone: El Defensor del Pueblo; entidad que no ha sido tomada en cuenta en ninguna de las legislaciones estudiadas anteriormente, y que definitivamente ha sido poco considerada para los efectos del silencio administrativo en el Ecuador.

Sobre este punto es necesario recordar que al entrar en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial, se creó por primera vez en el Ecuador la Defensoría Pública incorporada como un órgano autónomo de la Función Judicial.

Como lo expresa, Ernesto Pazmiño, en su artículo sobre Desafíos y Perspectivas sobre la Defensoría Pública en el Ecuador, “Es urgente, previamente, superar la concepción tradicional que indica que la defensa pública es subsidiaria del sistema de justicia, construido sobre la base del defensor privado o de confianza, para reflexionar sobre un visión realista asentada en el principio de que el sistema de defensa gira, necesariamente, alrededor de la Defensoría Pública oficial” (Pazmiño Granizo, 2008)

Por otro lado, el amparo por mora administrativa se interpone en sede judicial. El administrado afectado por el retardo administrativo puede solicitar por medio de la acción de amparo un pronunciamiento expreso de la Administración.

“La conversión de la mora en silencio” es la denegación tácita de lo solicitado, es decir surten los mismos efectos que el silencio administrativo negativo, para lo cual primero se deberá interponer un pedido de pronto despacho.

No se podrá interponer la acción de amparo por mora para la obtención de un pronunciamiento expreso y “la conversión de la mora en silencio”, pues estas alternativas son excluyentes.

Las acciones proceden ante una mora administrativa, que puede verse manifestada por la omisión de dar un dictamen, informe, resolución de mero trámite o resolución de fondo.

Para la procedencia de la acción de amparo por mora administrativa, tiene que operar una situación objetiva de mora, tardanza o inactividad, cuya prueba corre a cargo del accionante. El artículo 28 de la LNPA establece expresamente que la acción ejercida procederá “cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir estos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable – sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado”

En caso de ser favorable al administrado la sentencia, el juez dará una orden para “que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”

El sentido de esta acción cuyo resultado es que el juez envía nuevamente la solicitud a la administración para su resolución, se parece en concepto a la normativa colombiana, analizada en el numeral anterior.

La administración deberá emitir dictamen, acto, resolución de fondo o trámite requerido por el interesado, en el plazo fijado en la orden judicial y en caso de incumplimiento, las consecuencias pueden ser las siguientes:

- a. Respecto del funcionario: acciones administrativas o penales por desobediencia.
- b. Respecto del acto y del accionante: Ante el incumplimiento de la sentencia, el accionante podrá, otorgar a la orden de pronto despacho los efectos del silencio administrativo negativo, considerando a la administración incurso en negativa o denegación tácita, una vez que hubieren transcurrido treinta días desde que se debió cumplir con dicha orden de pronto despacho.

- c. Respecto de la Administración: Se podría interponer una condena pecuniaria a favor del litigante perjudicado y contra aquellos que no cumplieron los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.

Estos medios de defensa (tanto la queja como el amparo), han sido desarrollados de tal forma, que han logrado, en su gran parte, descartar algunos defectos del silencio administrativo negativo o positivo.

El objetivo de la reclamación o queja es la solicitud de inmediata realización o corrección del trámite omitido o defectuosamente respondido; lo que le permite al administrado, acceder nuevamente a la administración, solicitando una solución; lo que no ocurre con el silencio administrativo, que intenta suplir esta última y no obliga a resolver, sino solo posibilita la continuación del trámite ante otras instancias. "(..) El derecho del administrado a obtener una decisión fundada prevalece y nunca será protegido mediante el silencio" (Garzón, 2008, pág. 53)

Resulta interesante el planteamiento de algunas jurisdicciones en Argentina, debido a que plantean, dos acciones adicionales a las acostumbradas para que se configure el silencio administrativo; y aunque pudiera parecer que otorga a la administración *más de un strike*; en la práctica podría resultar beneficioso y mucho más célere al administrado agotar todas las vías administrativas, que esperar la resolución de un proceso judicial.

Es interesante estudiar el planteamiento existente sobre la queja, aunque sin embargo, el objetivo que persiga la misma, deba ser ampliado, pues la misma no tiene por fin resolver el fondo del asunto, sino que con ella el interesado sólo busca corregir anomalías en el trámite del procedimiento" (Creo Bay & Hutchison, 2006, pág. 26); sin embargo, sería más útil si su finalidad fuera corregir o conseguir una respuesta, cuándo así el caso lo amerite.

2.5. Límites del Silencio Administrativo Positivo previsto por el derecho interno español.

Para entender los límites del silencio administrativo positivo previsto en el Derecho Interno Español, se analizarán La ley 30 de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP) y sus posteriores modificaciones (especialmente Ley 4 de 1999)

El artículo 43.5. de LRJAP estipula que “los actos administrativos producidos por el silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”

No obstante, la prueba del silencio es de muy difícil obtención de manera que el medio de prueba expedito se ha reducido a un “certificado acreditativo del silencio producido”, el cual podrá ser solicitado por el interesado y la administración estará en la obligación de expedirlo en un plazo máximo de 15 días.

El artículo 43.2 de la LRJAP establece como regla general en caso de ausencia de resolución expresa y oportuna junto con su notificación, el silencio tiene efectos positivos o estimatorios de las pretensiones del interesado y por excepción, el silencio tendrá efectos negativos en los siguientes supuestos:

- a. en los procedimientos de ejercicio del derecho constitucional de petición,
- b. si la estimación de procedimiento tuviere como efecto la transmisión al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público; y,
- c. en el caso de procedimientos de impugnación de actos y disposiciones (es decir, recursos administrativos)

De conformidad con el artículo 43.3. LRJAP, el silencio positivo “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”:

Es decir, el silencio daría lugar a un verdadero acto declarativo de derechos.

Por otro lado, silencio negativo, de acuerdo al mismo artículo, “tiene los solo efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.”

La Ley Española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 43 Numeral 5 dispone que:

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que deben dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver.

Como se desprende de la norma transcrita el certificado no es sino uno de los tantos medios de prueba con los cuales se puede acreditar que se ha producido el silencio, y no constituyen requisito previo para que el administrado pueda ejercer las acciones pertinentes, como lo es en Ecuador.

Diversas recomendaciones de la Unión Europea ⁵en materia de simplificación administrativa han recomendado a los Estados miembros: “La sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la administración, transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud”, así como la “introducción cuando sea conveniente, de un sistema en el que se considere automáticamente concedida toda solicitud si la Administración no ha respondido en un plazo determinado. (Aguado, 2001)

No obstante, en la práctica esta simplificación no es difícil de lograr y ni siquiera es el problema; la problemática real radica en el momento que se quiera reconocer un derecho ante terceros y esta concesión automática de derechos, no surta efecto alguno.

M.A. SANDULLI, señala “una real simplificación del procedimiento no puede y no debe significar una renuncia al mismo” (Sandully, 1998)

⁵ Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados Miembros

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

3.1 Antecedentes .

Una vez analizados los derechos que a través de la figura del Silencio Administrativo se protegerían y cómo debido a la escasa e ineficaz normativa en el Ecuador, no se ha alcanzado la meta de proteger dichos derechos, en especial el constitucional de petición, en este capítulo finalmente se desarrollará una propuesta normativa para reformar el actual tratamiento jurídico al Silencio Administrativo.

La Administración debe necesariamente, en su relación jurídica con el administrado, pronunciarse en ejercicio de las facultades que le han sido otorgadas, a través de una de las formas jurídicas autorizadas: Acto administrativo, hecho administrativo o contrato administrativo.

Una vez que ha expresado su voluntad administrativa, se podrá verificar si se ha afectado algún derecho subjetivo o interés legítimo del administrado; y de ser así existen los mecanismos legales para controlar la legitimidad y oportunidad del proceder administrativo estatal.

Si bien, a través de la jurisprudencia se ha logrado optimizar la figura del silencio administrativo en Ecuador, lo cierto es que el derecho de petición no encuentra su eficacia ni protección a través de esta figura; los efectos positivos o negativos que se derivan del silencio, finalmente no constituyen una verdadera respuesta y por lo tanto ante eso ni el administrado ni el administrador sabe cómo debe efectivizar dichos presuntos efectos.

Las opciones que el administrado tiene en el Ecuador para enfrentar la falta de respuesta de la administración son: Esperar (el tiempo que parezca necesario) que la administración resuelva la petición, pedir nuevamente por escrito ante la misma autoridad que se dé contestación, pedir al superior que lo haga o mande a ejecutar, o recurrir al silencio administrativo.

Si la opción es el silencio administrativo, entonces vienen más esperas y demoras para al administrado y finalmente debe trasladar la respuesta "ficta" para la valoración judicial. Sin embargo, tal y como está planteado el silencio en Ecuador, la fase judicial no es para decidir sino para darle validez a un acto. Esto resulta legítimo para el interesado pero, ¿es legal para el Estado? Además, de que para acceder a la fase judicial se necesita un certificado, en el que se obliga al funcionario público a testificar en contra de sí mismo, lo

que es inconstitucional; y, absurdamente ubica al administrado nuevamente en una posición de indefensión.

El procedimiento administrativo debe garantizar que la relación jurídica que se traba entre la Administración y el administrado, asegure tanto los intereses legítimos de la Administración como la tutela de los derechos subjetivos de los administrados.

El presente estudio jurídico ha demostrado que tenemos un ordenamiento jurídico interno lleno de contradicciones normativas sustanciales que conllevan a dificultar el ejercicio de los derechos constitucionales; contradicciones que sustentan la necesidad de una nueva razonabilidad legislativa y judicial que responda al interrogante sobre la real efectividad de la figura del Silencio Administrativo en el marco de un estado Constitucional de derechos y justicia, caracterizado por garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes de los ciudadanos.

Debido a esta falta de razonabilidad legal de nuestro ordenamiento jurídico interno se ha visto la necesidad de una reforma legislativa.

3.2 Propuesta.

Para entender la propuesta de reforma que se expondrá, se partirá desde el punto de vista de que *“El derecho en expectativa no es un derecho. Es sólo una posibilidad de que pase a serlo”*. (Dromi, 2001)

Por lo tanto, la idea de que la omisión de emitir un acto administrativo en el plazo legal impuesto para el efecto, constituya un acto administrativo “ficto” que cause derechos y obligaciones, se descarta.

La motivación principal de la propuesta radica en que el Estado debe emitir siempre un acto administrativo y su incumplimiento tardío debe acarrear consecuencias administrativas y pecuniarias. El principio de legalidad opera en el quehacer de la administración, imponiéndole determinadas consecuencias a sus actuaciones.

Como lo establece el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso se notifiquen.

Tomando como modelo a la legislación peruana, mi propuesta va encaminada a que exista una norma específica para el tratamiento del Silencio Administrativo, misma que en principio puede provenir de una reglamentación al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Sin embargo, debido a que dicha Ley ha perdido prevalencia, considero que se debe emitir una Ley específica para la figura.

En dicha ley se determinarán las materias y temas que se pueden someter al silencio administrativo, los requisitos, los competentes y el procedimiento para su ejecución.

Sobre las materias:

El artículo 225 de la Constitución de la República demarca el contorno de la actividad estatal en nuestro ordenamiento jurídico:

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

Para garantizar seguridad jurídica tanto a las entidades detalladas como a los interesados, las materias sobre las cuales puede solicitarse el silencio administrativo deben estar debidamente definidas.

Considerando que el fin último de esta propuesta es que la Administración de una respuesta a través de un acto administrativo, todas las materias pueden ser motivo de reclamo ante la Defensoría Pública.

Excepciones

1. Temas tributarios:

Pues en armonía con disposiciones constitucionales, el Código Tributario determina:

Art. 3.- Poder Tributario.- **Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos.** No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana.

(El énfasis me pertenece)

Por lo tanto, la determinación del hecho generador, la forma de determinar los tributos, su modificación, cobro y exenciones no podrá ser motivo del silencio administrativo.

2. Contratación Pública y concretamente en los procesos de ejecución contractual

En relación a este punto se debe manifestar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 04 de octubre de 2004, manifestó: (...) De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida (...) Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275 (Quito, 4 de octubre de 2004)

3. Cuando se trata de relaciones contractuales
4. Emisión, derogatorias o cualquier modificación a normas generales
5. Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo
6. Solicitud de nombramientos o contratos para prestar servicios en la entidad del Estado
7. Actividades entre entidades del sector público.

Sobre esto, así se pronunció la Procuraduría General del Estado ante la formulación de una consulta por parte del IECE:

¿Es aplicable el efecto positivo del silencio administrativo previsto por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, relacionada con la aprobación del presupuesto del IECE. Dado que pese a las iniciales gestiones y luego por la falta de integración del Directorio del Banco Central, el presupuesto del IECE no ha sido aprobado?.

PRONUNCIAMIENTO:

La aprobación del presupuesto de un ente estatal por otro, no constituye ejercicio del derecho de petición, sino que es consecuencia de la aplicación del procedimiento administrativo, que se sustenta a su vez en el principio de legalidad al que está sujetas las instituciones del sector público.

En el caso materia de consulta, es una imposibilidad de carácter legal y fáctica, no imputable al Directorio del Banco Central del Ecuador, la que ha impedido que dicho órgano colegiado se integre, pueda sesionar y adoptar las decisiones que le competen.

Por lo tanto, el efecto positivo del silencio administrativo no es aplicable como norma supletoria al procedimiento de aprobación del presupuesto del IECE, por lo que esta institución deberá necesariamente obtener la aprobación del Directorio del Banco Central del Ecuador, una vez que éste se integre.

Sobre los requisitos:

El único requisito para acceder a la Defensoría Pública es la fe de recepción del oficio de ingreso ante la Institución del Estado.

Además, el interesado deberá demostrar su legitimación activa del derecho reclamado, es decir, debe tener el derecho subjetivo o el interés legítimo para petitionar, solicitar o reclamar.

Sobre el organismo competente:

El artículo 191 de la Constitución de la República establece que:

La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, **por su estado**

de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la **protección de sus derechos**.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, **en todas las materias e instancias**.

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado. (El énfasis me pertenece)

Debido a que el administrado se encuentra en “un estado de indefensión” ante el Estado, es el Defensor Público quien patrocinará la defensa de su derecho de petición, siempre y cuando, la materia se encuentre individualizada en la Ley.

A través de la Defensoría Pública se garantiza que el trámite sea gratuito, no necesite de abogado y sea expedito.

Es importante recalcar que a partir de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial se crea por primera vez en el Ecuador la Defensoría Pública y se la incorpora como un órgano autónomo de la Función Judicial.

Es urgente, previamente, superar la concepción tradicional que indica que la defensa pública es subsidiaria del sistema de justicia, construido sobre la base del defensor privado o de confianza, para reflexionar sobre una visión realista asentada en el principio de que el sistema de defensa gira, necesariamente, alrededor de la Defensoría Pública oficial. (Pazmiño Granizo, 2008)

El Defensor Público tiene un deber que cumplir para la justicia ecuatoriana, lo que va mucho más allá del patrocinio legal en casos concretos.

El apoyarse en la Defensoría Pública para coordinar y garantizar un debido proceso es la “Justicia Administrativa o procedimiento administrativo” que como explica el Dr. Marco Morales, en el texto guía de derecho procesal administrativo,

(...) la actividad coordinada a un fin se denomina procedimiento, que, en el ámbito jurídico, se compone de una sucesión concatenada de actos, a la cual el ordenamiento jurídico le confiere determinados efectos. A este conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, que de manera coordinada se orientan a garantizar al ciudadano la vigencia de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, es lo que se denomina también Justicia Administrativa o Procedimiento Administrativo. (Morales Tobar, 2012, pág. 75)

La Defensoría Pública, será la institución de apoyo. Será el primer filtro que permita al Administrado Tener una respuesta en el menor tiempo posible.

De no ser así, la multa que imponga la Defensoría le permitirá acceder al organismo judicial de acuerdo a la ley actual.

Multas:

Ante la negativa de respuesta del requerimiento que realice la Defensoría, existen dos posibilidades de sanción:

- a. Administrativa: Sanción administrativa al funcionario y su superior. En caso de que un mismo funcionario tenga más de dos sanciones administrativas, se le impondrá una sanción pecuniaria.
- b. Pecuniaria: El funcionario y su superior que haya obtenido 2 sanciones administrativas serán sancionados con una multa.

Respuesta de la Administración

En caso de que la Administración no esté de acuerdo con la solicitud realizada por la Defensoría Pública, ésta podrá alegar:

- Incompetencia de la autoridad, en cuyo caso la Defensoría deberá dirigir correctamente la solicitud
- Omisión o incumplimiento de formalidades legales que se deban observar para dictar resolución o dar un pronunciamiento
- Demostrar que se encuentra en análisis a través de la presentación de requerimientos de informes, en cuyo caso de acuerdo al ERJAFE no podrá ampliarse el plazo por más de 30 días.

Debo aclarar sin embargo, que esta propuesta no implica desconocer la jurisprudencia desarrollada en torno al tema del silencio administrativo, ya que como se ha dicho antes, esta jurisprudencia ha logrado alcanzar aciertos importantísimos sobre esta figura; sin embargo se recogerán los principios instaurados a través de la jurisprudencia, se modificarán ciertos articulados de la ley actual, se especificarán las materias a las que aplica y se instaurará un procedimiento ante la Defensoría del Pueblo, como previo al inicio del Contencioso Administrativo.

3.3 Naturaleza.

De conformidad con el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, existen dos clases de leyes: Orgánicas y Ordinarias.

Las Leyes orgánicas son aquellas que regulan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución de la República, las que regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, las que regulan la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados y aquellos temas relativos al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

Por otro lado, las leyes ordinarias serán las que no se cataloguen como orgánicas y no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica. Y se aprobarán con la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

En este caso el tratamiento del Silencio Administrativo, será una ley de carácter ordinario.

3.4 Reforma Normativa.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

- Que,** el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: “(...)9. *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*”; para lo cual “*el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos*”;
- Que,** el artículo Ibidem, dispone que “*El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso*”;
- Que,** el Capítulo sexto, denominado Derechos de libertad de la Constitución de la República, 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*”.
- Que,** el artículo 75 de la Carta Magna manifiesta que “*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*”;
- Que,** el artículo 76, numeral, 7 de la Norma Suprema, asegura el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. l) Las*

resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”;

- Que,** el artículo 226 de la Constitución de la República, dispone que *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”;*
- Que,** el artículo 233 *Ibíd*em, establece que *“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”.*
- Que,** el artículo 28 de la Ley de Modernización de 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 fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto”*
- Que,** el artículo 28 del cuerpo legal citado aclara además que, *“En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.*
- Que,** el artículo 87 del mismo cuerpo legal, establece que, *“(…) No operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto”;*

- Que,** el artículo 115 *Ibidem*, dispone que la administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma y que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo.
- Que,** el artículo 142 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sobre el principio de celeridad, determina que *“Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto”*;
- Que,** la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, determina en su artículo uno que la Defensoría del Pueblo, es un organismo público, con autonomía funcional, económica y administrativa y con jurisdicción nacional;
- Que,** el artículo 2 establece que le corresponde a la Defensoría del Pueblo, *“b) Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”*;
- Que,** es necesario potenciar la figura del silencio administrativo para alcanzar un equilibrio entre el interés general y el individual a través del cumplimiento de los objetivos de los Administrados y el Estado;

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

LEY ORGÁNICA PARA LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

TITULO I

NORMAS Y PRINCIPIOS GENERALES

CAPITULO ÚNICO

Artículo 1.- Objeto.- Esta Ley regula el procedimiento para la aplicación del silencio administrativo, cuyo objetivo es proteger, promover y tutelar el derecho de petición reconocido en la Constitución de la República, mismo que para su eficaz desarrollo deberá regirse por las normas estipuladas en la presente Ley.

Artículo 2.- Ámbito.- Esta Ley es de aplicación obligatoria en el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias que deberán ser ejercidas en el exterior por la Defensoría del Pueblo. La protección, promoción y tutela del derecho de petición en el exterior, se realizará en coordinación con el servicio exterior ecuatoriano.

Artículo 3.- Principios rectores.- Para la correcta aplicación del silencio administrativo, las entidades y funcionarios (as) públicos, deberán regirse por los siguientes principios:

1. Prevención.- Se orientarán las actuaciones a la prevención a la falta al derecho al debido proceso
2. Publicidad.- Las actuaciones o diligencias serán públicas, salvo los casos previstos en la Ley.
3. Accesibilidad.- Se garantizará el acceso a las instituciones públicas involucradas sin restricción o limitación alguna.
4. Celeridad.- Los casos serán tramitados en forma rápida y oportuna.
5. Formalidad Condicionada.- No se sacrificará el acceso y desarrollo de estos procedimientos por la mera omisión de formalidades.
6. Igualdad y no discriminación.- Se adoptarán medidas necesarias para garantizar la igualdad y no discriminación de las partes en los procesos.
7. Gratuidad.- Todo trámite o procedimiento será gratuito
8. Imparcialidad e independencia.- Se desempeñarán las funciones, libre de injerencias, que puedan viciar, dirigir, menoscabar, modificar o parcializar las actuaciones de la administración pública

TÍTULO II

ESTRUCTURA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

CAPITULO PRIMERO

DE LAS MATERIAS Y EL PROCEDIMIENTO

Artículo 4.- El silencio administrativo será aplicable para todas aquellas solicitudes presentadas ante cualquier institución pública del estado, que no han sido atendidas en el término de 15 días, siempre y cuando dichas peticiones no versen sobre las materias y controversias que se detallan a continuación:

- a. Temas tributarios
- b. Contratación Pública y concretamente en los procesos de ejecución contractual
- c. Relaciones contractuales
- d. Emisión, derogatorias o cualquier modificación a normas generales
- e. Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo
- f. Solicitud de nombramientos o contratos para prestar servicios en la entidad del Estado
- g. Actividades entre entidades del sector público.

Artículo 5.- Procedimiento previo.- Las solicitudes sujetas al silencio administrativo, una vez transcurrido el plazo de 15 días establecido en la Ley de Modernización del Estado, podrán acudir ante la Defensoría del Pueblo, para que en un plazo de 5 días, se remita una Petición de Debido Proceso, ante la institución que cometió la omisión, requiriendo que en un plazo de 10 días se expida el acto o hecho administrativo correspondiente, para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público encargado.

Artículo 6.- Requisitos.- Para acceder ante el Defensor Público se deberán cumplir con los siguientes requisitos previos:

- a. Presentar copia de la fe de recepción del Oficio de ingreso ante la Institución del Estado, que pruebe que han transcurrido 15 días desde que se realizó el requerimiento.
- b. Solicitud dirigida al Defensor Público, debidamente suscrita por quien tiene la legitimación activa del derecho reclamado, es decir, debe tener el derecho subjetivo o el interés legítimo para petitionar, solicitar o reclamar; en la que expresamente se establezca la institución presuntamente omisora.
- c. En la solicitud, deberá constar que la materia sobre la que versa la petición es sujeta de trámite, de conformidad con el artículo 4 de esta Ley.

Artículo 7.- Una vez que la Institución presuntamente omisora reciba la Petición de Debido Proceso, podrá alegar:

- Incompetencia de la autoridad, para la cual deberá remitir a la Defensoría del Pueblo, con copia al interesado, un acto administrativo motivado que prueba dicha alegación, y en cuyo caso la Defensoría Pública deberá orientar al interesado a dirigir correctamente la solicitud
- Omisión o incumplimiento de formalidades legales que se deban observar para dictar resolución o dar un pronunciamiento
- Demostrar que se encuentra en análisis a través de la presentación de requerimientos de informes, en cuyo caso de acuerdo al ERJAFE no podrá ampliarse el plazo por más de 30 días.

En todos los casos, la institución omisora, deberá documentadamente motivar su respuesta, misma que será suscrita tanto por el funcionario competente como por el inmediato superior.

La institución no podrá alegar, falta de recurso humano o imprevistos para motivar la falta de atención a la solicitud del interesado, salvo casos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.

CAPITULO II

DE LOS INCUMPLIMIENTOS Y SUS SANCIONES

Artículo 8.- Obligación de colaborar.- Las autoridades, servidoras y servidores públicos, están obligados, en el ejercicio de sus competencias o actividades, a auxiliar de manera inmediata a la Defensoría del Pueblo, con ayuda técnica, logística o funcional.

En las visitas a entidades públicas, podrá solicitar la información necesaria para la sustanciación de los procesos que se refieran al Silencio Administrativo.

Artículo 9.- Multas.- La negativa a entregar información, la falta de colaboración y la falta de respuesta ante la Petición de Debido Proceso, en el tiempo establecido para el efecto, por parte de los servidores públicos, será sancionada, a petición de la o el Defensor del Pueblo.

La imposición de la sanción no excluye la acción penal correspondiente, de conformidad con el Código Integral Penal.

Artículo 10.- Gestión Oficiosa.- La Defensoría del Pueblo podrá realizar gestiones directas e inmediatas, ante las instancias públicas o privadas involucradas, tendientes a proteger de manera eficaz el derecho constitucional de petición.

Artículo 11.- Sanciones.- El incumplimiento por parte de los funcionarios públicos involucrados, dará lugar a las siguientes sanciones:

- a. En el caso de no responder la Petición de Debido Proceso, en el plazo establecido para el efecto, o no colaborar con la Defensoría del Pueblo, se pondrá una sanción administrativa al funcionario y su superior. En caso de que un mismo funcionario tenga más de dos sanciones administrativas, se le impondrá una sanción pecuniaria.
- b. El funcionario y su superior que haya obtenido 2 sanciones administrativas serán sancionados con una multa equivalente a un (1) salario básico unificado del trabajador general.

DISPOSICIONES GENERALES

ÚNICA: La Ley de Modernización del Estado y su disposición sobre el silencio administrativo, continuará vigente, en todo lo que no se oponga a esta normativa.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Dentro del plazo de noventa días, contados a partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, la Defensoría del Pueblo, expedirá los reglamentos que sean necesarios para viabilizar su cabal cumplimiento.

DISPOSICIONES REFORMATORIAS

PRIMERA.- Sustitúyase del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el siguiente texto, *“Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan”*; que en adelante dirá: Para este efecto, el administrado deberá presentar una declaración juramentada 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”.

SEGUNDA: Incorpórese a continuación del artículo 28 A de la Ley de Modernización del Estado lo siguiente:

Artículo 28 B.- Los interesados podrán recurrir ante la Defensoría del Pueblo, previo inicio del proceso judicial, para obtener la Petición de Debido Proceso.

TERCERA.- Incorpórese en el literal a del artículo 2 de la Ley de Orgánica de la Defensoría del Pueblo, a continuación de la frase “ y de Amparo de las personas que lo requieran”; lo siguiente: Las solicitudes de Silencio Administrativo.

DISPOSICIÓN FINAL

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

3.5 Ventajas.

Una de las principales ventajas de utilizar la Defensoría Pública como “primer filtro” para obligar a la administración a responder aquellas solicitudes que no han sido respondidas a tiempo por parte de la administración, es que las Defensorías son de fácil acceso para los ciudadanos, lo que no siempre resulta fácil cuando se trata de Organismos de la Función Ejecutiva (ministerios, secretarías) o de los organismos de control (superintendencias, contraloría) que están ubicadas en las ciudades principales del país.

En el caso de la Defensoría Pública, a pesar de que en comparación a otros países (Como se detallará en el punto 3.1.4) no tiene por número de habitantes los defensores suficientes; existen coordinaciones zonales a las que se han delegado funciones alrededor del país y que son:

Tabla 1: Coordinación / Delegación

COORDINACIÓN ZONAL 1 CARCHI
Delegación Provincial Esmeraldas
Delegación Provincial Esmeraldas (Oficina: San Lorenzo)
Delegación Provincial Imbabura
Delegación Provincial Sucumbíos
COORDINACIÓN ZONAL 2 ORELLANA
Delegación Provincial Pichincha (excepto DMQ)
Delegación Provincial Napo
COORDINACIÓN ZONAL 3 TUNGURAHUA
Delegación Provincial Cotopaxi
Delegación Provincial Chimborazo
Delegación Provincial Pastaza
COORDINACIÓN ZONAL 4 MANABÍ
Coordinación Zonal 4 Manabí Oficina: Manta
Coordinación Zonal 4 Manabí Oficina: Jipijapa

Coordinación Zonal 4 Manabí Oficina: Bahía de Caráquez
Delegación Provincial Santo Domingo de los Tsáchilas
COORDINACIÓN ZONAL 5 GUAYAS
Coordinación Zonal 5 Guayas: Milagro
Delegación Provincial Bolívar
Delegación Provincial Galápagos
Delegación Provincial Los Ríos
Delegación Provincial Los Ríos Oficina: Quevedo
Delegación Provincial Santa Elena
COORDINACIÓN ZONAL 6 AZUAY
Delegación Provincial Cañar
Delegación Provincial Morona Santiago
COORDINACIÓN ZONAL 7 LOJA
Delegación Provincial El Oro
Delegación Provincial Zamora Chinchipe
COORDINACIÓN ZONAL 8 GUAYAQUIL
Coordinación Zonal 8 Guayaquil Oficina: Durán
COORDINACIÓN ZONAL 9 PICHINCHA
Coordinación Zonal 9 Pichincha: Oficina Norte (Av. Prensa)
Coordinación Zonal 9 Pichincha: Oficina Sur (Av. Mariscal Sucre)

Fuente: Defensoría del Pueblo.

Elaborado por: Defensoría del Pueblo.

3.6. Posible Problemática y Soluciones

En el Ecuador, “se designaron 32 defensores públicos dependientes de la función judicial, para todo el país pero sin ninguna organización, trabajan sin apoyo ni respaldo institucional, sin estándares de calidad ni capacitación, no hay seguimiento de su gestión ni especialización por materias” (Pazmiño Granizo, 2008, pág. 310)

Tabla 2: Ecuador en rojo en la región

País	Defensores Públicos	Nro. De defensores públicos por cada 100.000 habitantes
Costa Rica	223	5,73
El Salvador	278	4,26
Guatemala	471	3,92
Honduras	233	3,30
Chile	192	2,10
Paraguay	96	1,70
Bolivia	68	0,80
Ecuador	32	0,26

Fuente: (Pazmiño Granizo, 2008, pág. 318)
Elaborado por: (Pazmiño Granizo, 2008, pág. 318).

Constituye un reto la implantación de este modelo procesal, en especial por que implica la creación de una cultura jurídica que sea capaz de entender el real rol de la defensoría.

CONCLUSIONES

- El silencio administrativo es ineficaz en el Ecuador, debido a que el proceso para su ejecución se centra en la responsabilidad del funcionario público y no en la resolución de su ineficiencia y de esta forma no constituye un efectivo elemento de lucha contra las arbitrariedades del poder público.
- El silencio no es un acto supletorio del acto administrativo expreso, y el mismo no da solución a la inactividad.
- En el Ecuador se concibe al Silencio Administrativo como una institución que viene a sustituir alternativamente al acto en determinados casos de inactividad, y es por eso que es ineficaz pues su función no debería ser sustituir, sino resolver en la misma jurisdicción y sin más demoras y condicionamientos.
- El silencio administrativo, tal como está planteado en la actualidad en el Ecuador, es ineficaz frente a la inactividad formal y material del Estado.
- El silencio debería ser el último mecanismo a disposición del particular para superar la inactividad de la administración.
- El silencio Administrativo, en la forma en que se encuentra concebido en el artículo 28, citado, ha generado una serie de conflictos, ambigüedades e imprecisiones, que aún siguen siendo superadas.
- El silencio administrativo no garantiza la respuesta oportuna de las peticiones de los interesados, y ni siquiera la gratuidad del procedimiento, que es un principio del derecho administrativo, pues un proceso judicial conlleva a gastos y demoras, que el administrado prefiere evitar.
- Obligar, so pena de destitución, al funcionario a conferir un certificado de o haber respondido dentro del plazo una petición del administrado, es inconstitucional.

RECOMENDACIONES

La propuesta que se ha desarrollado puede ayudar a entender e intentar conseguir un proceso administrativo más justo, para lo cual recomiendo:

- Exigir, siempre de la Administración un pronunciamiento a través de una de las formas jurídicas autorizadas: Acto administrativo, hecho administrativo o contrato administrativo.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS

Sentencia 3669, 3669 (Consejo de Estado 28 de agosto de 1997).

Gaceta Judicial. Año XCVIII, Serie XVI. Nro. 11 (Corte Suprema de Justicia 27 de febrero de 1998).

Sentencia 5887, 5887 (Consejo de Estado 11 de mayo de 2000).

Ley Orgánica de Educación Superior. (2010). Quito.

La *Camara* . (agosto de 2014). Obtenido de <http://www.lacamara.org/ccg/2012%20DIC%20BE%20CCG%20PERSPECTIVAS%202013.pdf>

Pasos de un plan de Marketing. (septiembre de 2014). Obtenido de <https://www.google.com.ec/search?q=plan+de+marketing>

Aguado, V. (2001). *Silencio Administrativo e Inactividad.* Barcelona: Marcial Pons.

ARMSTRON, PHILIP KOGTLER Y GARY. (2007). *Marketing versión para Latinoamérica.* En P. k. ARMSTRON, *Marketing versión para Latinoamérica* (pág. 4). Mexico: Mexico.

Cordero, P. (2009). *El silencio administrativo.* Cuenca: El Conejo.

Creo Bay, H., & Hutchison, T. (2006). *Amparo por Mora de la Administración Pública.* Buenos Aires: Astrea.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (novena edición ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (Novena ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Entrena Cuesta, R. (s.f.). *Curso de derecho administrativo* (octava ed., Vol. Tomo 1). TECNOS.

García de Enterría, E. (2008). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. 1). Civitas.

García, N. (1986). *La inactividad material de la Administración.* D.A.

Garrido , F. (1960). La llamada doctrina del silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*(51), 91.

Garrido, F. (s.f.). *Silencio de la Administración y plazos de caducidad.*

Garzón, J. C. (2008). *La crisis del Silencio Administrativo Negativo.* Bogotá: Doctrina y Ley.

Gomez Puente. (2012). *La inactividad de la administración.* Aranzadi.

- Guillén Perez, M. E. (1996). *El silencio administrativo*. Constitución y leyes S.A. .
- KOTLER, P. (Dirección de Marketing, 2006). *Dirección de Marketing*. Pearson.
- Lopez, P. (10 de Junio de 2013). *Las 4 P'S*. Recuperado el 10 de SEPTIEMBRE de 2014, de https://www.google.com.ec/search?q=plan+de+marketing&biw=1280&bih=705&source=inms&tbm=isch&sa=X&ei=Ov4ZVI2MMcvLgwSA_YGgDQ&sqi=2&ved=0CAYQ_AUoAQ#facrc=_&imgdii=_&imgrc=n1jSjFYBmhyAyM%253A%3B8CXrVUZcXw4DIM%3Bhttp%253A%252F%252F4.bp.blogspot.com%252F-BJuA90W
- Morales Tobar, M. (Mayo de 2012). Texto Guía Derecho Procesal Administrativo . *Derecho Procesal Administrativo* . Loja, Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Muñiz González, R. (2014). Marketing en el Siglo XXI . 5ta Edición. En R. Muñiz González, *Plan de Marketing CAPITULO 11* (pág. 472). Centro de Estudios Financieros.
- Pazmiño Granizo, E. (2008). Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador. En S. Andrade Ubidia , & L. F. Avila Linzan , *La transformación de la justicia* (pág. 306). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pazmiño Granizo, E. (2008). Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador. En *La transformación de la Justicia* (pág. 306). Quito: Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, editores.
- Penagos, G. (s.f.). *El silencio administrativo*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Penagos, G. (s.f.). *Vía Gubernativa* (segunda ed.). Ciencia y Derecho.
- Ramón Fernández , T. (1967). *Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios*. RAP.
- Ruiz, J. J. (25 de Marzo de 2011). *Marketing Estratégico*. Recuperado el 13 de 08 de 2014, de Estrategia y Dirección Estratégica: <https://www.google.com.ec/search?q=planeacion+estrategica>
- Sandully, M. (1998). *Simplificación de la acción administrativa y procedimiento administrativo a la luz de la ley del 15 de mayo*. Milan: Vera Paraiso.
- Secaira, P. (2010). Derecho Administrativo. *Texto Guía Maestría en Derecho Administrativo*. Loja, Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- SENESCYT. (s.f.). www.educacionsuperior.gob.ec.
- Stanton, E. y. (s.f.). *marketingintensivo.com; Stanton, Etzel y Walker*. Recuperado el septiembre de 2014, de Stanton, Etzel y Walker: marketingintensivo.com
- T, M. B. (1987). Fundamentos de Auditoría y Contabilidad Aplicada. En M. B. T, *Fundamentos de Auditoría y Contabilidad Aplicada*. Buenos Aires: Ediciones Machi Lopez S.A .

- T., M. B., & BIONDI, Z. M. (1987). Fundamentos de Auditoría y Contabilidad Aplicada. En M. B. ZANDA, *Fundamentos de Auditoría y Contabilidad Aplicada*. Buenos Aires: Ediciones MachiLopez.
- Tajada, L. A. (ajada, Luis Angel Saenz de la L.A 1974). Auditoría de la Imagen de la Empresa metodos y tecnicas de estudia de la imagen. En L. A. Tajada, *Auditoría de la Imagen de la Empresa metodos y tecnicas de estudia de la imagen* (pág. 20).
- TELEGRAFO, E. (23 de JULIO de 2014). *EL TELGRAFO*. Recuperado el 15 de MARZO de 2015, de EL TELEGRADO: www.telegrafo.com.ec/economia/item/el-talento-humano-aporta-a-la-matriz-productiva.html
- Trossero, M. y. (1981). Calculos Financieros. En M. y. Trossero, *Calculos Financieros* (págs. 501-687). Buenos Aires.
- UNESCO. (2014 UNESCO). www.unesco.org. Recuperado el 25 de agosto de 2014, de <http://www.unesco.org/new/es/>
- Vincenc, A. (1996). *Silencio Administrativo e inactividad* . Barcelona.