



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA: El silencio administrativo

AUTOR:

Dr. Pablo Fabián Valdivieso Parra

DIRECTOR:

Dr. Lenin Patricio Vaca Mancheno, Mg. Esc.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2011

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Dr. Pablo Fabián Valdivieso Parra.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

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

Dr. Pablo Fabián Valdivieso Parra.

Dr. Patricio Vaca Mancheno, Mg. Esc.,
DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el Dr. Pablo Fabián Valdivieso Parra, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja julio del 2011.



Dr. Patricio Vaca Mancheno, Mg. Esc.,
DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

AGRADECIMIENTO

Vaya mi sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja por darme la oportunidad de profundizar mis estudios en el ámbito del Derecho Administrativo; al Dr. Patricio Vaca Mancheno, Mg. Sc., distinguido Catedrático y Director de mi trabajo de investigación por sus sabias enseñanzas y a todos los docentes de tan distinguida Universidad.

Dr. Pablo Fabián Valdivieso Parra

DEDICATORIA

Dicen que “***Los únicos ángeles que existen en la tierra son nuestros padres***”, una verdad que la comparto, por eso vaya para los míos el agradecimiento verdadero y que Dios les pague por haberme indicado el camino correcto; y, mis hijas que son el motor de mis estudios.

Pablo Fabián

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I DOCTRINA

- 1.1. FUNDAMENTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO
- 1.2. DEFINICIÓN
- 1.3. SILENCIO POSITIVO
- 1.4. SILENCIO NEGATIVO

CAPÍTULO II NATURALEZA

- 2.1. ACTO ADMINISTRATIVO TÁCITO
- 2.2. PRESUNCIÓN LEGAL
- 2.3 EL DERECHO DE PETICIÓN
- 2,4 ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO III SUPUESTOS PARA SU INVOCACIÓN

- 3.1. TRANSCURSO DEL TIEMPO
- 3.2. FALTA DE NOTIFICACIÓN
- 3.3. A SOLICITUD DEL INTERESADO
- 3.4. DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN

CAPITULO IV

EFFECTOS

- 4.1. NEGATIVO
- 4.2. POSITIVO

CAPITULO V

MARCO JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

- 5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- 5.2. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO
- 5.3. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO
- 5.4. REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO
Y PARTICIPACIÓN SOCIAL
- 5.5. LEY ORGÁNICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL
CONSTITUCIONAL

CAPITULO VI

LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

- 6.1. SUPUESTOS PARA LA INVOCACIÓN DEL SILENCIO
ADMINISTRATIVO
- 6.2. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO

- 6.3. ACREDITACIÓN
- 6.4. REVOCATORIA
- 6.5 SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA
 - 6.5.1. EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN
 - 6.5.2. PLAZOS O TÉRMINOS VIGENTES
 - 6.5.3. RECLAMO, PEDIDO O SOLICITUD INCOMPLETOS

CAPITULO VII

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

- 7.1. TRABAJO DE CAMPO
- 7.2. CONCLUSIÓN
- 7.3. RECOMENDACIONES

INTRODUCCION

En la actualidad es muy poco lo que los legisladores hacen para descongestionar el sistema judicial de nuestro país. Al crear normas que no tienen viabilidad, lo único que provocan es malestar general en la población, ya que son disposiciones que requieren de largos trámites para que se hagan efectivos; y, por supuesto es el caso del silencio de la administración.

Considero que mi trabajo investigativo es de un aspecto relevante, y jurídicamente de mucha importancia para que la Administración Pública cumpla con los principios del Derecho Administrativo, especialmente los que se relacionan directamente con el silencio administrativo que son los de agilidad, eficacia y eficiencia; y, por supuesto con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador y demás leyes que se relacionan directamente con el tema.

No podemos dejar de lado el hecho de que hoy por hoy la vida cotidiana se vuelve cada vez más agitada, y es por ello que lo que los ecuatorianos necesitamos es un sistema judicial confiable y más que eso que sea ágil. No debemos seguir permitiendo que los funcionarios públicos pisoteen nuestros derechos, al contrario, debemos dejar de ser espectadores y ser partícipes en los cambios que nuestro país necesita.

Acudí a la legislación nacional: Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Contencioso Administrativo, Ley de

Modernización del Estado, y varias decenas de leyes, y buscamos en sus páginas, las normas que se refieran al silencio en la administración.

Consulté la Jurisprudencia de Casación publicada en la Gaceta Judicial, las Resoluciones del Tribunal Constitucional, las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y otros organismos que administran justicia en el Ecuador, en busca de la jurisprudencia y de la doctrina nacional sobre el silencio administrativo.

Cierro la introducción, invocando el mandato constitucional con el que inicié la presente labor investigativa, de que no habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad por los actos realizados en ejercicio de sus funciones, o por sus miembros, cuando atenten a la garantía del derecho de petición.

CAPÍTULO I

DOCTRINA

1.1. FUNDAMENTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El fundamento del silencio administrativo es lograr que en los casos en que la administración pública no se pronuncie en dictar una resolución, o esta no se encuentre a al servicio de los administrados; o bien no se pronuncie en el dictamen de una resolución dentro de los plazos máximos que establece la ley, ese silencio o inactividad será valorada como una decisión (cuyo resultado puede ser positivo o negativo, dependiendo de cual se la forma del silencio administrativo opere), este mecanismo legal se considera para evitar así el quiebre del sistema jurídico-administrativo. Es decir su fundamento es lograr que aun en inactividad la administración esta cumpla con su deber de poner fin a los procedimientos administrativos para lograr así el acto terminal o conseguir de ella una respuesta.

En este caso se entregan dos conceptos de silencio administrativo, estableciendo discrepancias entre uno y otro, ya que uno dice que el silencio administrativo es un hecho jurídico y el otro concepto establece que el hecho jurídico no es el silencio administrativo si no la falta de actividad de la administración; partiendo de la base que en la inactividad debido a que no hay voluntad (que es uno de los elementos de los actos administrativos) por parte de la administración estaríamos frente a un hecho jurídico.

Los elementos del acto administrativo son:

Es una ficción legal, ya que es una creación de la ley.

Es una forma extraordinaria de poner fin a un procedimiento administrativo cuando:

La Administración no resuelva dentro de los plazos máximos que establece la ley. O bien cuando la Administración no actúe.

Otros requisitos que pide la ley, entre ellos: la denuncia del incumplimiento de la administración, y la certificación de este incumplimiento.

Lo primero debido principalmente a que el silencio administrativo no opera de pleno derecho, o a veces de oficio, es el interesado quien debe poner en práctica esta garantía o bien esperar a que la administración se pronuncie de dictar resolución. Y lo segundo por que el afectado puede pedir a la administración la certificación de que esta no actuó dentro de los plazos máximos establecidos en la ley.

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

El silencio positivo o estimatorio procede cuando la Administración no se ha pronunciado durante el plazo máximo establecido en la ley y el afectado denuncia lo ocurrido al mismo órgano administrativo que incurrió en la falta. Si aún así no se pronuncia se entenderá que lo solicitado ha sido aceptado. La persona afectada puede pedir la certificación de dicha solicitud.

El silencio negativo o desestimatorio procede en los casos de que una persona ha solicitado, por ejemplo un subsidio de agua ante la Municipalidad y no le entregan ninguna respuesta dentro del plazo máximo, entendiéndose entonces que su solicitud fue rechazada, y el interesado debe pedir que se certifique la inactividad de la administración para poder interponer los

recursos correspondientes También procede cuando la administración actúa de oficio, es decir por su propia voluntad sin que haya una persona que pida su intervención, o cuando se trate de la impugnación o revisión de un acto administrativo; o cuando se trate de una petición presentada a una autoridad en virtud de lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

El concepto original respondió a la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo, cuando la administración no cumplía con su deber de responder la petición del administrado. Bajo este concepto de tutela jurídica de la administración se estableció el silencio administrativo negativo, esto es que, si en cierto tiempo el administrado no ha recibido respuesta, tal respuesta es negativa a su pedido, por lo que le quedaba expedita la vía de la impugnación.

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

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

El silencio administrativo positivo, es por ende un verdadero acto administrativo, ya que no permite a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instadas.

El silencio administrativo es una técnica ideada para dar solución a la situación de desprotección o indefensión en que puede hallarse un administrado cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión por él deducida. En efecto, la carga que pesa sobre la Administración Pública de dictar resolución o de emitir el pertinente acto administrativo debidamente motivado, resultaría ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para exigir su cumplimiento.

Así, por ejemplo lo manifiesta la Ley de Modernización del Estado, en su Art. 28, que dice:

"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En 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.”¹

El artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral 23 reconoce el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, y a recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado; a saber:

“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”²

¹LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA.

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

COMENTARIO

Como premisa principal hay que partir de la obligación que tiene la administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite; y, además, notificar en un plazo determinado dicha resolución. El silencio administrativo es una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración Pública.

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

Las formas de impugnación de los actos administrativos son:

- Recurso de Reposición
- Recurso Jerárquico
- Recurso Extraordinario de Revisión
- Acción de Protección; y
- Recurso Extraordinario de Protección.

Recurso de reposición: Es un recurso que puede interponer la persona directamente ante el órgano que dictó el acto por el cual se sintió menoscabado en sus derechos, este recurso busca que el órgano administrativo modifique, reemplace o deje sin efecto el acto administrativo.

El plazo para interponer el recurso es de cinco días hábiles desde que se notificó el acto administrativo; el órgano administrativo a su vez tiene un

plazo hasta de treinta días para dictar la resolución y para impugnar el acto administrativo.

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

Recurso jerárquico.- Este recurso puede también interponerse directamente. El fundamento del Recurso Jerárquico se sostiene en la potestad disciplinaria y en la potestad de control y es ejercida en virtud del Principio de Jerarquía, que establece que la administración del Estado es como una pirámide (en la parte más alta se encuentra el Presidente de la República y hacia abajo los demás órgano, en distintos niveles, de la administración del Estado), en donde las autoridades de cada nivel deben ejercer un control jerárquico del correcto funcionamiento de los organismos y del personal de su dependencia .

Este recurso no se puede interponer contra los actos que realice el Presidente de la República ni los realizados por los Ministros de Estado, debido a que el Presidente de la República no posee ningún superior jerárquico y los actos de los Ministros de Estado han sido determinados como actos de última instancia. Si la resolución es positiva y acoge el recurso jerárquico el acto será modificado, reemplazado o dejado sin efecto según sea el caso.

Al igual que el Recurso de Reposición el plazo para interponer el Recurso Jerárquico es de cinco días hábiles desde la notificación del acto y la autoridad tiene como máximo treinta días para resolver, plazo dentro del cual

el órgano inferior que dictó el acto impugnado puede formular sus descargas sobre el hecho.

Recurso extraordinario de revisión.-*“Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes”*: Art. 178.- ERJAFE.³

Sujetos a reclamos de revisión por parte de los servidores públicos.-

a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas.

Reclamación por los actos de resolución.-

b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate.

Reclamación por documentos o testimonios falsos.-

c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y-

Plazos para los reclamos administrativos.-

d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados

³Art. 178.- Del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva ERJAFE

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

Del órgano en el tratamiento por las competencias legales administrativas.

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

La Acción de Protección

Debo empezar diciendo que aún en nuestro país existe un desconocimiento en relación a la Acción de Protección que se encuentra consagrada en el Art. 88 de nuestra Constitución de la República del Ecuador, la cual fue aprobada en octubre del 2008. Sosteniendo que simplemente el legislador ecuatoriano le cambio el nombre a lo que, en la anterior Constitución de 1998, conocíamos como acción de amparo. Lo que no es así, puesto que la Ley Suprema que hoy rige en nuestro país, constituye un instrumento de incalculable valor jurídico que no se compara con Constituciones de otros países

Definición de Acción.

La definición de la acción en buena parte depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución y el desarrollo constitucional

de cada país. Esta realidad ha determinado el que unos expertos consideren a la acción de protección como una acción subsidiaria o alternativa y otros como la que surge de nuestra Constitución como una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente.

Guillermo Cabanellas sostiene que: *“Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de Protección manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento”*.⁴

Couture, se refiera a la acción como: *“el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión..... tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”*.⁵

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

⁴CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 10ma. Edición. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Pág. 36

⁵COUTURE Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición. Edit. B de F. Montevideo. 2002. Págs. 47 y 48

- 1.- Garantiza la efectividad de derechos personales, es universal
- 2.- Medio procesal extraordinario.
- 3.- Medio procesal subsidiario.
- 4.- Medio procesal que tiene rango constitucional, por lo tanto en su gran mayoría normado por la constitución.
- 5.- Tiene por propósito remediar de manera urgente derechos constitucionales, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- 6.- Es preferente, sencillo, breve y sumario.
- 7.- Evita un perjuicio irremediable.
- 8.- Es preferente, su tramitación es con carácter de urgente.
- 9.- Sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto.

La Acción de protección.

La principal norma en la legislación ecuatoriana que regula la Acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales, propiamente en las garantías jurisdiccionales artículo 88 de nuestra Constitución de la República, donde señala que: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”*.⁶

⁶. ORDOÑEZ, Espinosa Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador, PUDELECO Editores S.A. Quito, 1995, pag.48-49.

Su objetivo es claro, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse.

No es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la presunción de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se pueda causar, el juez que tramita la Acción de protección, tiene las más amplias facultades para tomar las medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Quién puede proponer la Acción.

Según el Art. 86 de nuestra Constitución, puede hacerlo cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

Cuáles son los jueces competentes para conocer y resolver la Acción.

Son competentes la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.

Cuál es su procedimiento.

De acuerdo a la nueva Constitución, su procedimiento es sencillo, rápido y eficaz, constituyéndose así en una garantía efectiva y ágil, ya que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

Es así, que ya no habrá la necesidad de buscar el patrocinio de un abogado para proponer la acción, además de que serán hábiles todos los días y horas para plantearla, misma que podrá ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin la necesidad de citar la norma legal infringida.

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

Una vez presentada la acción, la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

Luego de esto la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de algún derecho consagrado en la Constitución, deberá declararla, así como ordenar la reparación integral, material e inmaterial, además de especificar e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

Por otro lado, cuando un particular sea quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Acción extraordinaria de protección

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 94, habla de la acción de extraordinaria de protección, que dice:

“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”⁷

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del 2008, ha modificado el campo de gestión de las acciones mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos consagrados en la Carta Magna, así como la aplicación jerárquicamente superior que se debe hacer de sus normas. Así pues, de lo que encontrábamos en la Constitución de 1998, esto es, la acción de habeas corpus, de amparo y de habeas data; se ha modificado y dado paso a las denominadas garantías jurisdiccionales y que son la acción de protección (art. 88), la acción de habeas corpus (arts. 89 y 90), la acción de acceso a la

⁷Constitución de la República del Ecuador, Art. 94

información pública (art. 91), la acción de habeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (art. 94). Dentro de las acciones mencionadas líneas arriba, tenemos como debutante en nuestra legislación, a la acción extraordinaria de protección, la cual está bajo la competencia de la Corte Constitucional y que se refiere a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso y cualquier otro derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador vigente.

Acción o recurso? Grave problema es el que trae de la mano este símil entre acción y recurso, puesto que al ser dos instituciones totalmente diferentes, salta la pregunta y la decisión que se tome considerará las normas concordantes a tomar en cuenta. Para dilucidar un poco, cuál puede ser la decisión, siguiendo al tratadista Alsina, podemos decir que *“la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica”*⁸ y de acuerdo al artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, ésta se deduce en la demanda, la cual da inicio a todo juicio según el artículo 64 del mencionado cuerpo adjetivo civil. Una vez resuelta la acción por la Corte Constitucional, esta decisión será definitiva e inapelable según el artículo 440 de la Constitución Vigente.

Ahora bien, pero decidirse por considerar esta garantía jurisdiccional como una acción, tampoco es del todo sano, puesto que la Constitución vigente no señala en qué tiempo ésta prescribe, de tal forma que todo caso que se considere cumplir con los requisitos exigidos para ejercer la acción, la propondrá y deberá ser resuelta. Por lo tanto, cabe la conclusión de que el

⁸Alsina, La Administración Pública.

efecto de cosa juzgada ha sido vulnerado, por cuanto la sentencia ejecutoriada puede ser revocada, a pesar de que según mi criterio el juez no suspende su competencia por efectos del planteamiento de esta acción y puede ejecutar la sentencia, lo malo está en la inseguridad jurídica o al menos el temor que se provoca en la parte ejecutante, puesto que el órgano de control constitucional puede dictaminar en contra, lo cual trae consecuencias indefinidas y quizá será más conveniente no ejecutarla.

Y en este caso tenemos que analizar, entonces, qué ocurre con la sentencia recurrida: a) Como se debe interponer contra decisiones que estén firmes o ejecutoriadas, se entiende que la sentencia puede ejecutarse, es decir, no se suspende la competencia del juez, sin embargo la ley puede establecer, al igual que sucede con la casación, una caución para los casos que se pretende suspender la ejecución; y, b) La ley deberá determinar el tiempo en el cual se puede plantear el recurso, igual que sucede con la casación, puesto que el que concede el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tres días, no es tan exacto para este caso, por cuanto aquellos se contarían desde la notificación de la sentencia por ejemplo, mientras que este recurso sólo cabe si ya está ejecutoriada, es decir, que hayan pasado los tres días.

En cuanto a quiénes podrían presentar este recurso, aquellas decisiones que empiecen a notificarse y sobre las cuales ya no exista la posibilidad de ningún recurso.

COMENTARIO

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, el campo de gestión de las impugnaciones de los actos administrativos mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos, ha quedado sin duda modificado. Dentro de las actuales garantías jurisdiccionales, se

refieren a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso o cualquier otro derecho consagrado en la Constitución. De ahí que lo indicándose lo analizado profundizado y estableciendo específicamente las normas de dichas acciones, con el afán de tener una mayor y mejor comprensión de dichas acciones.

1.2. DEFINICIÓN

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

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

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

c) Modernamente, en cambio, el silencio de la administración es equivalente a una respuesta positiva, a una aceptación tácita, que nace por mandato de la ley, es decir, ipso jure, y no requiere ningún otro pronunciamiento de la administración para ser reconocido"⁹

Nuestra legislación contempla el silencio administrativo positivo, que consagra básicamente el derecho de los peticionarios, por lo que también

⁹ARBOLEDA TERÁN, Néstor. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA“www.derechoecuador.com”

supone una censura a la actuación de las instituciones, ya que implica una infracción a la Ley, debido a que su deber es la prestación de servicios de óptima calidad; y, ello incluye el derecho que tiene todo ciudadano de recibir oportuna respuesta por parte de éstas.

“Se denomina silencio administrativo a la falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una denegatoria ficta que habilita al administrado el acceso a la instancia superior vía recurso impugnativo”¹⁰

“El silencio administrativo es el nombre que en Derecho administrativo recibe el hecho de que una Administración pública no responda a una solicitud o a un recurso en el plazo que tiene establecido para ello. Da lugar a un acto administrativo presunto. El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio.

En sentido estricto esta técnica sólo resulta aplicable en caso de procedimientos iniciados a instancia del interesado o por su solicitud, en los que la administración pública tiene que responder a la petición del particular. No así, en procedimientos incoados de oficio, en los que la falta de resolución produce el efecto de la caducidad o perención del procedimiento,

¹⁰PARADA, R: Derecho Administrativo. Tomos I & II. 14ª edición. Ed. Marcial Pons

con la consiguiente imposibilidad de producción de acto administrativo. En todo caso, si se trata de procedimientos sancionadores o eventualmente generadores de efectos no favorables, es jurídicamente imposible la producción en ellos de actos presuntos.

No están sujetos al régimen de silencio los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, así como aquéllos terminados por pacto o convenio. Esta técnica es correlativa, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, al deber de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, que pesa sobre la administración pública y ha sido expuesto con anterioridad; deber que existe en todo procedimiento, cualquiera que se su forma de iniciación”¹¹

“Silencio administrativo, es la pasividad de la Administración ante una petición o recurso a la que la ley da un significado estimatorio o desestimatorio”¹². En esta definición de la Real Academia Española, se menciona que la pasividad de la administración tiene un significado positivo o negativo.

“El silencio administrativo, como la misma expresión lo dice, es la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados”¹³, es el concepto que nos trae Penagogos en su obra El Acto Administrativo.

En un Estado de Derecho, como el nuestro, las peticiones o solicitudes conforme a la ley, no pueden quedar sin respuesta. El silencio

¹¹Wikipedia, la enciclopedia libre

¹² REAL Academia Española, 2001, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo II, página 2064, Madrid.

¹³PENAGOGOS Gustavo, 1992, obra citada, página 174, Bogotá.

administrativo, en sus aspectos negativo y positivo, tiene un valor jurídico que no se lo otorga la administración, sino la ley que sanciona la inactividad o morosidad de la administración.

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

1.3. SILENCIO POSITIVO

"Mediante el silencio administrativo positivo, se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, como se halla consagrado en la Constitución Política del Estado. Por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo" ¹⁴.

"La inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas por los interesados produce ciertamente una lesión al derecho constitucional de petición"¹⁵. Pero reconociendo esa realidad práctica, ante la ausencia de una voluntad administrativa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido positivo o afirmativo. Esto es, que en algunos casos la inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas, tiene efectos estimatorios.

¹⁴ Gaceta Judicial N° 15 Serie XVI.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Fernández, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo II", cuarta edición, Madrid, páginas 571 y 572.

En virtud del silencio positivo, la falta de respuesta de la Administración da lugar a considerar que la solicitud interpuesta ha sido aceptada. En este caso, la justificación del silencio no deriva del carácter revisor del contencioso administrativo, sino que responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los perniciosos efectos que la desidia de la Administración puede tener sobre la operatividad de dichos sectores o ámbitos.

El silencio positivo presenta problemas conceptuales y prácticos, inexistentes en el régimen del silencio negativo.

Así respecto del silencio administrativo de efectos negativos, la doctrina se divide entre quienes sostienen que se trata de un acto presunto, o simplemente, de una ficción de pronunciamiento, posición ésta más razonable, si se toma en consideración que, aún bajo los efectos del silencio, la Administración tiene la obligación de decidir expresamente la solicitud o recurso interpuesto. El silencio administrativo positivo, por el contrario, suele ser considerado un acto tácito, y de allí que, las leyes que regulan silencios positivos no imponen a la Administración el deber, después de haberse producido el otorgamiento presunto, de resolver expresamente la petición del particular.

Carlos Pachón manifiesta: *“El silencio administrativo positivo implica que, la petición o el recurso interpuesto se considera atendido favorablemente. Se aplica en los casos expresamente determinados por las normas. El beneficio del silencio positivo se formaliza protocolizando copia de la solicitud o la constancia de haber sido presentado y una declaración jurada de no habersele notificado la decisión dentro del plazo legal”*¹⁶

¹⁶PACHÓN Carlos, “Diccionario de la Administración Pública”, Bogotá, 1999.

Hasta hace algunos años en el Ecuador existía aun la tesis del silencio administrativo negativo, es decir que cualquier reclamo o petición presentada, que no tenía una contestación oportuna por parte de la administración, era considerada como una decisión negativa al pedido de los particulares. (Salvo casos excepcionales, el silencio administrativo positivo no tenía aplicación en nuestro sistema legal, sólo en la legislación de contratación pública especialmente respecto de los efectos del silencio tanto del Procurador cuanto del Contralor General del Estado). El efecto de esta voluntad presunta negativa era allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa. Un requisito fundamental era agotar la vía administrativa de forma previa a presentar cualquier acción judicial en contra del Estado. *De allí que una de las exigencias para intentar una acción contencioso administrativa era el de que el acto que se atacara hubiere causado estado, esto es, que ya no fuera susceptible de recurso alguno en vía administrativa. Como es obvio, si el Estado guardaba silencio, jamás podría existir una demostración de que se había agotado la instancia administrativa, por lo que habría sido imposible iniciar la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa.*¹⁷

Actualmente con el reconocimiento pleno del derecho de petición y sin que exista más la necesidad de agotar la vía administrativa para demandar al Estado ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo. Es por esto que, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada ha consagrado el efecto positivo a la omisión de la Administración en atender las peticiones o reclamos de los administrados y el efecto es considerar la petición como aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa,

¹⁷ CAMPAÑA Joffre. Apuntes de Derecho Administrativo.

civil y penal del funcionario por cuya omisión el efecto positivo del silencio de la Administración por la inactividad u omisión de los Órganos Administrativos.

1.4. SILENCIO NEGATIVO

El Profesor Gabino Fraga nos enseña:

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

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

*públicos, o que los Tribunales se convertirían en administradores con violación flagrante del principio de separación de los Poderes”.*¹⁸

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

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

La corte constitucional ha expresado lo siguiente: *“Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra “no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo”.*

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

¹⁸ FRAGA Gabino, “Derecho Administrativo”, página 272, México, 1980.

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

“Como lo ha expresado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades, cuando el juez de tutela deniega la protección solicitada, aduciendo que la falta de respuesta configura un silencio administrativo negativo, abriéndose así la vía contenciosa administrativa, contraviene la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el derecho de petición es de contenido formal, pues predica la pronta resolución de una solicitud, mientras que cuando se abre la vía jurisdiccional como consecuencia...”¹⁹

¹⁹ (Sentencia T-301 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero)

CAPÍTULO II

NATURALEZA

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO TÁCITO

La aceptación tácita, por silencio administrativo, a solicitudes o reclamos de particulares presentadas a conocimiento de la administración pública, es un arma para hacer efectivo el derecho constitucional de petición y contra la negligencia, desidia, inoperancia y corrupción que, desgraciadamente, todavía no se logra imponer por la tenaz resistencia de directivos y servidores públicos.

Concepto y Definición

Se define como “Acto Administrativo la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas”.²⁰

Dentro de la división de las funciones públicas, es el que procede del ejecutivo, a diferencia del acto legislativo (o ley) y del judicial (resolución, providencia, auto o sentencia). Además, la autoridad o el agente ha de obrar como representante de la Administración pública en tanto que persona de Derecho Público; ya que, de proceder como persona jurídica privada, las relaciones encuadran dentro de las civiles o comunes, con los privilegios que en todo caso se atribuyen al Estado y a otras entidades aun en su aspecto "particular".

²⁰JARAMILLO Hermán. LA ACTIVIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

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

Por tanto, de lo anterior resulta que en las definiciones tradicionales del acto administrativo que lo precisan, pura y sistemáticamente, como una declaración de voluntad realizada por la Administración, con el propósito de producir un efecto jurídico, el problema se reduce a determinar qué debe entenderse por Administración: o dicho término se define con un criterio orgánico,

Actos Administrativos de efectos generales y de efectos particulares:

En primer lugar, según el carácter normativo o no normativo de actos administrativos, estos se clasifican en actos de efectos generales y actos de efectos particulares. En el sentido de que clasifica los actos administrativos en actos normativos (de efectos generales) y en actos administrativos no normativos (de efectos particulares), permite distinguir los actos administrativos de efectos generales de los actos administrativos de efectos particulares. Los primeros son aquellos de contenido normativo, es decir, que crean normas que integran el Ordenamiento Jurídico; en cambio, los segundos, los actos administrativos de efectos particulares, son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a muchos sujetos de derecho.

Por tanto, puede decirse que, según su contenido o efectos según que sean normativos o no normativos, identificándose los actos de efectos generales, es decir, de contenido o carácter general, con los actos normativos, y en

consecuencia los actos de efectos particulares o de contenido o carácter particular, con aquellos que no tienen contenido normativo.

Actos Administrativos generales e individuales:

Puede decirse que acoge la clasificación de los actos administrativos, según sus destinatarios, al distinguir los actos administrativos generales de los actos administrativos individuales. Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas o un número determinado; en cambio, los actos administrativos individuales, son aquellos que interesan a un solo sujeto de derecho. Es decir, esta norma establece indirectamente la diferencia entre el acto de efectos generales o de contenido normativo y el acto general, el cual aun cuando pueda no tener contenido normativo, interese a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de personas, y no porque tenga necesariamente un contenido normativo. Por supuesto, también el acto general no normativo, puede tener por destinatarios a un número determinado de personas.

El acto individual, al contrario, es el acto destinado a un solo sujeto de derecho, el cual es, además, un acto de efectos particulares, de acuerdo a la clasificación anterior.

Actos definitivos y actos de trámite:

En primer lugar, puede distinguirse el acto que pone fin al asunto administrativo, en cuyo caso sería un acto definitivo, del acto de trámite, que no pone fin al procedimiento ni al asunto, sino que, en general, tiene carácter preparatorio.

En efecto, se establece un principio general, y es que todos los actos administrativos de carácter particular, es decir, de efectos particulares, deben ser motivados, salvo los actos de simple trámite. Distingue aquí, por tanto, la Ley, el acto administrativo de trámite, el cual se opone, por supuesto, al acto administrativo definitivo.

En definitiva, la distinción, según el contenido de la decisión, se refiere a que el acto administrativo definitivo es el que pone fin a un asunto y en cambio, el acto administrativo de trámite, es el de carácter preparatorio para el acto definitivo.

Actos creadores de derechos o que establecen obligaciones:

Otra distinción que la Ley prevé respecto de los actos administrativos y que también se refiere a su contenido, es la que se refiere al acto creador de derechos subjetivos o de intereses personales y legítimos a favor de los particulares, y al acto administrativo que no crea derechos o intereses personales, legítimos y directos a favor de particulares, también regulado en esos mismos, según el contenido, la Ley establece la posibilidad de que se trate de actos que en lugar de crear derechos a favor de particulares, lo que establezcan sean obligaciones a cargo de particulares.

Los actos administrativos según la manifestación de voluntad: actos administrativos expresos y tácitos

La manifestación de voluntad que produce el acto administrativo, debe ser expresa y formal, conteniendo el acto una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito. Sin embargo, la Ley admite la figura de la manifestación de voluntad tácita de la Administración, derivada del silencio administrativo, cuando se prevé que en los casos en los cuales un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o un recurso dentro de los lapsos que prevé la misma Ley, y que están consagrados para los asuntos o

peticiones y en materia de recursos administrativos, se considera que ha resuelto negativamente pudiendo el interesado intentar el recurso inmediato siguiente. *“Por tanto, consagra el acto administrativo tácito de contenido negativo, derivado del transcurso del tiempo, es decir, del silencio administrativo.”*²¹

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

*No se trata de interpretar presuntivamente el silencio de la administración, sino de sustituir la declaración de voluntad que la administración debió producir y no produjo, por el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la ley”*²²

2.2. PRESUNCIÓN LEGAL

Partimos de la base de que *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación, dentro de plazo”*²³ Pues bien, el transcurso de ese plazo sin resolver de forma expresa es lo que origina el acto presunto,

²¹ ARROYO Beltrán. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y EL ROL DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

²² PENAGOGOS Gustavo, obra citada, página 176.

²³ SANTAMARÍA PASTOR, J: Principios de Derecho Administrativo General.

de forma que la solicitud puede entenderse estimada o desestimada por silencio administrativo.

Por ello se habla de dos clases de silencio, positivo y negativo, o de actos presuntos positivos o negativos.

Con ellos se legaliza la inactividad de la Administración

¿Qué plazo tiene la Administración para resolver expresamente?

El plazo máximo en que la Administración debe resolver y notificar, es el que fije la norma que regule ese procedimiento concreto, que en ningún caso excederá de 15 días (salvo que una norma legal establezca un plazo mayor).

Por el transcurso de los plazos sin que la Administración dicte resolución expresa se entenderá estimado o desestimado por silencio administrativo la solicitud correspondiente. Hemos visto, además, que con carácter general, procederá entender estimadas por silencio administrativo las solicitudes de los particulares.

Así, se establece que *"Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o una norma comunitaria establezca lo contrario"*²⁴

Excepciones: Tiene carácter negativo el silencio administrativo en:

²⁴CABANELLAS, Guillermo, Enciclopedia de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.

Los procedimientos de ejercicio del derecho de petición

Los procedimientos cuya estimación tuvieran como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o al servicio público.

Los procedimientos de impugnación de actos (recursos administrativos)

Los Procedimientos de impugnación, reclamación, mediación, arbitraje y conciliación

Los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos y anulables

Las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral

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

La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, hasta tal punto que la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto solo podrá dictarse si es confirmatoria del acto: *"solo podrá la Administración pronunciarse fuera de plazo cuando la resolución sea confirmatoria del sentido del silencio"*²⁵

²⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, E: FERNÁNDEZ, T-R: Curso de Derecho Administrativo I. 13ª edición. Ed. Thomson Civitas.

Por el contrario, la desestimación por silencio tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso, según proceda; de tal manera que si se dicta resolución después de producido el silencio, ésta puede todavía estimar la petición realizada por el interesado, porque dice la Ley que "*en el supuesto de silencio negativo la resolución expresa posterior se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio*".²⁶

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

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

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

Pero el silencio tiene distintos efectos:

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

²⁶SANTAMARÍA PASTOR, J: Principios de Derecho Administrativo General.

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

El tratadista colombiano Penagogos es del criterio de que:

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

El silencio administrativo, en sus aspectos negativo y positivo, tiene un valor jurídico que no se lo otorga la administración, sino la ley que sanciona la inactividad o morosidad de la administración.”²⁷

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

Por lo anterior, no es correcto hablar de –Actos Administrativos Tácitos- pues no ha habido manifestación de la voluntad administrativa”.²⁸

“El silencio administrativo debe entenderse como una presunción legal, presunción que la ley establece merced a la cual “se habla callando”, porque sin decir nada se está, sin embargo, diciendo bastante”²⁹

²⁷ PENAGOGOS, Gustavo. La Administración Pública.

²⁸ PENAGOGOS Gustavo, obra citada, página 174.

2.3 EL DERECHO DE PETICIÓN

El numeral 23 del art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra el derecho de petición, esto es: "*El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo*"³⁰

En armonía con la disposición constitucional en referencia, el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, dispone que: "*Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante*".³¹

Sin duda, el derecho de petición reviste una gran trascendencia por cuanto es un derecho que sirve como puente para hacer valer los demás derechos cuando éstos han sido desconocidos o lo que es peor, han sido vulnerados. No obstante, no haber sido incluido en la Declaratoria de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución Francesa de 1791, lo consagró cuando se refería "*a la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente*".³²

Según Wladimiro Naranjo Mesa, en su obra Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, distingue tres clases de peticiones teniendo en

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, "Derecho Procesal Administrativo", página 461, Madrid, 1966

³⁰ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 66, numeral 23

³¹ Ley de Modernización del Estado, Art. 28

³² Obra citada

cuenta el fin perseguido: *“La petición queja; la petición manifestación y la petición demanda. La primera tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad competente las irregularidades cometidas por alguna autoridad inferior, tendiente a que se sancione al responsable. La segunda tiene por objeto dar una información o expresar un deseo a la autoridad competente, a fin de que se tomen ciertas medidas de carácter individual o colectivo. La tercera ésta orientada a las autoridades jurisdiccionales a fin de solicitar del Estado el reconocimiento de un derecho que según el peticionario la ha sido conculcado o amenazado, o simplemente, el restablecimiento de la legalidad quebrantada por un acto administrativo; ésta última es la petición de justicia o demanda propiamente dicha, es una modalidad esencial del derecho individual de petición”.*³³

Por su parte, los incisos segundo y tercero del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado a propósito del derecho de petición, plantea además medidas de orden coercitivo en caso de que la administración no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo, o se negare a resolverlo en un término de quince días, pudiéndose denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con lo que prescribe el Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. Así mismo, la máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

³³Obra citada

2.4 ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

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

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

Garantías y recursos

Una garantía se concibe como una técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por lo tanto, la *"posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional"*³⁴

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

³⁴Derechos y Garantías, Trotta, Madrid, 2001, p. 25

En este contexto, las acciones o recursos judiciales resultan instrumentos procesales que hacen efectiva la protección mencionada. Entre aquellos disponibles en nuestro ordenamiento contamos con el Recurso de Acceso a la Información instituido por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP).

¿Como está concebido el recurso de acceso a la información?

Nadie duda de que todo derecho requiere de un efectivo mecanismo de garantía en el caso de que este no pueda ser ejercido. En este caso, uno de los avances más importantes que trajo consigo la LOTAIP, tiene que ver con el establecimiento de este procedimiento en el artículo 22 de esta Ley.

Desgraciadamente, el referido Art. 22 de la LOTAIP constituye un ejemplo de cómo no redactar una Ley, puesto que está lleno de confusiones y eventualmente lagunas, problemas ante los cuales es necesario recordar que en la interpretación que se le dé, de ahí que la Administración debe aplicar el principio de interpretación más favorable a la protección del derecho. Bajo ese criterio, examinemos a continuación sus características y elementos más importantes.

En esta primera parte nos referiremos a las características y en una segunda entrega a los elementos propiamente dichos: causales, procedimiento, etc.

Características del recurso

Si bien, resulta un mecanismo procesal de la más alta jerarquía, sería discutible su denominación de "Recurso" y más propiamente debería habérselo establecido en la LOTAIP como "Acción" puesto que faculta al peticionario a acudir al juez con una pretensión que sería el ejercicio de su derecho fundamental sobre determinada información pública, que ha sido

prohibido o impedido. Por otra parte, aunque se origina en la negativa de una entidad obligada a entregar información, no tiene conexión directa con ella y en este sentido, no se requiere agotar la vía administrativa para interponer el petitorio ante el juez.

Entre sus características podemos mencionar:

El carácter sumario del procedimiento. Teóricamente y si pese a lo confuso de los incisos donde se establecen los diversos tiempos, no debería demorar más de 5 días la resolución y 10 días en la entrega de la información por parte del recurrido.

Este procedimiento no tiene el carácter de excluyente frente a la acción de amparo. Así lo precisa el primer inciso del artículo 22 de la Ley. Sin embargo, es declarativo a diferencia de la antes mencionada acción. Es decir, establece el derecho del peticionario sobre la información.

Tiene una importante función de control democrático al permitir una revisión en "sede judicial" de la información clasificada como reservada. En estos casos los efectos de la resolución superan el contexto "inter partes".

CAPÍTULO III SUPUESTOS PARA SU INVOCACIÓN

3.1. TRANSCURSO DEL TIEMPO

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos noventa días (Art. 92 de la LOSEP), se producirá la caducidad del mismo. Transcurrido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándosele al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

La caducidad es una excepción procesal tendiente a que el Tribunal competente declare extinguida la acción por no deducirse dentro del término perentorio establecido por la ley, por eso que, la caducidad opera *ipso iure*, de ahí que la autoridad judicial debe declararla incluso de oficio cuando verifique la situación descrita.

El tema de la caducidad o transcurso del tiempo no es del todo desarrollado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el presente caso, pretendo abordar a la caducidad como excepción dentro del juicio contencioso administrativo, así el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa establece: *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.- En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres*

*años, a fin de garantizar la seguridad jurídica.- En los casos que sean materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años”.*³⁵

Es conocido que, las excepciones en sentido procesal son los medios de defensa que emplea el demandado dentro de un juicio, así uno de esos mecanismos que se tiene dentro de la acción contenciosa administrativa, es justamente la caducidad, cuya finalidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser últimamente ejecutado.

El profesor Hernando Devis Echandia, en su obra Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, Segunda Edición, pág. 98, señala: *“Cuando se alega la extinción de derecho sustancial, se trata de excepción de prescripción; cuando solo se alega la extinción de un derecho de iniciar un proceso se trata de caducidad”.*³⁶

El profesor Coviello explica: *“Hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término fijado por la ley o convención para su ejercicio”.*³⁷

De conformidad con las definiciones transcritas, la caducidad es una excepción procesal tendente a que el Tribunal competente declare extinguida la acción por no deducirse dentro del término perentorio establecido por la ley, por eso que, la caducidad opera *ipso iure*, de ahí que la autoridad judicial debe declararla incluso de oficio cuando verifique la situación descrita. En consecuencia, si el actor deja transcurrir los términos señalados por la ley y no deduce la supra citada acción, el mencionado derecho fenece.

³⁵ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa,

³⁶ Autor citado

³⁷ Autor citado

Es evidente que, la Administración Pública tiene la obligación de notificar al administrado las resoluciones, es decir los actos que ponen fin a un procedimiento y que afectan de manera directa al administrado o titular de derechos subjetivos, de ahí que el término para que opere la caducidad se cuenta desde el día siguiente al de la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar. En consecuencia, la notificación es un acto estrictamente formal que conlleva a que si la misma no ha sido practicada en debida forma la resolución administrativa no podrá producir efectos en contra del administrado, pues como lo asevera el profesor Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Duodécima Edición, pág. 589: “..... *la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto*”.³⁸

El texto del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determina la caducidad de las acciones, cuyo conocimiento es de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para lo cual creo menester describir someramente cada uno de los recursos:

a) Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción.- Se interpone en contra de los actos administrativos *inter-partes*, con el objeto de que en sentencia a más que se declare ilegal el acto administrativo creador de situaciones jurídicas individuales, particulares o concretas, se prevea el medio para restablecer el derecho conculcado. El propósito de esta acción es obtener la ilegalidad del acto administrativo (medio) y el restablecimiento del derecho (fin). De modo que la sentencia dictada como consecuencia de este recurso produce efectos *inter partes*.

³⁸Texto citado

b) Recurso de Anulación u Objetivo.- Se interpone en contra de actos administrativos de carácter general, normativo, abstracto y permanente. En estos casos el derecho de accionar caduca en tres años. El propósito del recurrente es tutelar una norma jurídica superior que ha sido violada por el acto impugnado. Los efectos de la sentencia dictada cuando el recurrente se acoge a esta acción son *erga omnes*.

C) Acciones Contractuales.- Son aquellas que nacen como consecuencia de un contrato administrativo, *verbi gratia*, las demandas de: resolución o cumplimiento de contrato

Caducidad y prescripción:

Es preciso advertir que, la caducidad es una figura exclusiva del Derecho Público la misma que no es necesario alegarla, en tanto que la prescripción entra en el campo del Derecho Privado, y no opera mientras el interesado no la alegue, pues el juez no puede declararla de oficio. En suma la caducidad es una excepción impropia porque una vez probada tiene lugar aún si no ha sido alegada de modo expreso en la pretensión.

La caducidad por ser de orden público no puede ser interrumpida bajo ninguna circunstancia ya que el tiempo asignado por la ley para el ejercicio de un derecho debe ser usado por el administrado, pues de no hacerlo el derecho se extingue, desaparece de la vida jurídica. En tanto que la prescripción puede ser interrumpida.

La prescripción supone siempre la preexistencia de una obligación porque los plazos se empiezan a contar desde que la obligación se tornó exigible, en cambio la caducidad tiene que ver con el tiempo para el ejercicio del derecho y la ley la establece de modo expreso y objetivo para la realización de un acto o hecho.

Respecto a la caducidad y prescripción la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2193 de 20 de noviembre de 2001, señaló: *“En innumerados fallos de esta Sala ha recalcado el hecho de que no pueden confundirse las dos instituciones; prescripción y caducidad no deben utilizarse indistintamente. La diferencia existente entre prescripción y caducidad es la siguiente: cuando se alega la extinción del derecho sustancial, se trata de excepción de prescripción; cuando solo se alega la extinción del derecho de iniciar al proceso, se trata de caducidad. En derecho administrativo jamás se puede hablar de prescripción sino de caducidad, con el fin de que los actos de la administración no queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido, a fin de evitar una incertidumbre continua en la vida administrativa, es que se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés del particular no puede hacerse valer, no es más conocido. Concordante con lo anterior, hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser últimamente ejercitado. Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta, del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún de la imposibilidad de hecho. La caducidad opera de manera automática, es decir, "ipso jure", sin que fuese necesario, como en tratándose de la prescripción, que se alegue por la persona a quien favorece, para qué sea declarada; caducidad que por ser de*

*orden público no admite suspensión por causa alguna, por lo que esto opera inexorablemente por el sólo transcurso del tiempo”.*³⁹

Del mismo modo, la Jurisprudencia, publicada en la Gaceta Judicial, Año CV. Serie XVII, No. 15, página 5209 de 26 de abril de 2004, establece la diferencia entre caducidad y prescripción así: *“Lo preceptuado en el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa configura la caducidad del ejercicio de la acción deducida, teniendo como fundamento que la caducidad “per se” es diferente de la prescripción, pues, aquella es de carácter objetivo, no mira ni acepta situaciones, personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado, mientras la prescripción es de índole subjetivo. Asimismo que la caducidad opera “ipso jure” y es declarable de oficio; en tanto que la prescripción debe ser alegada e invocada a su favor por quien quiere aprovecharse de ella”.*⁴⁰

Finalmente, cabe manifestar que, una vez probada la caducidad, el Tribunal no está obligado a pronunciarse en sentencia sobre los asuntos de fondo como lo señala el texto que procedo a transcribir a continuación: *“..... producida la caducidad es decir la cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlo ejercitado dentro del término establecido para ello, este Tribunal no puede entrar a considerar el fondo de la sentencia recurrida.....”*⁴¹

COMENTARIO

Es un modo de extinción del acto administrativo en razón del incumplimiento por el interesado de las obligaciones que este le impone.

³⁹ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2193 de 20 de noviembre de 2001,

⁴⁰ Gaceta Judicial, Año CV. Serie XVII, No. 15, página 5209 de 26 de abril de 2004

⁴¹ Resolución No. 01-2001, publicada en el Registro Oficial No. 331 de 22 de mayo de 2001

La posibilidad de declarar la caducidad es una competencia otorgada por la ley a la administración pública, para extinguir unilateralmente un acto administrativo, a título de sanción cuando hay culpa del administrador por el incumplimiento de las obligaciones que estaban a su cargo.(Art. 93 LOSEP).

3.2. FALTA DE NOTIFICACIÓN

Otro supuesto para la producción del silencio administrativo, es que la administración no haya notificado la decisión, de haberse producido.

“Notificación es el acto jurídico mediante el cual se comunica de una manera auténtica a una persona determinada o a un grupo de personas la resolución judicial o administrativa de una autoridad, con todas las formalidades preceptuadas por la ley”⁴²

Según Escriche en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1851, notificación *“es el acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente, para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda o intima, o para que le corra término”*.⁴³

Y ello es así porque una providencia o resolución judicial o administrativa es procesalmente inexistente mientras no se le ponga en conocimiento de las partes interesadas. Cuando se produce esta notificación legal, comienzan a correr los términos para deducir contra la resolución que le dio nacimiento, todas las defensas, contestaciones, excepciones o recursos legales a fin de

⁴² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XX, página 396, Buenos Aires, 1975.

⁴³ Escriche en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1851

que se la modifique o se la deje sin efecto si la parte contraria así lo estimase.

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano dispone: *“Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otra persona o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”*.⁴⁴

Así como la administración tiene la obligación de notificar sus resoluciones a los administrados, éstos tienen el deber de designar el lugar en que han de ser notificados, que no puede ser otro que el casillero judicial de un abogado legalmente inscrito en cualquiera de los colegios de abogados del país.

Tan importante es la notificación, que su no realización, es causal de declaratoria de nulidad del juicio.

COMENTARIO

Las notificaciones son los actos del órgano jurisdiccional destinados a comunicar a las partes o cualquier persona que intervenga en el proceso una decisión del tribunal. No es, por tanto, un acto procesal independiente, es derivado de otro acto procesal y destinado a provocar otro de ahí que tienen gran importancia.

Forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que su omisión o realización defectuosa coloca a la parte perjudicada en una situación de indefensión, siempre que esta no haya sido originada por

⁴⁴Código de Procedimiento Civil

la parte que la alega. Se exige la actitud positiva por parte del órgano jurisdiccional

3.3. A SOLICITUD DEL INTERESADO

La Administración Pública tiene la obligación de dictar resolución expresa de las solicitudes que presenten los administrados. *“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables (y ello sin perjuicio de que se acuerde la inadmisión cuando corresponda)”⁴⁵. El deber de resolver rige en caso de solicitudes formuladas por los interesados”.*

“Solicitud, es la petición o pretensión por escrito”⁴⁶.

“Solicitar, es pedir o procurar obtener algo que se pretende, haciendo las diligencias necesarias”⁴⁷.

El administrado, se dirigirá por escrito al administrador que corresponda con su solicitud, la que para que sea admisible, debe reunir los requisitos legales y reglamentarios correspondientes.

Cabe preguntarnos, ¿a quiénes dirigimos la solicitud?, y para encontrar la respuesta, acudí al profesor Nicolás Granja Galindo, que nos enseña:

“La Administración Pública dentro del Estado, o bien otras administraciones públicas relacionadas con diferentes entidades jurídicas, todas ellas necesitan para cumplir sus fines, de entes humanos que tengan voluntad,

⁴⁵ AMENÓS ÁLAMO Juan, obra citada.

⁴⁶ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, obra citada, tomo VII

⁴⁷ OCÉANO UNO Diccionario Enciclopédico, Barcelona, 2000

inteligencia y capacidad física para el efecto. Esto es, necesitan de hombres que puedan proporcionar tales medios a todas aquellas personas jurídicas. De donde, los individuos representan el complemento imprescindible a la materia prima de toda organización administrativa. Luego, las personas que están al servicio de la administración, se encuentran agrupadas en cada una de las categorías que las analizaremos en el siguiente literal”⁴⁸

El tratadista agrupa a las personas que forman parte del servicio público o en la acción administrativa, así:

- “a) El gobernante: máximo funcionario del Estado que, ejerciendo su cargo de carácter eminentemente político, constituye una parte de su soberanía, como el Presidente de la República;*
- b) El funcionario: es la persona que, revestida regularmente de una función, la ejerce dentro de su campo de competencia que le señalan las leyes;*
- c) El empleado: individuo que sin tener jurisdicción ni mando, se limita tan solamente a participar de las funciones administrativas, dependiendo de otra persona que ejerce funciones públicas;*
- d) El trabajador: persona que dentro de la actividad administrativa se encuentra sometida a las normas laborales, a diferencia de los funcionarios y empleados que se encuentran regidos por normas administrativas”⁴⁹*

⁴⁸GRANJA GALINDO Nicolás, obra citada, páginas 121, 122, 123.

⁴⁹GRANJA GALINDO Nicolás, obra citada, páginas 121, 122, 123.

3.4. DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN

“El deber de resolver también rige en los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado”⁵⁰.

“De oficio, es la comunicación escrita, referente a los asuntos del servicio público en las dependencias del Estado, y por extensión, la que media entre corporaciones particulares”⁵¹.

De manera que, como supuesto para la invocación del silencio administrativo, no puede tener como fundamento solamente la solicitud del interesado, sino que también puede tenerlo en los procedimientos iniciados de oficio en cualquier dependencia pública del Estado.

“La Administración Pública es una ciencia y arte a la vez, que tiene por objeto, el conocimiento y práctica de múltiples actividades o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad”⁵².

⁵⁰ AMENÓS ÁLAMO Juan, obra citada.

⁵¹ SÁNCHEZ ZURATY Manuel, “Diccionario Básico de Derecho”, Quito, 1993.

⁵² GRANJA GALINDO Nicolás, obra citada, página 91.

CAPITULO IV

EFFECTOS

4.1. NEGATIVO

La desestimación por silencio administrativo *“tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”*. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada⁵³.

El silencio negativo, consiste en no resolver en determinado plazo, y la ley da efecto desestimatorio a la petición. *“Dado el fundamento de la institución, el silencio negativo, constituye la regla general. Si la administración no resuelve una petición del administrado, con abstención o silencio equivale por mandato de la ley a una denegación”*⁵⁴.

*“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto”*⁵⁵.

4.2. POSITIVO

“En ocasiones, ante la ausencia de una voluntad expresa de la Administración, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente

⁵³ AMENÓS ÁLAMO Juan, obra citada.

⁵⁴ PENAGOGOS Gustavo, obra citada, página 178

⁵⁵ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO de Colombia, artículo 40

presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo.

En el caso del silencio positivo, se atribuye al silencio administrativo un valor positivo, de modo que el interesado puede considerar estimada su petición transcurrido el plazo marcado por la Ley, sin que la Administración haya resuelto. Para que se produzca el silencio positivo es necesario que así lo establezca expresamente una forma jurídica⁵⁶.

“El silencio será positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses a contar desde la petición⁵⁷.

La Ley de Modernización del Ecuador establece la institución del silencio administrativo positivo y la consiguiente aprobación por el ministerio de la ley, una vez transcurrido el plazo expresamente determinado por la norma legal, sin que se haya dado atención o notificado en debida forma, la petición del administrado.

⁵⁶ ESPASA Diccionario Jurídico, página 918, Madrid, 1998.

⁵⁷ LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO de España, Art. 95.

CAPITULO V

MARCO JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Es importante, analizar nuestra legislación, con la finalidad de conocer como está regulado el silencio administrativo en el Ecuador. De antemano sabemos que parte de la Constitución, sin embargo, el silencio de la administración se encuentra normado en la Ley de Modernización del Estado, así como en otras leyes de carácter orgánicas, por lo que seguidamente realizaré un breve estudio de esta institución jurídica, de acuerdo a lo que establecen nuestras leyes.

Considerada, la Constitución de la República del Ecuador, como la Ley Suprema de nuestro país, es la que genera los derechos, deberes y las garantías fundamentales de sus gobernados, además de regular la estructura del Estado y de sus instituciones.

Es necesario, partir de la Constitución del Ecuador, para iniciar el análisis del presente trabajo, porque es la misma la encargada de instaurar los principales derechos, deberes y garantías de las personas. Como está señalado en el párrafo anterior, el Art. 66 numeral 23, manifiesta que los gobernados tenemos derecho a presentar quejas y peticiones a las autoridades, con la finalidad de obtener oportuna respuesta. Así mismo señala que este derecho debe ser ejercido de forma personal, ya que se trata de realizar solicitudes o reclamos de actos que conciernen únicamente a un sujeto de manera subjetiva, por lo que no se podrán presentar peticiones o quejas en nombre del pueblo.

De aquí nace la base del silencio administrativo en nuestro país, debido a que la Constitución consagra el derecho de petición y con ello al no cumplirse este precepto, podemos acudir indiscutiblemente a la aplicación del silencio de la administración, para así obtener la oportuna respuesta que la Ley Suprema prevé.

La Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, en la Sección novena, Capítulo sexto, en su Art 66, numeral 23

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

*23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. ”.*⁵⁸

*“El derecho de petición ha sido reconocido por todas nuestras Constituciones republicanas, aclarándose en ellas, además, que puede ser ejercido individual o colectivamente; sólo la Nueva no reproduce esta oportuna aclaración”*⁵⁹.

“Los textos de las Constituciones en este punto casi no presentan variaciones desde 1830 hasta 1945...La de 1945 introduce un elemento muy valioso. el peticionario tiene derecho a que se resuelva su solicitud dentro del plazo de 30 días; fijación de un plazo hace eficaz la garantía; esto se conserva también en la de 1967 y en el proyecto del 45 Reformada; la Nueva, se refiere genéricamente al plazo fijado por la Ley, con mayor

⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Quito.

⁵⁹ JULIO TOBAR DONOSO Y JUAN LARREA HOLGUÍN, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, 1979, Quito.

*acierto porque hay ciertas peticiones que deben ser resueltas en otros plazos, por ejemplo las que se presentan en juicio y según los respectivos términos procesales.*⁶⁰

Esta garantía constitucional se basa en el principio de que toda persona debe ser oída y atendida, como miembro que es de la sociedad. Dentro de los regímenes republicanos se entiende que el mandatario, la autoridad en general ejercen su función a nombre del pueblo y, por tanto, se establece una relación entre mandante y mandatario y dentro de ella el mandante puede pedir la prestación del servicio, la aplicación de la ley, etc.

El Art. 212 del Código Penal dispone: “Será reprimido con multa de cuarenta a cien sucres (del 0,17 al 0,40 de un dólar), y prisión de uno a seis meses la autoridad que en cualquier manera impidiere el libre ejercicio del derecho de petición”.

*“Este artículo se refiere únicamente a poner impedimento, esto es obstáculo. Como se ve no hay una precisa estructuración legal de esta garantía y por lo mismo la colectividad se ve obligada a usar medios de fuerza, vías de hecho para ser oída, aunque no atendida en realidad”*⁶¹.

5.2. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial N.º 349, del 31 de diciembre de 1993, tiene entre sus objetivos, establecer los principios y normas generales para regular la racionalización y eficiencia administrativa.

⁶⁰ JULIO TOBAR DONOSO Y JUAN LARREA HOLGUÍN, obra citada, páginas 193 y 194

⁶¹ GUZMÁN LARA Aníbal, “Diccionario Explicativo del Derecho Penal”, página 680, Quito, 1989.

Una de las áreas del proceso de modernización del Estado, comprende la racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica del sector público, distribuyendo adecuada y eficientemente las competencias, funciones y responsabilidades de sus entidades y organismos.⁶²

Derecho de Petición

Previo al estudio del derecho de petición, contenido en la ley en referencia, observemos la nota de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia⁶³ que dice: “El inciso segundo del artículo 143 de la Constitución ordena que una Ley Ordinaria no podrá modificar una Ley Orgánica, en consecuencia el efecto positivo del reclamante del Silencio Administrativo regulado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, no afecta al silencio como denegación tácita del reclamo regulado en las Leyes Orgánicas”.

El Art. 28 de la Ley de Modernización dispone:

“Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor de 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 pertinentes por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario correspondiente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del

⁶² LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICATIVA PRIVADA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

⁶³ SALA DE LO ADMINISTRATIVO, expedientes 8 y 16, Registro Oficial N.º 332, del 23 de mayo del 2001.

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

La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”.

Ley ordinaria

El precepto contemplado en el Art. 66 de la Ley de Modernización: “*La presente Ley tiene el carácter de especial y por lo tanto prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere*”⁶⁴, no rige, al tener la calidad de ley

⁶⁴ Ley y artículo citado

ordinaria, pues el calificativo de especial, ha desaparecido por mandato constitucional.

Informes Técnicos

*“Cuando por disposición legal o reglamentaria expresa se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas, previamente, evacuaciones técnicas de órganos o entidades afines, y tales órganos o entidades no expidan o realicen los actos pertinentes en los términos prefijados, o en su ausencia, dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento, el responsable del procedimiento administrativo o el administrado interesado en dicho procedimiento pedirán las mencionadas evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública, entes públicos o centros universitarios, dotados de capacidad técnica equivalente”.*⁶⁵

De manera que tenemos los siguientes términos para que los reclamos, solicitudes o pedidos a las autoridades públicas sean resueltos:

- a) Quince días contados a partir de la presentación, salvo que una norma legal señale otro distinto;
- b) Treinta días contados a partir de la recepción del requerimiento, cuando por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de la resolución, previamente se requieran evaluaciones técnicas; y,
- c) Treinta días más, cuando las evaluaciones técnicas se piden a otros órganos dotados de capacidad técnica equivalente, al no haberse

⁶⁵ LEY DE MORNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 30, obra citada.

expedido o realizado los actos solicitados, en el término señalado en literal anterior.

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

Sanciones

El Art. 33 de la Ley de Modernización del Estado dispone: *“El funcionario o empleado público que violare cualquiera de las disposiciones relacionadas con la eficiencia administrativa, será sancionado con la destitución de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas previstas en otras leyes”*.⁶⁶

Notificación

“Las autoridades administrativas tienen el deber de comunicar a los administrados las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido o expedito, siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho”.⁶⁷

Domicilio Civil

“El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.⁶⁸

⁶⁶ Artículo y ley citados.

⁶⁷ LEY DE MODERNIZACIÓN, Art. 29, obra citada.

⁶⁸ CÓDIGO CIVIL, Art. 48, Editorial Jurídica del Ecuador, 2001, Quito.

Procesos

*“Los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo son los llamados a conocer y resolver de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley”.*⁶⁹

Reclamo en la vía administrativa

*“No se exige como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el otorgamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho es facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerza dentro del término de noventa días”.*⁷⁰

Denegación Tácita de Reclamo Administrativo

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se pronuncia porque *“no se puede tomar en cuenta, exclusivamente, los quince días de término que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado para creer que se ha agotado la vía administrativa por silencio de la administración, cuando existe otra norma legal, el Art. 13 de la Ley del Ministerio Público, que consigna el plazo de sesenta días, atenta la salvedad contenida en la norma primeramente citada. En el mejor de los casos, los quince días deberían ser sumados a los sesenta días para interpretar positivamente, el silencio administrativo.”*⁷¹

Efectos del Silencio Administrativo

Al referirse a los efectos del silencio administrativo, la Sala de lo Contencioso Administrativo expone: *“El derecho que se establece por el*

⁶⁹ LEY DE MODERNIZACIÓN, Art. 38, obra citada.

⁷⁰ LEY DEMODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 38, obra citada.

⁷¹ GACETA JUDICIAL, Año XCVI, Serie XVI, N.º 5, página 1391.

ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19, numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”⁷².

Ejecución del Silencio Administrativo

“No podría ser objeto el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley producido por el silencio de la

⁷² GACETA JUDICIAL, Año XCVII, Serie XVI, N.º 10, página 2716.

administración, sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución, y consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación. En el caso, el juez “a quo”, sin que nada tenga que referirse a los antecedentes de lo aprobado por el ministerio de la ley, debió disponer, como así lo hizo, el inmediato cumplimiento por parte del administrador de lo aprobado gracias al silencio administrativo, sin que ni siquiera sea necesario el que califique o no de lícito el acto original de la administración que motivó la reclamación del actor que no fue oportunamente contestada”, así se pronunció la Sala de lo Constitucional de lo Contencioso Administrativo en un recurso de casación ⁷³.

El silencio administrativo en otros cuerpos legales

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, al hablar de los procedimientos administrativos, dice:

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

Los procedimientos administrativos no regulados expresamente en este Código estarán regulados por acto normativo expedido por el correspondiente gobierno autónomo descentralizado de conformidad con este Código. Dichas normas incluirán, al menos, los plazos máximos de duración del procedimiento y los efectos que produjere su vencimiento.

⁷³ GACETA JUDICIAL. Año XCIX. Serie XVI. N.º 14. Pág. 4159.

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

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

En los gobiernos autónomos descentralizados en cuya circunscripción territorial se pueda acceder fácilmente a medios informáticos y digitales, se deberán receptar solicitudes y escritos por dichos medios, con igual validez que los presentados en medios impresos”.⁷⁴

“Artículo 387.- Plazo para resolución.- El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.

La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento.”⁷⁵

⁷⁴Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 382

⁷⁵Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 387

Ley de Gestión Ambiental

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

El superior jerárquico resolverá la petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta a favor del peticionario”⁷⁶.

Ley de Régimen Tributario Interno

“A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario prevean o no plazos específicos para resolver reclamaciones de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso de las peticiones, reclamaciones que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos.”⁷⁷

Reglamento de Contratación de Servicios de Auditoría

“TRÁMITE DEL INFORME.- Una vez finalizada la Auditoría, la firma auditora privada emitirá el informe y lo remitirá a la Contraloría General del Estado, en original y dos copias, para su revisión, aprobación y registro. La Contraloría, en el término de quince días de recibido el informe, lo revisará y

⁷⁶ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Art. 44, Registro Oficial 245, del 30 de julio de 1999.

⁷⁷ LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Final Primera, Registro Oficial 341, del 22 de diciembre de 1989.

*aprobará. Vencido el término referido, se entenderá por el silencio administrativo, que el informe ha sido aprobado (...)*⁷⁸

Reglamento de Inscripción en el Registro de Mercado de Valores

“Una vez que el peticionario haya cumplido todos los requisitos exigibles y se hayan solucionado las observaciones formuladas, de ser el caso o, ante la ausencia de observaciones por parte de la Superintendencia de Compañías, ésta, en el plazo de quince días, expedirá la correspondiente resolución ordenando la inscripción en el Registro de Mercado de Valores, la cual se publicará en un diario de amplia circulación del domicilio del peticionario. Esta inscripción se realizará en el plazo máximo de tres días. Como consecuencia de la inscripción, culminado el proceso, se le entregará un certificado de inscripción el mismo que será exhibido en un lugar visible de la respectiva oficina.

Si en el plazo de quince días, señalado en el inciso precedente, la Superintendencia de Compañías no resolviere, se entenderá aprobada la respectiva solicitud de inscripción en el Registro del Mercado de Valores, para cuyo efecto la Superintendencia expedirá la respectiva resolución en la que constará tal aprobación.

*El funcionario por cuya causa se hubiere producido una inscripción por silencio administrativo, podrá ser removido de su cargo sin perjuicio de las otras responsabilidades a que hubiere lugar.”*⁷⁹

⁷⁸ REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE AUDITORÍA, CONTRALORÍA, Art. 58, Registro Oficial 386, del 24 de febrero de 1994.

⁷⁹ REGLAMENTO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE MERCADO DE VALORES, Art. 6, Registro Oficial 349, del 31 de diciembre de 1993.

Reglamento General de la Ley de Defensa Contra Incendios

“Todas las solicitudes y reclamos que presenten las personas naturales o jurídicas ante los Cuerpos de Bomberos y que no sean de competencia del Jefe, serán resueltas por los respectivos Consejos de Administración y Disciplina, previo informe de este funcionario, debiendo resolverse el caso en el plazo de 30 días a contar de su fecha de presentación ante el Consejo y su resolución causa ejecutoría. Vencido tal plazo, el silencio administrativo se entenderá como resolución negativa a los intereses del peticionario, quien podrá apelar ante el Jefe de Zona; y en última instancia, al Ministro”.⁸⁰

5.3. LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

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

“Para este efecto, el funcionario competente de la Institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan”⁸¹

Juan Aménos Álamo, al referirse a la problemática certificación de actos presuntos en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en España, indica que el Art. 44 de la Ley 30/1992 establecía la validez general

⁸⁰ REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS, Art. 41, Registro Oficial 384, del 17 de mayo de 1979.

⁸¹ LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Ley sin número, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 144, del 18 de agosto del 2000.

de los actos presuntos. Pero para su eficacia, los sometía a su acreditación a través de una certificación específica. Ésta podía solicitarse a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución. La Administración debía extenderla en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada. Con una particularidad: en estos veinte días aún podía cumplir la Administración con su deber de dictar acuerdo expreso. En la práctica, pues, la petición de certificación venía a jugar como una interpelación de mora.⁸²

“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública”.⁸³

En el Estatuto Orgánico por Procedimientos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, de reciente expedición, noviembre del 2001, en el Art. 21, que se refiere a las funciones del Secretario General, en el numeral 5, se establece que es de su función: “Certificar las resoluciones que expida la Junta Bancaria, el Superintendente de Bancos, el Intendente General, así como los Intendentes Nacionales, Directores Generales y Gerencias Nacionales”.

De manera que, el mandato constante en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, se reforma cuando se establece que, en el caso de la Superintendencia de Bancos y Seguros, el Secretario General: “... es el funcionario competente que tiene la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término de quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto,

⁸² JUAN AMENÓS ÁLAMOS, [http: www.juridicas.com/areas](http://www.juridicas.com/areas) virtual, Abril 1999.

⁸³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 168, obra citada.

que le servirá como instrumento público o auténtico 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”.

5.4. CÓDIGO PENAL

“Código Penal Común: Serie orgánica de preceptos concernientes a los delitos, a los delincuentes y a las penas de carácter general, aplicables a las causas y a los procesados que enjuicia la jurisdicción penal ordinaria; es decir todos los casos y sujetos que no caen en la esfera de algún fuero especial, como el militar”.⁸⁴

La jurisdicción penal, es la que tramita y resuelve las causas originadas por la investigación y comisión de un delito o falta, con peculiar desdoblamiento del proceso penal, entre la fase inquisitiva o sumario y la cognoscitiva y sancionadora o plenario.

El profesor Dr. Ricardo Vaca Andrade, en su obra COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, publicado en junio del 2000, nos enseña: ***“La etapa del sumario, esencialmente investigativa e inquisitiva, para el cumplimiento de la cual no era indispensable la presencia del imputado o sindicado, será sustituida por la fase de la indagación previa y la etapa de la instrucción fiscal, en la que el imputado podrá hacer valer todos sus derechos, principalmente, el de defensa dentro del concepto general de todo aquello que encierra el debido proceso”***. La norma adjetiva penal, ha eliminado el sumario en el

⁸⁴ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Tomo II, Editorial Heliasta, 1994, Buenos Aires.

proceso, y en su lugar ha introducido, la fase de la instrucción previa y la etapa de la instrucción fiscal, en la que tienen preponderante intervención el Ministerio Público y la Policía Judicial.

Con este entorno, pasamos a analizar el Código Penal, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política y la Ley de Modernización del Estado, en cuanto al derecho de petición.

“Leyes penales son todas que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”. Ese “derecho a dirigir... peticiones a las autoridades... y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”, cuando es quebrantado, es sancionado con la amenaza de ser “reprimido con multa de cuarenta a cien sucres y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición”, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66, numeral 23 de la Constitución Política, y 1 y 212 del Código Penal.

Las maneras en las que la autoridad puede impedir el libre ejercicio del derecho de petición, las encontramos en el inciso segundo del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado:

- a) No aceptar un petitorio;
- b) Suspender un procedimiento administrativo; o,
- c) No expedir una resolución dentro de los términos previstos.

Nosotros encontramos una modalidad más de impedir el libre ejercicio de esta garantía constitucional: No notificar en debida forma las decisiones de la autoridad administrativa. “Notificación es el acto por el cual se pone en

conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”, por lo que, *“todo el que fuere parte de un procedimiento judicial designará el lugar en que ha de ser notificado, que no puede ser otro que el casillero judicial de un abogado”*,⁸⁵ en aplicación de lo dispuesto en los artículos 77 y 79 del Código de Procedimiento Civil.

5.5. CÓDIGO TRIBUTARIO

Dejemos que nuestro máximo organismo de la administración de justicia, la Corte Suprema, en los recursos de casación, nos enseñe la jurisprudencia del silencio administrativo en lo tributario. Es la Gaceta Judicial, Año XCVIII, Serie XVI, No. 13, página 3676, que al respecto dice:

“Es de notar que en el mismo Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, se publica la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, en cuyo Art. 28 se introduce una modificación trascendente e innovadora, la que el silencio de la Autoridad Pública ante un reclamo solicitud o pedido, se tendrá como respuesta favorable al particular. Es indudable que con la expedición de este Art. 28, se pretende que el derecho de petición recogido en la Constitución Política tenga efectividad. Sin embargo, hasta esa fecha, 31 de diciembre de 1993, era evidente que habiéndose publicado al mismo tiempo la Disposición Final Primera de la Ley 51, y la Ley de Modernización del Estado, prevalecía la primera, por su especialidad, y por ello, para el ámbito tributario el silencio administrativo continuaba siendo considerado como una negativa tácita. El Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 del 10 de marzo de

⁸⁵ Código y Artículo citado

1994, en su parte pertinente, literalmente dice “Art. 21. Sustitúyase la Disposición Final Primera de la Ley No. 51 por la siguiente. A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario y demás Leyes Tributarias prevean o no plazos específicos para resolver a atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos”. Con esta reforma, y continuando el proceso de modernización antes aludido que se plasmó en el Art. 28 de la Ley de Modernización, se extiende al campo tributario el mandato de que el silencio administrativo ha de ser considerado, desde la fecha señalada, el 1 de enero de 1995, como aceptación tácita de las pretensiones del particular.”⁸⁶

Mientras el Art. 28 Ley de Modernización 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, el Art. 21 de la Ley 05 dispone que la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días para resolverlo.

Veamos el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación publicado en la Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No.8, página 21 94, en cuanto a la consideración de lo que constituye la aceptación tácita del reclamo y los efectos jurídicos del silencio en la Administración Fiscal, al no resolver oportunamente los reclamos o recursos,

⁸⁶Gaceta Judicial, Año XCVIII, Serie XVI, No. 13, página 3676

que expresamente le da el carácter de acto ejecutoriado a la aceptación tácita:

***“El Art. 21 de la Ley 5, publicada en el registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 que reformó a la Ley 51 Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario interno y de la Ley 58 de Régimen Tributario Interno establece que: Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior (120 días) no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a parte de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos. El Art. 21 de la ya citada Ley 5, no se ha referido a los efectos jurídicos de la aceptación tácita de los reclamos o recursos administrativos tributarios, determinando ello, un vacío de la ley, que refiere el juzgador tener en cuenta la aplicación del Art. 13 del Código Tributario. El Decreto Ley 4 publicado en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 contiene la Ley Orgánica de Aduanas, que constituye una Ley Especial Tributaria, en cuyo Art. 84 dispone que: La aceptación tácita tendrá el carácter de acto ejecutoriado, normativa tributaria que en el caso juzgado, tiene su aplicación, por ser la misma relación jurídico tributaria obligacional: Estado como sujeto activo y contribuyente o responsable, como sujeto pasivo, determinando que exista identidad con el mismo sujeto activo, Estado, de igual manera que con la relación jurídica en el Impuesto a la Renta. Por lo dicho, el Art. 84 de la Ley Orgánica de Aduanas, jurídicamente llena y completa el vacío creado respecto a la aplicación del Art. 21 de la Ley 5 reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno, en cuanto a la consideración de lo que constituye la aceptación tácita del reclamo y los efectos jurídicos del silencio Administrativo Fiscal, al no resolver*”**

oportunamente los reclamos o recursos, que expresamente le da el carácter de acto ejecutoriado a la aceptación tácita”.⁸⁷

*La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causas; surte efectos irrevocables, respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.*⁸⁸

5.6. CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

En la presente investigación, nos vamos acercando al tema central del silencio administrativo en esta Ley, pero para ello, preciso es que tengamos un claro concepto de lo que constituye el sistema financiero en el Ecuador

“Según la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado (Art. 30), el sistema financiero comprende: el Banco Central, las instituciones del sistema financiero público y las instituciones del sistema financiero privado, entidades reguladas por la Superintendencia de Bancos

En sus inicios el sistema financiero privado estuvo reducido por un pequeño número de bancos privados, pero poco a poco el panorama fue ampliándose hasta constituir el sistema que hoy conocemos”

Es necesario revisar de manera generalísima la normativa legal que ha regido en esta materia:

“La Ley General de Bancos promulgada en 1899, tuvo vigencia en una época de grave crisis económica en el país, fue concebida bajo el régimen

⁸⁷ Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No.8, página 21 94

⁸⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 301, obra citada.

del patrón oro y sin la consideración de que los bancos necesitaban un control; La “Revolución Juliana” de 1925 produjo un cambio sustancial en el tema, al fundarse en 1927 el Banco Central y en 1928 la Superintendencia de Bancos y el Banco Hipotecario del Ecuador; Posteriormente a la crisis de los años 30 y para adecuarse a las políticas del Fondo Monetario Internacional, la Ley General de Bancos y la Ley de Régimen Monetario sufrieron básicas modificaciones mediante las reformas de 1948;

En el año de 1974 se promulga la codificación de la Ley General de Bancos;

En el año de 1994 se derogó la Ley General de Bancos de 1987 por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, publicada en el suplemento del Registro Oficial 439 de 12 de mayo de 1994, la misma que fue objeto de varias reformas;

*Finalmente, la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (R.O. 250, 23-I-2001) constituye la normativa actualmente vigente”.*⁸⁹

Necesario es que conozcamos la clasificación de las instituciones que conforman el sistema financiero privado y público.

“Conforman el sistema financiero privado: financieras, de servicios financieros y de servicios auxiliares.

De ahí que las entidades que conforman el sistema financiero público está constituido por el Banco Central del Ecuador, el Banco del Estado, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, el Banco Nacional de Fomento y la Corporación

⁸⁹ RÉGIMEN FINANCIERO Y MONETARIO, páginas 1 y 2, Ediciones Legales, 2002, Quito.

*Financiera Nacional, que se rigen por sus propias leyes en lo relativo a su creación, actividades, funcionamiento y organización, y se sujetan a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en lo referente a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control de la Superintendencia de Bancos”.*⁹⁰

De aquí partimos en el sentido de explicar cómo funciona el silencio administrativo en la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que dispone:

“Art. 182.- Cuando el Superintendente de Bancos y Seguros no se pronunciase o no resolviese un asunto sometido a su aprobación, dentro de los términos fijados por esta Ley o por otras leyes cuya aplicación corresponda resolver a la Superintendencia, sin haber dispuesto las ampliaciones de dichos plazos antes de su expiración, la petición sometida a su aprobación se entenderá favorablemente resuelta bajo su responsabilidad.

La misma norma se aplicará respecto de los asuntos sometidos a resoluciones de la Junta Bancaria, excepto las solicitudes de constitución o establecimiento de nuevas instituciones.

*Si la demora es imputable a cualquier otro funcionario de la Superintendencia, éste podrá ser sancionado inclusive con la remoción o destitución, dependiendo de la gravedad del hecho a criterio del Superintendente, quien podrá revisar el efecto resultante de la falta de pronunciamiento, en el término de ocho días de producido.”*⁹¹

⁹⁰REGIMEN FINANCIERO Y MONETARIO, obra citada, Tomo I, páginas 3 y 4.

⁹¹Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, artículo citado

Debe tenerse presente como una primerísima reflexión acerca del aspecto de valor jurídico que encierra el silencio: la abstención del pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión (silencio administrativo), implica la violación de un deber de acción, y como tal, una infracción a la Ley.

La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto y regulado unas consecuencias para el silencio administrativo en el ámbito financiero, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos, ni tampoco considerar este como un mecanismo para el planteamiento de peticiones improcedentes y sin sentido, de ahí la importancia de regularlo en forma coordinada en un cuerpo legal administrativo ya que como vemos este mecanismo administrativo se encuentra disperso por cada cuerpo legal de nuestra legislación, eso sí haciendo hincapié en que la autoridad administrativa tiene el deber de resolver expresamente y conforme a derecho todo aquello que se le plantea, lo cual no se exime, ni por la calidad jurídica que lo que se solicita o pretende, ni por la oscuridad o falta de ley.

Términos para el pronunciamiento o resolución en la Ley Financiera

Es necesario conocer cuáles son los términos fijados por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para la emisión de los pronunciamientos o resolución por parte del Superintendente de Bancos y Seguros o de quienes en forma precisa y concreta hubieren recibido su delegación:

- a) “En el lapso de ocho días de notificada la Superintendencia de la designación de directores, representantes legales y auditores, analizará su calidad moral y ética, debiendo la Junta Bancaria

disponer que quede sin efecto el respectivo nombramiento, o en su defecto decidir la remoción inmediata de los aludidos funcionarios, en los casos que determina la Ley” (Art. 35, inciso segundo LGISF);

- a) *“La Superintendencia calificará la transferencia, suscripción, adjudicación o partición de acciones en el término de diez días, contados a partir de la recepción de toda la información, la misma que se mantendrá con carácter reservado” (Art. 45, inciso cuarto LGISF);*
- b) *“Salvo el caso de sucesión por causa de muerte, ninguna persona natural o jurídica podrá adquirir directamente o a través de terceros, el control de más del 6% del capital suscrito y pagado de una sociedad controladora sin autorización de la Superintendencia. Si se supera este límite, la Superintendencia calificará el registro de la transferencia, suscripción, adjudicación o partición de acciones en el término de quince días, contados a partir de la fecha de recepción de toda la información, la que tendrá el carácter de reservada” (Art. 65 LGISF);*
- c) *“El Auditor Interno será removido en cualquier tiempo por la Junta General de Accionistas. El Auditor Externo para ser removido, tiene que ponerse en conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros, quien escuchado al Auditor y documentadamente, resolverá lo pertinente en 20 días” (Art. 84, inciso tercero);*
- d) *“De las decisiones o resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente, podrá interponerse recurso de revisión ante la Junta Bancaria, en el término de ocho días contados desde la fecha de notificación o resolución. Tratándose de aquellas resoluciones que por su contenido tengan que publicarse en el Registro Oficial, el término será de quince días contados desde su publicación. El recurso será atendido en el término de veinte días siguientes a la presentación y*

podrá ser planteado por cualquier persona que se considere afectada (Art. 137 LGISF).

Ampliaciones de plazos

¿Cuál es la ampliación del plazo antes de su expiración que el Superintendente o su delegado puede disponer para que se pronuncie o resuelva un asunto sometido a su aprobación?

“Cuando por disposición legal o reglamentaria expresa se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas, previamente, evaluaciones técnicas de órganos o entidades afines, y tales órganos o entidades no expidan o realicen los actos pertinentes en los términos prefijados, o en su ausencia dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento, el responsable del procedimiento administrativo o el administrado interesado en dicho procedimiento, tiene la facultad de pedir las mencionadas evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública, entes públicos o centros universitarios, dotados de capacidad técnica equivalente” ⁹², entendiéndose que para entregar los resultados tienen otros treinta días a partir de la recepción del nuevo requerimiento.

Por lo expuesto, todo reclamo, solicitud o pedido al Superintendente de Bancos y Seguros o a su delegado, debe ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresa señale otro distinto, como hemos visto que existen. Antes que expire el término, la autoridad tiene la facultad de disponer la ampliación de dichos plazos que tiene un límite de sesenta días más.

⁹² LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 30, obra citada

Excepción para la ampliación de plazos

La misma facultad de ampliación de plazos que tiene el Superintendente de Bancos, lo tiene la Junta Bancaria, excepto las solicitudes de constitución o establecimiento de nuevas instituciones, por lo que no pueden ampliarse los términos señalados en los artículos 3, 6 y 11 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Sanción por la demora

Cuando la demora es imputable a cualquier otro funcionario, éste puede ser sancionado con la remoción o destitución, según lo dispuesto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en el Art. 182, inciso tercero; además, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 28, inciso primero de la Ley de Modernización del Estado, el Secretario General de la Superintendencia de Bancos y Seguros, tiene la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término, 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.

El Superintendente, de comprobar que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo, o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, y concluidos los de ampliación del plazo de haberse concedido, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que este excite el correspondiente enjuiciamiento.

Denuncia del hecho

En el evento de que, el Superintendente o su delegado, o el funcionario responsable de la producción del silencio administrativo, el administrado que

resultare afectado, puede 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, como la Ley de lo Contencioso Administrativo, la Ley de Control Constitucional.

5.7. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DECRETO EJECUTIVO 601 DE 1985

El Vicepresidente de la República, Encargado de la Presidencia, en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985, considerando entre otros aspectos que es deber del Estado garantizar el más amplio ejercicio del derecho de petición y de recibir respuestas, de acuerdo con el numeral 10 del Art. 19 de la Constitución, expide el Decreto No. 601, del 15 de marzo de 1985, y respecto del ámbito de la presente tesis dispone:

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

Art. 11.- Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que

consideren más rápido y expedito, siempre y cuando quede constancia plena en el proceso administrativo acerca del hecho de la recepción de tal comunicación por parte del administrado.

Art. 12.- En las oficinas de la Administración Pública se colocarán avisos en los sitios más visibles en las que se especifiquen el horario de atención, los requisitos para los trámites a cargo de la correspondiente oficina, los plazos de entrega o despacho y el nombre del funcionario que da la información sobre los trámites en tal dependencia.

En toda oficina pública se respetarán estrictamente los horarios de atención al público y se establecerán, de ser necesario, los turnos que se requieran para que los administrados dispongan de facilidad para efectuar sus gestiones”.⁹³

“Burocracia, (define el Diccionario de la Lengua Española) ⁹⁴, es la administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”. Es propósito del Programa Nacional de Desburocratización procurar que la ciudadanía reciba atención ágil y confiable en la Administración Pública, mediante la eliminación de trámites innecesarios y el logro de niveles de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Teniendo como objetivo la racionalización y eficiencia administrativa, ocho años después de la publicación del Decreto Ejecutivo en referencia, el 31 de diciembre de 1993 se promulga la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa

⁹³ DECRETO 601, del 15 de marzo de 1985, publicado en el Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985.

⁹⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, vigésima segunda edición 2001, Madrid.

*Privada*⁹⁵, expedida por el Congreso Nacional, en cuyo Art. 28 se establece un término de quince días, salvo que otra norma legal señale otro distinto, para que la Administración Pública resuelva todo reclamo, solicitud o pedido que realicen los administrados; el Decreto Ejecutivo no fija término alguno para la resolución, pero si se preocupa de la suspensión del trámite, como también lo establece la Ley.

La violación del derecho de petición garantizado por la Constitución, es sancionada con la pena señala en el Art. 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran las leyes.

*También es común tanto en el Decreto como en la Ley, la facultad que tiene la máxima autoridad administrativa, de probar que un funcionario inferior ha suspendido el proceso administrativo o se ha negado a resolverlo, de comunicar al Ministerio Público, ahora para que prevenga en el conocimiento de la causa, dirija y promueva la investigación preprocesal y procesal penal.*⁹⁶

Tanto en el Decreto como en la Ley se establece la obligación de la autoridad administrativa de comunicar al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio más rápido y expedito, debiendo dejar constancia en el proceso administrativo del hecho de la recepción de tal comunicación por parte del administrado, y para ello se debe fijar dirección para las notificaciones, que será: "... el casillero judicial

⁹⁵ LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA, Art. 28, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

⁹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 219, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

*de un abogado legalmente inscrito en cualquiera de los colegios de abogados del país”.*⁹⁷

5.8. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Comenzamos con la transcripción de las disposiciones del Estatuto del Régimen Administrativo, decretado por el Presidente de la República, el 31 de marzo de 1994, publicado en el Registro Oficial No. 2S 411, de la misma fecha, y cuando encontremos aplicación en el ámbito de la presente investigación relativa al silencio administrativo en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, realizaré su análisis.

Objeto

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

¿Se encuentran la Junta Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros, integrando los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva?; ¿son aplicables a estos organismos de control, las normas constantes en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva? Éstos y otros interrogantes trataremos de responder en nuestro estudio del presente numeral.

“Son instituciones del Estado:

⁹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 79, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

1. *Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial;*
2. *Los organismos electorales;*
3. *Los organismos de control y regulación;*
4. *Las entidades que integran el régimen seccional autónomo;*
5. *Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,*
6. *Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.*

*Estos organismos y entidades integran el sector público”.*⁹⁸

Si en verdad la Junta Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros, son instituciones del Estado que integran el sector público, no son organismos ni dependencias de ninguna de las Funciones del Estado: Legislativa, Ejecutiva o Judicial; pertenecen a los organismos de control, al de las Superintendencias, que son “...*organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público encargadas de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general*”.⁹⁹

“La Superintendencia de Bancos y Seguros, organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, está dirigida y representada por el Superintendente de Bancos y Seguros. Tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las

⁹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 118, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

⁹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 222, obra citada.

compañías de seguros y reaseguros, determinadas en la Constitución y en la Ley”.

*“La Superintendencia tendrá una Junta Bancaria conformada por cinco miembros: el Superintendente de Bancos y Seguros que la preside; el Gerente General del Banco Central del Ecuador; dos miembros con sus respectivos alternos, designados por el Presidente de la República; y un quinto miembro y su alterno, designado por los cuatro restantes”. Tiene entre otras atribuciones las de...” formular la política de control y supervisión del sistema financiero”.*¹⁰⁰

*En consecuencia, las normas contempladas en el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, no rigen para la Superintendencia de Bancos y Seguros, que se regula por sus propias leyes y reglamentos especiales.*¹⁰¹

Relaciones entre la administración pública

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

*“Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”.*¹⁰²

¹⁰⁰ CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, artículos 171, 174 y 175, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

¹⁰¹ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Art. 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

¹⁰² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 119, obra citada-

El acto administrativo y su vigencia

“Art. 64.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

“Art. 65.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación”.

*“Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”.*¹⁰³

La notificación como un acto administrativo, en la práctica no se le ha dado la importancia que tiene, pues si no se hace conocer la decisión del administrador, así se haya resuelto positivamente su petición o reclamo, equivale a no haber sido atendido, situación que resulta, no únicamente por acción u omisión de la autoridad administrativa, sino también por descuido del administrado que si fijó una dirección para recibir las notificaciones que le fueran conferidas, no lo hizo correctamente, como disponen las normas procesales y administrativas.

Mora en emitir informes técnicos

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

¹⁰³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 77, obra citada.

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

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

Ámbito del procedimiento impugnatorio en sede administrativa

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

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

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

“Los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley respectiva.

No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerza dentro del término de noventa días”.¹⁰⁴

Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para: “Proponer o contestar demandas, y en general intervenir en las controversias que se sometan a jurisdicción de los órganos de la Función Judicial, de tribunales arbitrales, y de tribunales o instancias, con jurisdicción y competencia en los procedimientos administrativos de impugnación o reclamos, sea como actor, demandado o tercerista, sin limitaciones en los procesos o procedimientos que interesen al Estado y a las entidades u organismos del sector público, en la forma establecida en esta Ley “. ¹⁰⁵

Plazo

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

¹⁰⁴ LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Art. 38, obra citada.

¹⁰⁵ LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Art. 5, literal a), Registro Oficial No. 372, del 19 de julio del 2001.

especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.

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

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

Para tener una concepción clara del término plazo es necesario acudir al Código Civil que al respecto dispone:

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

*“En los plazos que se señalaren en las leyes o en los Decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los días feriados”.*¹⁰⁶

¹⁰⁶ CÓDIGO CIVIL, artículos 33 y 35, obra citada.

En el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no se menciona que el plazo señalado sea de días útiles, por lo que comprenden aún los días feriados.

Responsabilidad patrimonial

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, en cuyo primer inciso se dispone: “El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.¹⁰⁷

Al respecto, más avanzada es la Constitución, en cuyo Art. 11, incisos primero, ordena: ““El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidoras y servidores públicos en el desempeño de sus cargos.

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

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

¹⁰⁷ CODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1996, Art. 23, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1996, Quito.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables”¹⁰⁸.

5.9. REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO Y PARTICIPACIÓN SOCIAL

La Constitución Política de la República, en el Título relativo de la organización territorial y descentralización, Capítulo del Régimen Administrativo, en el Art. 225, inciso primero dispone:

“El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las entidades seccionales, la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza”.

Sin la eficiencia de la administración pública, no podría llevarse a cabo el postulado constitucional de alcanzar para la República el desarrollo armónico del país. Para el efecto, el Congreso Nacional expidió la Ley Especial de Descentralización del Estado de Participación Social, que por objeto tiene:”...impulsar la ejecución de la descentralización administrativa y financiera del Estado, la participación social en la gestión pública, así como poner en práctica la categoría de Estado descentralizado”¹⁰⁹, cuyas normas: “... se aplicarán a las entidades, organismos, dependencias del Estado y otras del Sector Público; las que integran el Régimen Seccional Autónomo;

¹⁰⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 2006, Art. 66,

¹⁰⁹ LEY ESPECIAL DE DESCENRTRALIZACIÓN DEL ESTADO Y DE PARTICIPACIÓN SOCIAL, artículos 1 y 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

y, las personas jurídicas creadas por Ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos descentralizados o para desarrollar actividades económicas de responsabilidad del Estado”.

Para encontrar la viabilidad de la aplicación de estas normas, acudí al Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, que en el Capítulo relativo al Control, dispone:

*“Art. 38.- Los informes, dictámenes y resoluciones de Ley de la Contraloría y Procuraduría General del Estado, superintendencias u otros organismos de control, deberán ser emitidos por las oficinas provinciales o regionales más cercanas a la sede o domicilio del petionario, salvo que éste hubiese recurrido directamente a las matrices”.*¹¹⁰

El petionario queda en libertad de acudir directamente a las matrices o a las oficinas provinciales o regionales más cercanas a la sede de su domicilio, que de ocurrir lo segundo, éstas tienen la facultad de emitir los correspondientes informes, dictámenes y resoluciones.

En el ámbito de mi investigación acudí a la normatividad del organismo de control del sistema financiero.

*Mediante Resolución No. ADM-2001-5698, de 30 de noviembre del 2001, el Superintendente de Bancos y Seguros expidió el Estatuto Orgánico por Procesos de la institución de control y vigilancia financiera que dirige, en cuyos artículos 67 y 72, se refiere a la Intendencia Regional de Guayaquil, y a las Intendencias Regionales de Cuenca y Portoviejo.*¹¹¹

¹¹⁰ Obra citada

¹¹¹ ESTATUTO ORGÁNICO POR PROCESOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS, expedido mediante Resolución No. ADM-2001-5698, del 30 de noviembre del 2001, que en su

“Para el cumplimiento de sus funciones, el Superintendente de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, podrá delegar algunas de sus funciones, siempre en forma concreta y precisa, al Intendente General y a otros funcionarios que juzgue del caso. La delegación puede darse a nivel nacional, regional, por áreas administrativas internas de la Superintendencia o por sectores de la institución sometidas a su control”.¹¹²

Silencio administrativo

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

Este silencio administrativo positivo, se encuentra dispuesto en el Art. 182 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, al disponer:

“Cuando el Superintendente de Bancos y Seguros (o sus delegados), en la órbita de su competencia, no se pronunciase o no resolviese un asunto sometido a su aprobación, dentro de los términos fijados por esta Ley o por otras leyes (como la Ley General de Seguros) cuya aplicación corresponde resolver al Superintendente, sin haber dispuesto las ampliaciones de dichos

Presentación dice: “El nuevo Estatuto que ha sido aprobado por la Junta Bancaria mediante Resolución No. JB-2001, de 29 de noviembre del 2001, pretende dotar al organismo de control del sistema financiero y de seguros, de un instrumento moderno, dinámico y flexible, que le permita cumplir sus labores de supervisión, bajo parámetros de oportunidad, eficacia, severidad, profesionalismo; y, de una eficiente administración de sus recursos humanos, materiales y económicos”.

¹¹² CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, Art. 187, obra citada.

plazos antes de su expiración, la petición sometida a su aprobación se entenderá favorablemente resuelta bajo su responsabilidad.

La misma norma se aplicará respecto de los asuntos sometidos a resolución de la Junta Bancaria, excepto las solicitudes de constitución o establecimiento de nuevas instituciones

Si la norma es imputable a cualquier otro funcionario de la Superintendencia, éste podrá ser sancionado inclusive con la remoción o destitución, dependiendo de la gravedad del hecho a criterio del Superintendente, quien podrá revisar el efecto resultante de la falta de pronunciamiento, en el término de ocho días de producido.”¹¹³

Término para interponer acción contenciosa administrativa

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

“Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”.¹¹⁴

“El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la

¹¹³ Reglamento y artículo citados.

¹¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 196, obra citada.

Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”.¹¹⁵

*“Causar estado, es quedar firme una resolución administrativa o judicial. Las resoluciones de los jueces o tribunales quedan firmes, o causan estado, cuando contra ellas no se da recurso, cuando transcurren los plazos de los mismos sin interponerlos y si las partes consienten la decisión. Para proceder por la vía contencioso administrativa, el acto de la autoridad contra la cual se recurre ha de haber causado estado”.*¹¹⁶

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 esta se infringe la ley en la cual se origina aquellos derechos.

*El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante Resolución del 24 de junio de 1991, se pronunció en el sentido de que: “...respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de las normas jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente”.*¹¹⁷

“El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

¹¹⁵ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Art. 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, Quito.

¹¹⁶ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Guillermo Cabanellas, Tomo III, página 569, Editorial Heliasta, 1994, Buenos Aires.

¹¹⁷ TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Resolución del 24 de junio de 1991, publicada en el Registro Oficial No. 722, del 9 de julio de 1991.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.¹¹⁸

5.10. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

“Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

¹¹⁸ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Art. 3, obra citada.

Legitimación activa.- *La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.*

La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima

autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.

Investigación previa a la demanda.- *La máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución.*

De no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición.

En caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición.

La investigación prevista en este artículo no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda.

Demanda.- *La demanda de repetición deberá contener:*

1. *El nombre y el apellido de la persona demandada o demandadas y la determinación de la institución que provocó la violación de derechos.*
2. *Los antecedentes en los que se expondrá el hecho, los derechos violados y la reparación material realizada por el Estado.*
3. *Los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción de repetición.*
4. *La pretensión de pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material.*
5. *La solicitud de medidas cautelares reales, si fuere necesario.*

Se adjuntará a la demanda:

- a) *La sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordena la reparación material al Estado.*
- b) *El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado.*

En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago.

La demanda podrá interponerse en contra de una o varias personas presuntamente responsables.

La demanda se interpondrá sin perjuicio de que las servidoras o servidores públicos presuntamente responsables hayan cesado en sus funciones.

Trámite.- *La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente calificará la demanda y citará inmediatamente a la persona demandada o demandadas, a la máxima autoridad de la entidad y a la Procuradora o Procurador General, y convocará a audiencia pública, que deberá realizarse en el término máximo de quince días.*

La audiencia comenzará con la contestación a la demanda y con el anuncio de prueba de parte de la servidora o servidor público. La máxima autoridad de la entidad y el Procurador o Procuradora tendrán derecho a exponer sus argumentos y a anunciar sus pruebas. La Sala excepcionalmente, de considerar que es necesario para el esclarecimiento de la responsabilidad del agente del Estado, podrá ordenar la práctica de pruebas en la misma audiencia. En esta audiencia se fijará la fecha y hora de la audiencia de prueba y resolución, la misma que deberá realizarse en el término máximo de veinte días desde la primera audiencia.

En la audiencia de prueba y resolución la Sala deberá escuchar los alegatos y valorar las pruebas presentadas. Se garantizará el debido proceso y el derecho de las partes a ser escuchadas en igualdad de condiciones.

Sentencia.- *En la audiencia de prueba y resolución la Sala, previa deliberación, deberá dictar sentencia en forma verbal, en la que declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y además ordenará a la persona o personas responsables a pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material.*

La Sala notificará por escrito la sentencia en el término de tres días, en la que deberá fundamentar sobre la declaratoria de dolo o culpa grave en contra de la servidora o servidor público, y establecerá la forma y el tiempo en que se realizará el pago. Cuando existiere más de una persona responsable, se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable. En ningún caso, la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable.

La ejecución de la sentencia se tramitará de conformidad con las reglas del juicio ejecutivo contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

Recursos. - *De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.*¹¹⁹

¹¹⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

CAPITULO VI
LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA
JURÍDICO ECUATORIANO

6.1. SUPUESTOS PARA LA INVOCACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

“Supuesto: objeto y materia que no se expresa en la preposición, pero es aquello de que depende, o en que consiste o se funda, la verdad de ella”.¹²⁰

La existencia jurídica del silencio administrativo se fundamenta en los siguientes aspectos:

La garantía constitucional del derecho civil de petición a las autoridades

El Estado reconoce y garantiza a las personas el derecho civil de dirigir peticiones legítimas a las autoridades.

La existencia de un reclamo

El silencio administrativo, puede ser el resultado de la ausencia de respuesta a las tres formas de petición que dispone la Ley de Modernización del Estado:

- a) Reclamar, que es pedir o exigir con derecho o con instancia algo;*
- b) Solicitar, es pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado; y*

¹²⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, página 2112, obra citada.

c) *Pedir, equivale a rogar o demandar a alguien, en este caso a una autoridad pública, que dé o haga algo, de gracia o de justicia.*

Que el reclamo reúna los requisitos dispuestos por Ley

Así como se estipulan normas de cumplimiento obligatorio por parte del administrador, de igual manera existen normas que deben cumplir los administrados, cuyo incumplimiento en muchas ocasiones, adoptan la forma de aparente negligencia administrativa en la demora en resolver las solicitudes, porque muchas de éstas quedan sin atención mientras los peticionarios cumplan los requisitos necesarios para su atención.

Leyes, como la Codificación de la General de Instituciones del Sistema Financiero, no tienen las normas reglamentarias que orienten y dirijan los pasos a seguir por parte de quienes necesitan los servicios de estos organismos, por lo que, la Junta Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros, deben expedir las normas necesarias que incluidas en la Codificación, llenen este vacío de la normatividad en este sector de la administración pública.

“Todo recurso o reclamo se presentará por escrito y contendrá

- a) La determinación de la autoridad y el órgano ante el cual se lo formula;*

- b) El nombre y apellido del compareciente, el derecho por el que lo hace. Si lo hace por sus propios derechos deberá constar el número de la cédula de identidad, y si lo hace en ejercicio de la representación legal o voluntaria de terceros deberá además, adjuntar los documentos que justifiquen dicha representación;*

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

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

d) *La pretensión concreta que formula; y,*

e) *La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina*".¹²¹

Que la autoridad pública no haya resuelto dentro del término legal

Solamente quien ha tenido la necesidad de recibir respuestas a sus reclamos, solicitudes o pedidos, en un Estado que ha sido calificado de "tortuguismo administrativo", puede calificar si los términos que la legislación ecuatoriana concede a las autoridades, es suficiente para cumplir con su mandato de servicio, o son muy cortos, en comparación con lo que sucede en otros países como en España, cuyos términos o plazos pasan de los treinta a los noventa días.

Entre nosotros el tiempo establecido es el siguiente:

a) *Un término no mayor de quince días, contados a partir la de la fecha de su presentación, por lo que es recomendable que, en la copia de la petición, se haga poner la fe de recepción, con identificación clara de la persona que recibe, su firma, y la hora; y,*

¹²¹ ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Art. 108, obra citada.

- b) *En el término que señale otra norma legal, distinto al mencionado en el literal anterior.*
- c) *El Superintendente o su delegado tiene la facultad para disponer la ampliación de los plazos, sin que el Art. 182 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero determine el tiempo que durará esta ampliación, por lo que para ello, se aplica lo dispuesto en el Art. 30 de la Ley de Modernización del Estado.*

6.1.1. Ausencia de notificación

El derecho de petición previsto en la Constitución de la República del Ecuador, involucra o exige también la contestación de las Autoridades Administrativas, siendo el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado la que determina que las respuestas debe darse haciéndose conocer al peticionario o reclamante dentro de un término señalado; es deber sustancial de la administración notificar los actos y resoluciones motivadas.¹²²

6.2. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO

Si en verdad el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado dispone que, en ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación presentada por el administrado, vemos que la misma Ley en el Art. 30, faculta la suspensión del término de la tramitación: *“Cuando por disposición legal o reglamentaria expresa, se establezca que para la adopción de una disposición deban ser realizadas previamente, evaluaciones técnicas de órganos o entidades afines, y tales órganos o entidades no expidan o*

¹²² GACETA JUDICIAL. Año XCIX. Serie XVI. No. 15, Pág. 4422.

*realicen los actos pertinentes en los términos prefijados, o en su ausencia, dentro de los treinta días a partir de la recepción del requerimiento, el responsable del procedimiento administrativo o el administrado interesado en dicho procedimiento, tiene la facultad de pedir las mencionadas evaluaciones técnicas a otros órganos de la administración pública o centros universitarios, dotados de capacidades técnicas equivalentes”.*¹²³

Únicamente se refiere la Ley a evaluaciones técnicas con la participación de órganos o entidades de la administración pública, pero nada señala la norma, cuando la autoridad tiene necesidad de aumentar los términos para realizar trabajos previos, como recopilación de documentos, auditorías financieras, y otras actividades necesarias para atender las peticiones, solicitudes o reclamos que se hubieren formulado, y que requieren un término adicional, pues en la práctica, hay casos en los que los quince días son demasiado cortos para preparar las respuestas, y al no haber estipulado un término mayor, puede producirse el silencio administrativo, con las consecuencias que hemos observado.

6.3. ACREDITACIÓN

Para probar su certeza o realidad, el peticionario o reclamante puede invocar el silencio administrativo ante la propia administración; ante los órganos competentes de la función judicial; o ante los dos antes señalados.

La Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en el Art. 73 dispone:

¹²³Ley y artículo citado.

“De las decisiones o resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente de Bancos, podrá interponerse el recurso de revisión ante la Junta Bancaria, en el término de ocho días contados a partir de la fecha de notificación del oficio o resolución.

Tratándose de aquellas resoluciones que por su contenido deban publicarse en el Registro Oficial, el término será de quince días contados desde su publicación.

El recurso será atendido en el término de veinte días siguientes a la presentación y podrá ser planteado por cualquier persona que se considere afectada.

De las resoluciones que dicte la Superintendencia, podrá interponerse recurso ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en la forma y en los términos establecidos en la Ley”.¹²⁴

Veamos lo que dice la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en el Título X.-De las Limitaciones, Prohibiciones y Sanciones, Subtítulo II De las Sanciones, Capítulo I NORMAS PARA LA APLICACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS, Sección I De la Revisión:

Art. 1.- Las decisiones o resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia de Bancos, que establezcan una sanción pecuniaria para

¹²⁴ CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, Art. 137, obra citada: En la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, publicada en el Registro Oficial No. 254, del 10 de febrero de 1998, únicamente se refirió al recurso de revisión. En posteriores Resoluciones se han establecidos otros recursos como, el de reposición.

las instituciones del sistema financiero, sus directores, administradores, funcionarios, empleados o la persona que actúe en nombre o representación de aquellos, que infringiesen leyes o reglamentos que rijan su funcionamiento, o que contraviniesen instrucciones impartidas por este organismo de control, pueden ser revisadas por la Junta Bancaria, siempre y cuando la reclamación o solicitud sea dirigida al Superintendente de Bancos y Seguros o su delegado, dentro del término de ocho días contados desde la fecha de notificación y contenga:

- 1.1. El nombre e identificación del o los comparecientes, el o los cargos que ostentan, y su o sus nombramientos debidamente certificados por la entidad financiera;
- 1.2. La determinación del acto administrativo objeto del recurso de revisión y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, expuestos en forma clara y precisa;
- 1.3. La petición concreta que se formule;
- 1.4. Copia certificada del comprobante de depósito bancario de la sanción pecuniaria que se reclama; y,
- 1.5. La firma de los comparecientes y la del abogado que lo o los patrocina”.

Hemos visto que si la norma de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, no satisface los intereses del reclamante, éste tiene la facultad de presentar su recurso al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Nos preguntamos, si el caso está puesto en conocimiento y trámite del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ¿la Superintendencia de Bancos y Seguros tiene facultad para seguir avocando conocimiento sobre el mismo?

Para responder, acudí al Derecho y a la Doctrina.

La Constitución Política de la República del Ecuador, al referirse a los principios generales de la función judicial, en el Art. 191 dispone: “El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional”.

Por este principio constitucional, la respuesta es que, una vez que el administrado acudió con su demanda de recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Junta Bancaria, deben abstenerse de continuar tratando el asunto, pues de hacerlo, estarían violando la norma constitucional que dispone la unidad jurisdiccional.

En la doctrina, transcribimos la observación del Profesor Miguel González Rodríguez¹²⁵:

“En la forma dicha, se consagró legislativamente el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado sobre si la administración, transcurrido el término que tiene para resolver, pierde o no su competencia para pronunciarse en torno al recurso imperado. En efecto, desde el 16 de diciembre de 1969, se había dicho que aquella corporación que “(...) Un punto que también debe estudiarse es el de saber si por el hecho de haberse presentado demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa por haberse operado el

¹²⁵ GONZALES RODRÍGUEZ Miguel, Derecho Procesal Administrativo, página 63, Ediciones Rosaristas, Bogotá.

fenómeno del silencio administrativo cuando se ha interpuesto algún recurso o se ha hecho una petición, la administración conserva aún la facultad jurídica de pronunciarse o por el contrario ha perdido su facultad decisoria por haber ya avocado las autoridades jurisdiccionales el conocimiento del problema. “Aunque la doctrina ha tenido algunas vacilaciones sobre el particular, nuestro concepto sobre este punto es el siguiente: el interesado puede o no hacer uso de la facultad que le otorga el silencio administrativo y esperar a que la administración se pronuncie sin que tenga peligro la caducidad de la acción ante el contencioso, porque el asunto está para la decisión de las autoridades administrativas, y a éstas corresponde la carga del impulso procesal y no a los ciudadanos. Pero si el actor, una vez vencido el tiempo que la ley señala para que se configure el fenómeno del silencio, acude ante la jurisdicción contenciosa, es claro que la administración pierde ya su competencia para pronunciarse y le está vedada cualquier decisión, en virtud de que tal competencia se ha desplazado hacia la autoridad jurisdiccional quien actúa partiendo de la presunción establecida por la ley de que se ha agotado la vía gubernativa con decisión nugatoria pasado un mes (ahora dos meses conforme al nuevo Estatuto) de interpuesto los respectivos recursos”.

La doctrina confirma la posición, de que la Superintendencia de Bancos, cuando el administrado ha acudido con su reclamo ante la función judicial, debe abstenerse de seguir conociendo el caso en el ámbito administrativo.

No contradigo lo manifestado en el inciso anterior, cuando se expresa que la Superintendencia de Bancos y Seguros tiene plena facultad para sancionar inclusive con la remoción o destitución, dependiendo de la gravedad del hecho, si la demora es imputable a cualquier funcionario de la institución. El Superintendente puede revisar el efecto resultante de la falta de pronunciamiento en el término de quince días.

“Los funcionarios o empleados de la Superintendencia son servidores públicos y están sometidos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, (Hoy LOSEP) no obstante su carácter bancario”.¹²⁶

6.4. REVOCATORIA

“Para Escriche, la revocación consiste en la anulación de la disposición adoptada o del acto otorgado; tales como una donación, un testamento, un legado, un codicilo¹²⁷, un poder o un mandato. La revocación, para surtir efecto, que suele ser privar de éste a otro acto anterior, ha de provenir de una declaración unilateral válida; porque, si no, constituiría un incumplimiento, una violación”.¹²⁸

“Revocación es la acción y efecto de revocar. Anulación, sustitución enmienda de una orden o decisión por medio de una autoridad distinta de la que había resuelto. Acto jurídico que deja sin efecto otro anterior del otorgante, pero en los de carácter unilateral, como el testamento o el mandato”.¹²⁹

El Presidente de la República, al considerar que la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, que se publicó en el Registro Oficial 169 del 8 de octubre de 1997, tiene como propósito impulsar la ejecución de la descentralización y desconcentración administrativa y financiera del Estado,

¹²⁶ CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, Art. 177, obra citada.

¹²⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, página 578: “Codicilo: Antiguamente y hoy en Cataluña, toda disposición de última voluntad que no contiene la institución del heredero y que puede otorgarse en ausencia de testamento o como complemento de él”.

¹²⁸ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, página 225. Obra citada.

¹²⁹ SÁNCHEZ Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Tomo II, Pág. 714, obra citada.

y la participación social en la gestión pública, dispone en el Reglamento a esta Ley, el término para interponer acción contencioso administrativa:

“Art. 40.- Si transcurrido el término de ley, los organismos de control emitieran una revocatoria expresa de las resoluciones que entraron en vigencia por el silencio administrativo, los administrados podrán acudir a la acción contencioso administrativa, dentro del término de noventa días”.¹³⁰

En el ámbito de investigación de la presente tesis, vimos que:

“De las decisiones o resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, el administrado que se crea perjudicado por éstas, puede interponer el recurso de revisión ante la Junta Bancaria, en el término de ocho días contados desde la fecha de notificación del oficio o resolución (...)”.

“De las resoluciones que dicte la Superintendencia de Bancos, podrá interponerse recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la forma y en los términos establecidos en la Ley”.¹³¹

6.5 SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En caso del silencio positivo, se atribuye al silencio administrativo un valor positivo, de modo que el interesado puede considerar estimada su petición

¹³⁰ REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO Y PARTICIPACIÓN SOCIAL, Art. 40. Registro Oficial 349, del 18 de junio del 2001.

¹³¹ CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, Art. 137, obra citada.

transcurrido el plazo marcado por la ley, sin que la Administración haya resuelto.

La Ley de Modernización del Estado, en el Art. 28, inciso primero, dispone: *“...Vencido el respectivo término se entenderá por silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante (...).”*

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

En la parte pertinente de la investigación manifesté que la Junta Bancaria, en uso de la atribución que le confiere la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Art. 175, literal a), debe dictar una resolución de carácter general para la aplicación del Art. 182 de la ley ibídem, para prevenir que en la atención a los trámites administrativos que se realicen en la Superintendencia de Bancos y Seguros y en la propia Junta Bancaria, vencidos los respectivos términos, se produzca el silencio administrativo.

Esta reglamentación dará respuestas a estos y otros interrogantes que se formulan al respecto:

¿Desde cuándo comienzan a correr los plazos?

¿Cuál es el tiempo de la ampliación de los plazos?

¿Qué autoridad de la Superintendencia de Bancos y Seguros tiene facultad para ampliar los plazos?

¿Son suficientes los quince días para resolver los complejos problemas que encierran los reclamos, solicitudes o pedidos presentados a la Superintendencia de Bancos y Seguros?

¿Será aplicable en la Superintendencia de Bancos y Seguros el Art. 30 de la Ley de Modernización del Estado que se refiere a la ampliación de los términos cuando **deban ser realizadas, previamente, evaluaciones técnicas de órganos o entidades afines, o de otros órganos de la administración pública, entes públicos o centros universitarios,** o la ampliación del plazo se requiere para que sus propios organismos especializados emitan los informes, realicen los estudios, etc. cuyos pronunciamientos sirven de base para conformar la respuesta de la autoridad?

¿Ha delegado el Superintendente de Bancos a los Intendentes Regionales de Cuenca, Guayaquil y Portoviejo, para que las solicitudes, reclamos o recursos de los particulares a sus oficinas, sean resueltos en los términos respectivos, puesto que el silencio administrativo significa aceptación tácita y da lugar al derecho de los peticionarios, como dispone el Art. 39 de Ley de Descentralización del Estado?

6.5.1. EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN

El doctor Armando Pareja Andrade, Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos, al referirse a la Doctrina del Silencio Administrativo, nos enseña:

“Los actos administrativos pueden ser objeto de invocación de silencio administrativo, serían exclusivamente aquellos relacionados con los derechos de los particulares que se sientan vulnerados por decisión de la Autoridad que eventualmente podría lesionar sus intereses **mas no en aquellos actos normativos que producen efectos jurídicos generales objetivos en forma directa, en virtud de que aquellos como los contenidos en una resolución normativa pretenden proteger el interés público, el mismo que se halla por encima de los intereses de los particulares, sin perjuicio de que puedan ser impugnados judicialmente (...)**”.¹³²

La misma naturaleza del silencio administrativo producido por la no atención de la Administración, dentro del término fijado por ley, de los reclamos, solicitudes o pedidos presentados por los administrados, dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, nos conduce a compartir el criterio del tratadista, de que no procede el reclamo del silencio administrativo en los actos normativos que producen efectos jurídicos generales.

¹³² PAREJA ANDRADE Armando, Doctrina SB-2000-001 El Silencio Administrativo, 2000, Quito.

6.5.2. PLAZOS O TÉRMINOS VIGENTES

Tampoco podría invocarse el silencio administrativos en aquellos petitorios para cuya resolución se encuentra decurriendo el término o plazo fijado para el efecto por normas legales expresas.

Veamos un caso concreto:

El Art. 158 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ordena: *“El liquidador dispondrá que se publiquen avisos en un diario de circulación nacional, para que toda persona natural o jurídica, arrendataria de cajas de seguridad, bóveda o cofre o propietaria de cualquier bien o valor dejado en custodia o cobranza en poder de la institución financiera, recoja sus bienes en un período no mayor de sesenta días a partir de la fecha del aviso”.*

Por esta disposición legal expresa, únicamente transcurridos los sesenta días mencionados, la Superintendencia puede autorizar la apertura de la caja de seguridad, bóveda o cofre que haya arrendado una persona natural o jurídica en la institución financiera, y si no lo hace, el que se crea perjudicado puede invocar el silencio administrativo positivo, y no antes.

6.5.3. RECLAMO, PEDIDO O SOLICITUD INCOMPLETOS

Vimos por ejemplo, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, como en su Art., 108 se determinan los requisitos que deben reunir todo recurso o reclamo: serán presentados por escrito, se determinará la autoridad y órgano ante el cual se lo formula, se pondrá con claridad el nombre y apellido del compareciente, se hará constar el número de la cédula de identidad si lo hace a nombre personal o la justificación suficiente si lo hace a nombre de terceros, la determinación de su domicilio

permanente y el de notificaciones futuras que será el casillero judicial del abogado que le patrocina, la mención del acto administrativo objeto del reclamo y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, la pretensión concreta que formula, y la firma del compareciente y de su abogado que le patrocina.

En la recepción de documentos de la oficina administrativa, al momento de la entrega del reclamo, debe hacerse una revisión para comprobar si la solicitud reúne los requisitos, pues el término para su atención, únicamente correrá a partir de la fecha en que el pedido cumpla los requisitos mencionados, y otros que en algunas dependencias se requiere, como papeleta de la última votación; recibo de pago del último mes de luz eléctrica, agua potable o luz, para verificar su domicilio, etc.

En otras instituciones, como en la Superintendencia de Bancos y Seguros, para atender estas peticiones, solicitudes o reclamos, por disposición de Ley o Reglamento, obligan el cumplimiento de trámites y requisitos que deben ser complementados por el administrado, para que se inicie el trámite.

Veamos un caso en concreto:

Entre las normas para la aplicación del Recurso de Revisión de las sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, que pueden ser revisadas por la Junta Bancaria, el recurrente dirigirá su petición al Superintendente de Bancos y Seguros o su delegado, dentro del término de ocho días contados desde la fecha de notificación y contendrá entre otros documentos, la copia certificada del comprobante de depósito bancario de la sanción pecuniaria que se reclama: primero cumple la sanción y luego reclama.

Si la reclamación no fuere clara o no reuniere los requisitos establecidos en el Art. 1, Sección I, Capítulo I, Subtítulo II, Sección V, Título X de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, el Superintendente o su delegado dispondrá por escrito que se aclare o complete en el plazo de ocho días, y de no hacerlo se tendrá por no presentado el reclamo.

De manera que mientras no se cumplan estos trámites y requisitos, no procede invocar el silencio administrativo.

CAPITULO VII

TRABAJO DE CAMPO CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

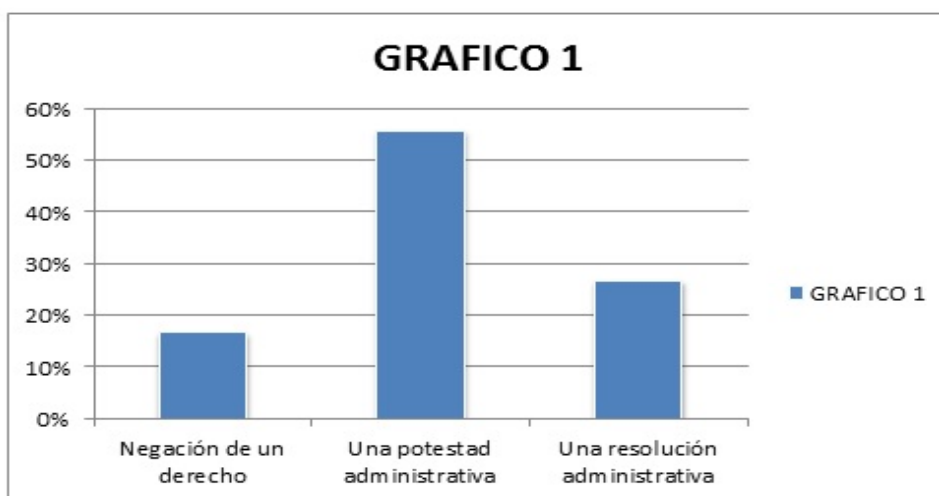
7.1. TRABAJO DE CAMPO

ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

Una forma práctica de examinar la realidad social investigada, es acudiendo a las fuentes mismas del problema, es por esta razón, que, a fin de sustentar adecuadamente la propuesta de reforma que sugiero al final del presente trabajo investigativo, me propuse la aplicación de treinta encuestas a abogados en libre ejercicio y a estudiantes de la Carrera de Derecho.

Primera Pregunta: ¿Conoce usted en qué consiste el silencio administrativo?

INDICADORES	F	%
Negación de un derecho	5	17%
Una potestad administrativa	17	56%
Una resolución administrativa	8	27%
Total	30	100%



Diecisiete encuestados que representan el 56%, respondieron que según su conocimiento el silencio administrativo es una potestad administrativa.

Cinco personas que corresponden al 17%, contestaron que el silencio administrativo es la negación de un derecho.

Las ocho personas restantes, que representan el 27% opinan que es una mera resolución administrativa.

Por ello es válido opinar que la mayoría asegura que el silencio administrativo es una potestad administrativa, a favor de los administrados, en la que se acepta tácitamente un reclamo, solicitud o petición.

En lo personal, considero que el silencio de la administración es una potestad administrativa que se acepta tácitamente, por no contar con la oportuna respuesta que el funcionario público debe proporcionarle al administrado, por ende no puede ser la negación de un derecho, porque el silencio administrativo en el Ecuador es de efecto positivo, ni tampoco puede ser una resolución administrativa, por cuanto esta no se ha pronunciado en el término que establece la Ley.

Segunda Pregunta: ¿Considera usted que el silencio administrativo, en la legislación ecuatoriana, es una figura jurídica efectiva?

INDICADORES	F	%
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%



Veinticuatro personas que equivalen al 80% opinan que el silencio administrativo en el Ecuador no es una figura jurídica efectiva, debido a los múltiples problemas que se suscitan al momento de querer hacer esta garantía efectiva, por cuanto en las instituciones del Estado demoran el proceso hasta el punto de hacer perder tiempo y dinero a los administrados; y, también porque no aceptan que han sido negligentes al no dar oportuna respuesta a una petición, tal y como lo dispone la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numeral 23.

Seis encuestados que representan el 20% consideran que si es una figura jurídica efectiva por cuanto cumple su función de aceptar peticiones de los administrados en los casos que señala el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, además de garantizar que los funcionarios y empleados públicos

no incurran en negligencia e inoperancia, por cuanto ello acarrea una sanción, la misma que se encuentra establecida en el Art. 212 del Código Penal Ecuatoriano.

Es obvio afirmar que la mayoría coincide en que el silencio administrativo no es eficaz, debido a que no se encuentra regulado de manera que permita acceder a él como un derecho autónomo que tiene todo ciudadano, según lo que establece la Constitución y demás leyes relacionadas con el tema.

Conuerdo con lo que opina la mayoría, por cuanto el silencio administrativo en la actualidad no representa una figura jurídica eficaz, por cuanto no se haya regulada como debería para su adecuada aplicación.

Tercera Pregunta: ¿Conoce usted el procedimiento que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado establece para que el silencio administrativo se haga efectivo?

INDICADORES	F	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%



Veinticinco encuestados que representan el 83% respondieron que si conocen el procedimiento que la Ley de Modernización del Estado establece para que el

silencio administrativo se pueda hacer efectivo.

En cambio cinco personas que representan el 17% restante contestaron que no conocen dicho procedimiento, debido a que nunca lo han utilizado.

La mayoría de los encuestados son abogados de nuestra ciudad, por ende afirman conocer dicho procedimiento, a pesar de que casi todos manifestaron que resulta muy difícil aplicar el efecto positivo del silencio administrativo, debido a que las autoridades siempre recurren a la vía judicial para justificar su demora y no permiten que lo que determina la Ley de Modernización del Estado se cumpla.

Considero que dicho procedimiento en realidad no existe, por cuanto como ya lo he señalado anteriormente, la Ley de Modernización del Estado presenta algunos vacíos al momento de ejecutar el silencio administrativo y por ende lo que en realidad tienen conocimiento los abogados y entendidos de la materia es del contenido del Art. 28 del mencionado cuerpo legal, el mismo que establece que el silencio de la administración tiene un efecto positivo, las pautas para hacer efectivo dicha figura jurídica, la misma que se encuentra regulada de manera superficial; y, la sanción que deberán cumplir los funcionarios que incumplen con su obligación de proporcionar oportuna respuesta.

Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que el silencio administrativo es la respuesta a la falta de oportuna respuesta por parte de la administración, que según la Constitución Política del Ecuador, está obligada a proporcionar?

INDICADORES	F	%
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%



Veinticuatro encuestados, que representan el 80% opinan que el silencio administrativo si es la respuesta a la falta de oportuno pronunciamiento por parte de la Administración, siempre y cuando se reforme la Ley, creando un procedimiento que permita su eficacia y debida aplicación.

En cambio seis individuos que representan el 20% consideran que el silencio administrativo no es la respuesta a la falta de oportuno pronunciamiento por parte de los funcionarios públicos, por cuanto esta garantía no es efectiva porque el administrado pocas veces denuncia o hace conocer estos hechos por miedo o por la inseguridad jurídica que existe actualmente en el país, al

no creer que por vía administrativa les puedan conceder su petición o solicitud.

Así como lo afirman casi la totalidad de los encuestados, concuerdo con ellos en que el silencio administrativo es una herramienta que sirve para combatir el incumplimiento de la Ley por parte de los funcionarios, al no proporcionar oportuna respuesta a los administrados, pero esta cumplirá su función a cabalidad siempre y cuando se reforme su procedimiento para facilitar su ejecución.

Quinta Pregunta: ¿Cuál sería el procedimiento que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado debería contemplar para que el silencio administrativo sea una verdadera herramienta a favor del administrado?

INDICADORES	F	%
CREANDO NORMAS	10	33%
REFORMANDO LA LEY	4	13%
CREANDO PROCEDIMIENTO	16	54%
Total	30	100%



De las treinta personas encuestadas, dieciséis de ellas que significan el 54% consideran que el procedimiento más efectivo para que el silencio de la administración sea una herramienta a favor del administrado es creando normas que regulen el procedimiento.

En cambio diez sujetos que equivalen al 33% opinan que la mejor forma de regular el procedimiento del silencio de la administración es reformando la ley.

Mientras que cuatro individuos que representan el 13% restante creen que la solución se obtendría creando una ley especial que norme el procedimiento.

Resulta claro que la mejor forma de aplicar el silencio administrativo sería a través de la incorporación de un procedimiento específico para la aplicación del silencio administrativo, ya que daría todas las pautas necesarias para que tanto el administrado como el funcionario público puedan seguir para emplear dicha garantía, ya que no todos los reclamos, solicitudes y peticiones pueden acceder al silencio administrativo, sino solo aquellas que se encuentren dentro de lo estipulado en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Sexta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución de la República del Ecuador, las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

INDICADORES	F	%
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%



Dieciocho personas encuestadas, que representan el 60% consideran que si se debe reformarla Constitución de la República del Ecuador, así como también las leyes administrativas que se relacionan con la aplicación del silencio administrativo, debido a que, en primer lugar, toda garantía debe estar contemplada en la máxima ley de un país, en nuestro caso, en la Constitución y con ello se deben reformar las leyes administrativas para que el silencio administrativo pueda cumplir la función para la cual fue creada, es decir para garantizar a los administrados una oportuna respuesta en el caso de que los funcionarios públicos no determinen una resolución en el tiempo que estipula la ley.

Por otra parte, doce sujetos que representan el 40% opinan que no es necesaria una reforma constitucional ni de las leyes administrativas, ya que el silencio de la administración ya se encuentra regulado en dichos cuerpos legales.

Es evidente que si es necesaria una reforma Constitucional y también de las leyes administrativas que se relacionan con el presente tema, para que los administrados puedan recurrir a una figura jurídica más eficaz.

ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Con la finalidad de complementar mi trabajo investigativo en la necesidad de reformar la Constitución Política de la República del Ecuador y el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, para crear un procedimiento que permita la aplicación práctica del silencio administrativo, me propuse la realización de cinco entrevistas a distintos jurisperitos y jueces de nuestra ciudad.

A continuación el formulario de la entrevista y los resultados obtenidos en la misma.

La entrevista fue realizada a un Abogado en Libre Ejercicio de la ciudad de Laja.

A la Primera Pregunta: La legislación ecuatoriana contempla el silencio administrativo positivo, lo cual quiere decir que si un reclamo, petición o solicitud no ha sido resuelto en el tiempo que la ley estipula este se entiende como aceptado, sin embargo ¿cree usted que esta figura jurídica es eficaz al momento de aplicarse?

Considero que no es eficaz, por cuanto su aplicación presenta muchos problemas, debido a que no existe un procedimiento o una guía que permita deducir en qué momento se empiezan a contar los quince días que estipula la Ley de Modernización del Estado, o cualquier otra ley que de paso a la ejecución del silencio administrativo.

A la Segunda Pregunta: ¿Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de querer hacer efectivo el silencio administrativo?

El principal inconveniente es que las instituciones públicas no llevan un orden , es decir, no conceden fe de presentación, por ejemplo y con ello es difícil por no decir imposible, establecer el vencimiento del plazo que señala la ley antes citada, u otras leyes que establezcan un plazo mayor. Esto quiere decir que el Estado no garantiza el derecho de petición y oportuna respuesta, porque en muchos de los casos esa contestación que se precisa nunca llega.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el procedimiento que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, proporciona a los administrados seguridad y eficacia al momento de aplicarse?

Diría que no, por lo que ya mencioné anteriormente, por la falta de un mecanismo que asegure al administrado la ejecución del silencio administrativo sin tener que recurrir a los trámites largos y en ocasiones costosos de la vía judicial, tomando en cuenta desde luego, que la petición o solicitud esté enmarcada dentro de los parámetros que dispone la ley, porque tampoco se puede establecer el efecto positivo del silencio de la administración si está no se ajusta a lo determinado en las mismas.

A la Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución Política del Estado y las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

Creo conveniente una reforma a la Constitución, en primer lugar, porque de ella debe emanar toda garantía y todo derecho que tenemos los ecuatorianos y consecuentemente, resultaría eminente una reforma a las leyes administrativas que permitan no mejorar, sino la creación en su totalidad de un procedimiento que permita la aplicación práctica del silencio administrativo.

Concuerdo con el entrevistado, especialmente, en lo que concierne a que los funcionarios públicos no llevan un orden en lo que respecta a la fe de presentación, ya que este es el principal obstáculo que se debe superar para que el silencio administrativo se pueda aplicar a cabalidad, por ende resulta imperativo una reforma legal, que parta de la Constitución Política de la República del Ecuador, para que se incorpore un mecanismo para su adecuada ejecución.

Entrevista realizada a un Abogado en Libre Ejercicio de la ciudad de Loja.

A la Primera Pregunta: La legislación ecuatoriana contempla el silencio administrativo positivo, lo cual quiere decir que si un reclamo, petición o solicitud no ha sido resuelto en el tiempo que la ley estipula este se entiende como aceptado, sin embargo ¿cree usted que esta figura jurídica es eficaz al momento de aplicarse?

Me parece que no porque el silencio administrativo es una garantía que, según la doctrina y el derecho comparado, se debería ejecutar en el acto sin

mayor solemnidad, cosa que en la práctica no sucede y por ende sería un absurdo pensar que bajo estos términos dicha figura jurídica es eficaz.

A la Segunda Pregunta: ¿Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de querer hacer efectivo el silencio administrativo?

Pues creo que existen algunos, o mejor dicho la aplicación del silencio administrativo en si es el mayor de los problemas, ya que las instituciones públicas no están cumpliendo con el mandato constitucional que señala que toda persona debe o tiene el derecho de presentar quejas y con ello obtener oportuna respuesta por parte de dicha institución.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el procedimiento que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, proporciona a los administrados seguridad y eficacia al momento de aplicarse?

No creo que sea eficaz porque en realidad no existe ningún procedimiento, más bien los legisladores han establecido de manera superficial una especie de guía pero que al momento de aplicarse resulta insuficiente porque no proporciona el lineamiento adecuado para su aplicación.

A la Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución Política del Estado y las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

Por supuesto que sí porque todo cambio trascendental que represente las garantías de los ecuatorianos debe partir de la Constitución, con ello resulta necesaria una reforma a las leyes administrativas, especialmente la Ley de Modernización del Estado que es la que regula la aplicación del silencio administrativo y con ello cabe proponer un procedimiento que permita que el silencio administrativo, no solo esté contemplado en la Constitución, sino también que sea efectivo y ágil al momento de aplicarse.

Coincido con las respuestas del entrevistado, ya que los funcionarios públicos efectivamente están incumpliendo con el mandato constitucional de oportuna respuesta, así como también opino que no existe un procedimiento que permita que el silencio de la administración sea ágil y efectivo.

Entrevista realizada al Señor Juez Sexto de lo Civil de Loja.

A la Primera Pregunta: La legislación ecuatoriana contempla el silencio administrativo positivo, lo cual quiere decir que si un reclamo, petición o solicitud no ha sido resuelto en el tiempo que la ley estipula este se entiende como aceptado, sin embargo ¿cree usted que esta figura jurídica es eficaz al momento de aplicarse?

Yo considero que no es eficaz la figura jurídica del silencio administrativo por cuanto en primer lugar para que se cumpla con eso tiene que pasar un lapso de 20 días parece que es el término, de 20 días que no se le da las solemnidades legítimas para que pueda empezar a contarse ese término, ya que muchas veces en las administraciones públicas no ponen ni una fe de recibido ni una fe de presentación, salvo que se trate de un proceso judicial en el que obviamente no procede el silencio administrativo, en todas las demás peticiones que se entreguen en instituciones públicas se pone a lápiz,

se pone a esfero y no hay un secretario que pueda dar fe de esa presentación, es el primer problema y por lo tanto se torna ineficaz.

A la Segunda Pregunta: ¿Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de querer hacer efectivo el silencio administrativo?

Parece que ya está contestada en lo que ya dije anteriormente, que es uno de los problemas. Otro problema principal es el desconocimiento de las autoridades que ejercen la administración pública de los actos administrativos, de la eficacia de los actos y así mismo de las omisiones administrativas que significa el silencio de la administración, porque doctrinariamente tenemos que distinguir lo que es el acto administrativo, la omisión administrativa y el silencio de la administración, que son tres figuras que puede usted investigar o que puede contemplar en su investigación para que sea más efectiva la propuesta que realice usted.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el procedimiento que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, proporciona a los administrados seguridad y eficacia al momento de aplicarse?

El procedimiento que contempla la Ley de Modernización a los administrados no le da ningún tipo de seguridad jurídica por cuanto no es claro y no permite aplicarse. No se establece un determinado procedimiento de cómo hacer efectivo, sino simplemente implica de que si una petición no se tramita o no le contestan absolutamente nada se la da como en beneficio del administrado, pero ahora si esa petición va en contra de la ley, va en

contra de los fines de la institución tampoco podría hacerse efectivo, por más silencio administrativo que hubiera ocurrido.

A la Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución de la República del Ecuador y las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

Yo pienso que debería reformarse la Constitución, principalmente la Ley de Modernización, en la actualidad porque todavía no tenemos claro, pero también la Constitución a fin de, no de mejorar el procedimiento como usted propone, sino más bien de crear un nuevo procedimiento dentro no de la Ley de Modernización del Estado, sino de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que puedan hacerse efectivo ante los jueces de primera instancia, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo esa garantía del silencio de la administración.

Me parece muy relevantes las respuestas del entrevistado, excepto en lo que corresponde a reformar la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto mi trabajo investigativo está orientado a proporcionar un procedimiento para la ejecución del silencio administrativo, que sea eficaz y que descongestione la función judicial, para que dicha figura jurídica sea más rápida y de aplicación práctica.

Entrevista realizada al Auxiliar del Tribunal Primero de lo Penal de Loja

A la Primera Pregunta: La legislación ecuatoriana contempla el silencio administrativo positivo, lo cual quiere decir que si un reclamo, petición o solicitud no ha sido resuelto en el tiempo que la ley estipula este se

entiende como aceptado, sin embargo ¿cree usted que esta figura jurídica es eficaz al momento de aplicarse?

No es eficaz porque no existe un procedimiento que permita la aplicación del silencio administrativo, y si no existe procedimiento no se puede emplear la misma porque tendría que recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal y eso representa pérdida de tiempo y dinero.

A la Segunda Pregunta: ¿Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de querer hacer efectivo el silencio administrativo?

Pues como ya lo señale, yo creo que pérdida de tiempo y dinero, porque para que el silencio administrativo surta el efecto positivo, mínimo tienen que transcurrir 2 años, a partir de que el Tribunal de lo Contencioso o el Tribunal de lo Fiscal avoque conocimiento hasta que la Sala Especializada resuelva algo al respecto, porque en la mayoría de los casos, por no decir en todos, la institución que incurre en la falta de oportuna respuesta, interpone recurso de casación.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el procedimiento que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, proporciona a los administrados seguridad y eficacia al momento de aplicarse?

La verdad no porque no existe tal procedimiento, por ello es necesaria una reforma que contemple un procedimiento que permita que los administrados puedan contar con una garantía que parta de la Constitución para que tenga mayor fuerza al momento de aplicarse.

A la Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución y las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

Creo que ya está contestada la pregunta, pero por supuesto que sí, ya que según la jerarquía de las leyes en nuestro país, la Constitución del Estado es la primera por así decirlo y por ello debe reformarse para que la garantía del silencio administrativo parta de la Ley Suprema y con ello tenga mayor importancia para que los funcionarios públicos, dejen de incumplir con sus obligaciones.

En lo que respecta al cuarto entrevistado, lo más relevante de sus respuestas se puede apreciar en que afirma que el silencio administrativo, en vez de ser una herramienta para el administrado, constituye una pérdida de tiempo y dinero, por cuanto, una vez que se recurre a la vía judicial, el proceso puede demorar hasta 2 años para que sea resuelto. Estoy de acuerdo, ya que en la actualidad son muchos los casos en los que inclusive el administrado ha perdido el interés, debido al trámite largo y engorroso que debe seguir para que su petición, solicitud o reclamo sean atendidos.

La entrevista fue realizada a un Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

A la Primera Pregunta: La legislación ecuatoriana contempla el silencio administrativo positivo, lo cual quiere decir que si un reclamo, petición o solicitud no ha sido resuelto en el tiempo que la ley estipula este se entiende como aceptado, sin embargo ¿cree usted que esta figura jurídica es eficaz al momento de aplicarse?

Considero que no es eficaz al momento de aplicarse por cuanto las trabas administrativas existentes al momento de aplicarlas retardan las peticiones presentadas y a la larga no se cumple con lo solicitado sino que transcurre el tiempo no ejecutándose lo solicitado.

A la Segunda Pregunta: ¿Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de querer hacer efectivo el silencio administrativo?

Que a pesar de lo establecido en la norma legal no se cumple con la norma al no emitir luego del término establecido para entregar una contestación a lo solicitado la respectiva certificación emitida por la misma institución con la finalidad de que se entienda aceptada la petición o solicitud.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted que el procedimiento que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, proporciona a los administrados seguridad y eficacia al momento de aplicarse?

No por cuanto la ley se ha constituido en simple letra muerta que no cumple con su función de posibilitar una mejor convivencia de las personas en la sociedad, además al momento de aplicarla existen retardos y obstáculos administrativos para su eficaz cumplimiento lo que si ocasiona inseguridad jurídica además por su no aplicación.

A la Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que se debería reformar la Constitución y las leyes administrativas a fin de mejorar el procedimiento del silencio administrativo?

La Constitución en tanto y cuanto posibilite incorporar una norma legal capaz de sancionar a las autoridades que no emitan oportunamente lo solicitado por el peticionario y de esta forma exista un mejor trato para las personas que deseen plantear las peticiones. De igual forma se deberá reformar las leyes administrativas en relación a la norma constitucional.

Concuerdo con el último entrevistado, en lo que respecta a que el silencio administrativo no es eficaz por todas las trabas a las que recurren los funcionarios públicos a para retardar el proceso y con ello pretenden justificar que no han incumplido con su deber de conocer y resolver sobre reclamos, peticiones o solicitudes de los administrados, en el término que la Ley establece.

ESTUDIO DE CASOS

A pesar de lo manifestado anteriormente, me parece necesario recalcar mis aseveraciones con la jurisprudencia que al respecto existe en nuestro país, para con ello analizar cuando y de qué manera procede el silencio administrativo, ya que la jurisprudencia, como fuente indiscutible del Derecho; es, en ciertos casos, la más adecuada para suplir los vacíos jurídicos que surgen en torno a este problema.

JURISPRUDENCIA-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRIMER CASO

JUICIO No. 328-2003

RESOLUCIÓN No. 297-04 (EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO)

Juicio de impugnación propuesto por Oswaldo Bustamante Medina y otros contra el Director General de Aviación Civil y otros.

SINTESIS:

" ... conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley el reconocimiento de la existencia del silencio administrativo de la institución demandada se evidencia al expresar en su escrito de contestación a la demanda que ha otorgado respuestas debidas sobre lo que se le ha requerido, en los casos que le corresponde o sobre los que tiene potestad, negándose, en cambio, a responder la reclamación del accionante (...) esta Sala atentos los antecedentes fácticos y legales que obran del proceso, estima que ciertamente si operó el silencio administrativo

a favor del accionante. Vale la pena recalcar que la doctrina reconoce dos clases de procesos: el de cognición dirigido a obtener certidumbre jurídica respecto de una especial situación fáctico -jurídico para establecer la existencia del derecho y declararlo; y, el de ejecución tendiente a obtener el cumplimiento práctico del derecho, que si bien es de esa naturaleza, no se confunde con el proceso ejecutivo, reglado en el Código de Procedimiento Civil el cual es una especie de aquel. En la especie, corresponde resolver al Tribunal la aplicación y ejecución del derecho emanado del silencio administrativo positivo, pues, como queda dicho en el caso corresponde la ejecución y no el conocimiento; advirtiéndose, por tanto, que conforme se analiza la acción es de ejecución y no el conocimiento de donde fluye sin esfuerzo que no ha lugar al recurso de casación tanto más si el derecho del actor se halla establecido legalmente esto es: existe el Decreto Supremo con fuerza de Ley que ordena la expropiación, la debe ejecutarla, mediante el debido proceso la DAC (Dirección General de Aviación Civil) y dentro del ámbito establecido, precisamente, en el mencionado Decreto Supremo. Preciso es reiterar que la Institución del silencio administrativo es fundamental en este derecho especializado, derecho mediante el cual el legislador precisamente, con el propósito de evitar que con el silencio de la administración se imposibilite indefinidamente la presentación de la acción jurisdiccional correspondiente del que se crea afectado en su derecho; silencio que de conformidad con el Artículo 31 letra c) inciso segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenía efecto negativo cuando transcurrían más de treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo haya dejado de pronunciarse; efecto este que de negativo se transformó en positivo desde el 31 de diciembre de 1993 en que se dictó la Ley de Modernización del Estado, cuyo artículo 28 consagra dicha reforma; disposición legal en concordancia con el entonces vigente artículo 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) que señala: "En los procedimientos de los

órganos y entidades sometidas al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo, para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de sesenta día contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.-En caso de una petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer". El plazo de 60 días que tenía la DAC (Dirección General de Aviación Civil) para dar contestación a la petición de expropiación de 8 de febrero de 2002, venció el 9 de abril de 2002; en tanto que el término de 90 días para presentar la demanda, desde que operó el silencio administrativo el 15 de agosto de 2002, por lo que la demanda deducida en la presente causa de encuentra dentro del término previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo".

El presente caso, versa sobre un recurso contencioso administrativo presentado por Oswaldo Bustamante Medina y otros, en contra de Edmundo Baquero Madera, Coronel de Estado Mayor de Aviación, en su calidad de Representante Legal de la Dirección General de Aviación Civil , mediante demanda en la que dice que en el año 1972 se expidió el Decreto Supremo 1353 publicado en el Registro Oficial 193 del 28 de noviembre de 1972 que declaró de utilidad pública 7'943.940 metros cuadrados de superficie y ordenó que las expropiaciones se hagan de manera urgente, lo que no se ha cumplido por parte de la DAC (Dirección General de Aviación Civil). En la parte pertinente del fallo que emite el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo señala"... NOVENO: El Art. 6 reformado de la Ley de Aviación Civil señala que la Dirección General de Aviación Civil es una entidad de derecho público, con personería jurídica y fondos propios y como tal, al contestar la demanda, a foja 40, a pesar de las excepciones que

formula, hace conocer una especie de allanamiento a la demanda, cuando textualmente dice: " ... LA INSTITUCIÓN NUNCA HA NEGADO EL DERECHO PRETENDIDO POR EL ACTOR .. "; "... e igualmente existe un tácito reconocimiento a la existencia del silencio administrativo que invoca el accionante en su demanda, cuando en su escrito de contestación a ella hace conocer que esa entidad ha otorgado respuestas debidas sobre lo que se le ha requerido ... , en los casos que le corresponde o, sobre los que tiene potestad, negándose a responder dentro de los términos de ley la reclamación del accionante, pretextando que el Ministerio de Defensa Nacional ante quien debe ventilarse tal reclamación, lo que el Tribunal considera que no es así. DÉCIMO: A fs. 2, 3 Y 4 existen escritos del actor que contienen la petición al demandado, para que en mérito de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado responda al requerimiento para que esa entidad cumpla con la expropiación dispuesta en el Decreto Supremo 1353 del 28 de noviembre de 1972 e igualmente constancia del vencimiento del término de los quince días que señala la Ley de Modernización del Estado como de los sesenta que indica el artículo 127 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para que se de respuestas a esas peticiones. DÉCIMO PRIMERO: No existe constancia procesal de que la entidad demandada haya respondido los requerimientos del accionante, en los términos de ley, por lo que es indudable que se operó el silencio administrativo invocado por el actor, instituyéndose con ello un derecho al reclamante que como consecuencia trae, que lo que corresponde resolver al Tribunal es la aplicación y ejecución de tal derecho, pues establecido esta por la doctrina y la jurisprudencia que al silencio administrativo correspondía un juicio de ejecución y no de conocimiento".¹³³ Con ello culmina la parte explicativa del fallo y a continuación declara ha lugar la demanda y dispone que el Director General

¹³³GACETA JUDICIAL. Septiembre – Diciembre 2004. Resolución Nro. 297 – 04

de Aviación Civil, en los treinta días siguientes a la ejecución de la sentencia demande la expropiación de los inmuebles en cuestión, según lo que se refiere al Decreto Supremo No. 1353, publicado en el Registro Oficial No. 193 del 28 de noviembre de 1972. Seguidamente, se interpone Recurso de Casación, por lo que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 10 de noviembre del 2004 resuelve lo siguiente: "QUINTO: Sin perjuicio de lo antes señalado conviene anotar que en el proceso de ejecución del derecho adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo las dos circunstancias que se debe establecer en dicho proceso son la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente para dejar sin efecto el acto impugnado y si lo aprobado por el silencio administrativo se halla afectado por nulidad insubsanable, asuntos ambos que son de puro derecho, por lo que el trámite de ejecución no debe tener prueba. Consiguientemente, si se alega alguno de estos asuntos hay lugar a que se conceda, únicamente respecto de ellos, el recurso de casación. En el caso, el recurso presentado por la Dirección de Aviación Civil sostiene que la DAC, en virtud de lo dispuesto en la Ley Trole 11 que modificó el Art. 6 la Ley de Aviación Civil, dejó de ser competente para proceder a dar cumplimiento al Decreto Supremo que ordena se proceda a la expropiación de los terrenos para ampliación del Aeropuerto de Manta. En consecuencia, únicamente sobre este aspecto debe la Sala pronunciarse pues su contenido atañe a la competencia que debe tener la autoridad a la que dirigió el petitorio inicial. Examinado el texto del Art. 6 de la Ley de Aviación Civil, en relación con el texto que tenía el mismo antes de la modificación efectuada por la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, ocurre que tal reforma se constriñó únicamente a disponer que en el mentado artículo de la Ley de Aviación Civil se reemplace la frase "adscrita al Ministerio de Defensa Nacional", por la de "adscrita a la Presidencia de la República", conforme expresamente dispone el Art. 75 de la Ley Trole 11.

Ahora bien, la adscripción de un órgano de la administración únicamente se refiere a la facultad de control de tutelar que respecto de ese órgano ejercer la organización administrativa central, más tal cambio de adscripción de manera alguna afecta a las competencias propias de la entidad adscrita, por lo que de manera alguna tal cambio de adscripción demuestra que se dirigió la petición inicial a una autoridad incompetente. Y en cuanto al decreto ejecutivo mediante el cual se cambió de destino los bienes públicos de la Dirección de Aviación Civil al Ministerio de Defensa Nacional, este que se dictó con posterioridad a la iniciación de la acción en nada puede afectar a esta, tanto más que por su linaje jurídico, un Decreto Ejecutivo no puede modificar una norma legal. Por las consideraciones que anteceden y sin que sea necesario entrar a considerar otras situaciones. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechazan los recursos de casación interpuestos por el Dr. Adriano Giler Vásquez, por los derechos que representa de la Procuraduría General del Estado y por el Comandante Piloto Rafael Fierro en su calidad de Director General de Aviación Civil .. ,¹³⁴

COMENTARIO

Este fallo nos permite establecer que es indispensable en primer lugar dirigir la petición, reclamo o solicitud a una autoridad competente, ya que resulta absurdo por ejemplo solicitar se autorice la creación de un centro educativo al Ministerio de Obras Públicas, cuando la autoridad o la entidad competente es el Ministerio de Educación. También es importante destacar que el fallo habla sobre la jerarquía de las leyes, debido a que un Decreto, cualesquiera que sea su naturaleza, es jerárquicamente inferior a una ley, en este caso la Ley Trole II. Con todo

¹³⁴Texto citado

lo expuesto, he llegado a la deducción de que el silencio administrativo es un derecho autónomo de los ecuatorianos, y que, en el caso analizado se puede enfatizar lo siguiente: la institución tácitamente aceptó la procedencia del silencio administrativo al establecer que "... la institución nunca ha negado el derecho pretendido por el actor. .. ", según lo expuesto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Portoviejo; así mismo, que no existe prueba de que la institución haya respondido los requerimientos del actor en el término que establece la ley, que según lo que determina la doctrina y la jurisprudencia correspondía un juicio de ejecución y no de conocimiento; y, es por estas consideraciones que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo acepta la demanda propuesta por el actor Oswaldo Bustamante Medina y la Sala de lo Contencioso Administrativo desecha el recurso de casación propuesto por el Dr. Adriano Giler Vásquez, en su calidad de Director Distrital encargado de la Procuraduría General del Estado de Manabí y el Comandante Piloto Rafael Dávila Fierro, como Director General de la Dirección de Aviación Civil, por improcedente y fuera de lo señalado por la ley.

SFGUNDO CASO

JUICIO No. 103-2006

Juicio de impugnación propuesto por la Cía. Ecuatoriana de Productos Químicos C.A., contra el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL. Quito, 13 de septiembre del 2006; las 14h30. VISTOS: El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana el 4 de agosto del 2005, deduce recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 12 de julio del mismo año, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación 4572-1589-03 seguido por Antonio Seiler Zerega, representante legal de Ecuatoriana de Productos Químicos C.A., EQUAQUIMICA. Concedido el recurso, no lo ha contestado la empresa actora. Pedidos los autos para resolver, se considera: PRIMERO: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de conformidad con lo previsto en el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO: La autoridad tributaria demandada fundamenta su recurso en las causales cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación y alega que en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República; 277, 278 Y 280 del Código de Procedimiento Civil y 288 inciso segundo del Código Tributario. Manifiesta la recurrente que la sentencia expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil carece de toda motivación, y que ha omitido resolver los puntos sobre los que se trabó la litis, excediéndose al mismo tiempo de sus atribuciones para resolver lo que no constaba en la demanda. TERCERO: A fs. 300 y vta., de los autos consta que la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil reconoció que se ha producido la aceptación tácita de la reclamación

administrativa 028-13-09-02-0702, por haber transcurrido en exceso los treinta días que prevé el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas como término para resolver los reclamos administrativos presentados en materia aduanera. Esta Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de triple reiteración que constituye precedente jurisprudencial obligatorio de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Casación, ha considerado que el silencio administrativo es asunto que atañe al orden y al derecho público, por lo que se debe declarar de oficio. No cabe por tanto sostener que al haber declarado que se ha producido la aceptación tácita del reclamo administrativo presentado por la empresa actora, la Sala juzgadora ha excedido el ámbito de su competencia. Cabe recordar que en uso de la facultad contenida en el Art. 273 del Código Tributario, que faculta al Juez Tributario a decidir los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal podía, como en efecto lo hizo, revisar la legalidad de lo actuado por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, y reconocer que se ha producido el silencio administrativo positivo. En mérito de las consideraciones expuestas, y por cuanto la sentencia recurrida no ha violado ninguna de las disposiciones aludidas por la Autoridad Tributaria recurrente, esta Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desecha el recurso interpuesto. Sin costas. Notifíquese. Publíquese. Devuélvase.

f) Dres. José Vicente Troya Jaramillo, Jorge Eduardo Jaramillo Vega y Hugo Larrea Romero, Ministros Jueces.

COMENTARIO

cabe señalar que el silencio de la administración no solo se da en materia administrativa, como lo he analizado hasta este momento, ya que, como la presente causa, existen casos de falta de oportuna respuesta por parte de otras instituciones públicas que se rigen por lo establecido en otras leyes orgánicas, tal es el caso de la materia aduanera.

Otro caso de jurisprudencia lo encontramos en un proceso que fue ventilado en la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el mismo que versa sobre un juicio de impugnación que sigue la Cía. Ecuatoriana de Productos Químicos C.A. contra el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en la cual la mencionada Sala resuelve ratificar todo lo actuado por el Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 2 de Guayaquil y con ello desecha el recurso interpuesto por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana por no haber cumplido con lo establecido en la ley, es decir, por no haber proporcionado oportuna respuesta en el término que señala el Art. 77 la Ley Orgánica de Aduanas, el cual determina que los reclamos administrativos deben ser resueltos en un término de treinta días; y con ello la autoridad que no emitió un pronunciamiento, sin duda alguna, dio paso a la aceptación tácita de la reclamación mediante silencio administrativo, tal como 'lo manifiesta no solo la Ley de Modernización del Estado, sino también la misma ley de la materia, es decir la Ley Orgánica de Aduanas, que acoge el efecto positivo del silencio de la administración, y con ello se comprueba una vez más que, los funcionarios públicos efectivamente infringen con su obligación de conocer y resolver sobre asuntos que son presentados por los administrados.

TERCER CASO

"JUICIO No. 30-97

ACTOR: Constructora Carvallo

DEMANDADO: Director General del Servicio de Rentas Internas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-

SALA ESPECIALIZADA DE LO FISCAL.-

Quito, 5 de marzo de 1999.-Las 09h00. VISTOS: Los Procuradores del Director General de Rentas doctores Marco Tobar Solano y Milton Muñoz Serrano el 16 de abril de 1997 propone recurso de casación en contra de la sentencia expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3 con sede en Cuenca el 9 de los propios mes y año, dentro del juicio de impugnación 1496 propuesto por CONSTRUCTORA CARVALLO A.Z. CIA. LTADA, en contra del Director General de rentas. Esta Sala mediante auto de 9 de junio de 1998 aceptó el recurso de hecho interpuesto por los mencionados Procuradores, y en consecuencia el de casación que había sido denegado por el Tribunal Distrital, y dispuso correr traslado a la Empresa con el escrito que contiene el recurso, al tenor del Art. 11 de la Ley de Casación. La actora del juicio no ha dado contestación al recurso, y habiéndose pedido los autos para resolver se considera: PRIMERO.- La Sala es competente para conocer el recurso en conformidad al Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO.-Los Procuradores fundamentan el recurso en las causales 1a y 4a del Art. 3 de la Ley de la Materia, manifiestan que en la sentencia se han infringido el Art. 274 del Código Tributario y el Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994. Respecto del primero señalan que la Empresa no objetó todos los cargos de las Actas de Fiscalización, sino únicamente determinadas cuentas. Respecto del segundo indican que el Tribunal Distrital considerando la aceptación

tácita del recurso, debía aprobar únicamente lo que en el propio recurso solicitó la parte actora, pues, de lo contrario se va en detrimento de los intereses fiscales. TERCERO.- En lo concerniente a la notificación de la resolución No. 6599 de 'í 3 de septiembre de 1994, es necesario puntualizar que en el escrito de reclamación que obra a fojas 1 a 6 de los autos, la Empresa para notificaciones, fija su propio domicilio, lo cual es impropio en conformidad al Art. 114 del Código Tributario, que diferencia el domicilio permanente de aquél que sirve para notificaciones, debiendo éste último, a la fecha en que se presentó, ser necesariamente el estudio de un abogado, cuyo patrocinio es de rigor. En el escrito que contiene el recurso de reposición fojas 7 a 11 de los autos se reitera la equivocación, al determinar que el domicilio para notificaciones será el que se fijó en el trámite No. 40189, número asignado a la reclamación administrativa. Estas omisiones debieron ser puntualizadas por la Administración, y ai no haberlo hecho ha ocurrido, que al menos dentro de los autos, no pueda conocerse fehacientemente la fecha en que se notificó a la Empresa la Resolución que niega el recurso de reposición No, 00829 de 3 de febrero de 1996. En consecuencia, los razonamientos que sobre el tema hace el Tribunal Distrital son pertinentes. CUARTO.-El Art. 274 del Código Tributario establece la presunción de validez de los hechos, actos y resoluciones de las administraciones tributarias que no hayan sido impugnados expresamente en la reclamación administrativa o en la contenciosa, o que no puedan entenderse en la impugnación formulada. La Empresa en su escrito de reclamación precisa su impugnación del siguiente modo: Acta No. 01-01-128, Impuesto a la Renta de 1989, las cuentas de depreciación de activos, de egresos administrativos, de transportistas y de gastos; Acta No. 01-01-129 por Impuesto a la Renta de 1990, cuentas de depreciación de activos, de gastos de producción, de gastos administrativos; Acta No. 01-01-071, por Impuesto a la Renta de 1991, cuentas ingresos por contrato, gastos de administración, de pérdidas y ganancias; y, Acta No. 01-01-089, por IVA de

1991, dentro de la cual se precisa el contenido de la impugnación. En el recurso de reposición CONSTRUCTORA CARVALLO A.Z. CIA. LTDA. Impugna las mismas glosas. Debe entenderse que las otras glosas que puedan constar en las Actas de Fiscalización han quedado firmes. Por esa razón la sentencia impugnada es exorbitante en la medida que deja sin efecto además de las resoluciones expedidas ante la reclamación administrativa y ante el recurso de reposición, en forma general e indiscriminada, "los actos administrativos constantes en las Actas de Fiscalización". QUINTO.-El silencio administrativo positivo previsto en el Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994, no puede contraerse a puntos extraños o no contemplados dentro del respectivo recurso, en este caso el de reposición propuesto por la Empresa. En el fallo, parte resolutive, en el punto que deja sin efecto las Actas de Fiscalización, también se ha violado el aludido Art. 21. Por estas consideraciones la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca el 9 de abril de 1997 a las 15h30 únicamente en la parte, que en forma general, deja sin efecto los actos determinativos consignados en las Actas de Fiscalización. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) . Drs: José Vicente Troya Jaramillo.-José Ignacio Albuja Punina.-(Conjuez Permanente).-Edmo Muñoz Custode.-(Conjuez Permanente)"¹³⁵

COMENTARIO

¹³⁵JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA, Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Tomo II, 2007, Pág 536 – 538 .

El presente fallo, versa sobre materia tributaria, en el que la Constructora Carvallo A.Z. CIA. LTDA., objeta los cargos de algunas Actas de Fiscalización emitidas al Servicio de Rentas Internas, por lo que solicita la reposición de los mismos por efecto del silencio administrativo positivo. Sin embargo en el fallo, la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, considera que: "la Empresa no objetó todos los cargos de las Actas de Fiscalización, sino únicamente determinadas cuentas. Respecto del segundo indican que el Tribunal Distrital considerando la aceptación tácita del recurso, debía aprobar únicamente lo que en el propio recurso solicitó la parte actora, pues, de lo contrario se va en detrimento de los intereses fiscales ... " y con ello determina que: "... El silencio administrativo positivo previsto en el Art. 21 de la Ley 05 publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994, no puede contraerse a puntos extraños o no contemplados dentro del respectivo recurso, en este caso el de reposición propuesto por la Empresa... "

Con estos antecedentes la Sala Especializada de lo Fiscal casa la sentencia pero únicamente en la parte que deja sin efecto los actos determinativos consignados en las Actas de Fiscalización, debido a que la parte actora debió pedir se deje sin efecto todas las actas en vez de solo algunas, y con ello el silencio administrativo hubiese actuado en su totalidad. Por lo que me resulta muy acertada la apreciación de la Sala, ya que no se puede objetar, en este caso solo algunas de las Actas de Fiscalización y esperar que, por consecuencia del silencio administrativo la Sala disponga la reposición de con todas las actas, lo cual demuestra que es importante realizar un análisis de cuándo y bajo qué circunstancias se aplica el silencio de la administración.

CUARTO CASO

JUICIO No. 251-2004

RESOLUCIÓN No. 267-2004

Juicio de impugnación propuesto por el consorcio Torres Robalino Yépez (Juan Gándara Y otros) contra el Consejo Provincial de Pichincha.

SÍNTESIS: La sala del Tribunal Contencioso en prolijo fallo expresó: "La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración ha considerado que, para la procedencia del efecto positivo del silencio administrativo, las pretensiones del administrado interesado en un asunto, no deben ser contrarias a derecho; de suyo entonces debe entenderse que tales efectos están al ordenamiento y naturaleza jurídica de cada pretensión. El efecto positivo del silencio administrativo solo opera y así lo señala la doctrina del Derecho Administrativo, en aquellos asuntos referidos a las relaciones jurídicas unilaterales de la Administración Pública con los sujetos pasivos del procedimiento; por tanto, no pueden prosperar en aquellas que provienen de relaciones de bilateralidad efectiva, eso en lo cual se encuentran precisamente aquellas que surgen de los contratos administrativos o de los actos convencionales de la Administración Pública"; y, concluye manifestando que: "De modo que, es del todo claro que en materia contractual no puede operar el silencio administrativo positivo; pues en él no puede hallarse jamás la voluntad administrativa que es manifestación expresa del ánimo público. El silencio administrativo positivo, si bien puede beneficiar a los administrados, en ocasiones puede perjudicar los intereses públicos; de tal manera que, en materia contractual, siendo el contrato un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones recíprocas,

sus cláusulas son ley para las partes y deben ser cumplidas estrictamente por ellas. Aceptar la posibilidad de que en esta materia viable el efecto positivo del silencio administrativo, sería incorporar una institución contraria a la naturaleza jurídica bilateral de la contratación y de los principios de igualdad y autonomía de la voluntad que la caracterizan, caotizando su régimen de ejecución". La sala a quo desecha la demanda por estas y otras consideraciones. La Sala de casación al rechazar su recurso expresó: " ... por 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. Claro está que en la ejecución de los contratos bien puede ocurrir que aparezcan materias o asuntos que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes, caso este en el cual si tendría aplicación la institución del silencio administrativo, pero insistimos si deJo que se trata es de modificar o reformar condiciones constantes en el contrato, no se puede pretender que las mismas hayan sido reformadas como consecuencia del silencio administrativo positivo".

Por otro lado, no siempre el silencio administrativo va a ser procedente, tal es el caso citado anteriormente en el que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo rechaza la demanda propuesta por el consorcio Torres Robalino Yépez, por improcedente, debido a que "QUINTO: Siendo que, el único rubro reclamado, sin fundamento del silencio administrativo positivo es el relacionado a la limpieza de la obra, es pertinente pronunciarse respecto a este. Al respecto, los actores manifiestan que, las especificaciones consideran el rubro limpieza, sin esclarecer si se trataba de

áreas duras, de contra pisos, camas de arenas fundidas. Fiscalización se negó reiteradamente a pagar ciertas áreas sin explicar el criterio y se negó a pagar la limpieza de baterías sanitarias. Que las especificaciones del grupo EQ4 estaba expresada en metros cúbicos, a pesar de ello ejecutaron la limpieza de todas las obras de buena fe, sin embargo en el pago del rubro, dicen se les perjudicó en doce mil novecientos diecisiete dólares cincuenta y nueve centavos. La demanda afirma que se ejecutó el rubro en las cantidades que constan de los anexos de la plantilla de liquidación firmados y aceptados por la fiscalización y el contratista; por lo que, no es admisible el reclamo de los actores... En el acta se deja constancia solamente de reclamos, de los constructores, respecto a la aplicación de multas propuestas por fiscalización, dejando abierta la posibilidad de dirimirlas la recepción definitiva; igualmente que fiscalización determinó observaciones a los trabajos del proyecto GA-A4, los mismos que deberán ser reparados hasta antes de la recepción definitiva. De dichos documentos se establece que los constructores, estuvieron de acuerdo con la liquidación practicada y con las observaciones formuladas en el acta, en la cual no existe constancia alguna de su pretensión relacionada a la falta de pago por limpieza de las obras; por manera que, se colige claramente que, los pagos efectuados a la parte actora sobre este rubro, fueron aquellos previstos contractualmente, conforme incluso lo informa la fiscalizadora...¹³⁶

COMENTARIO

Con dicho fallo el señor Robalino interpone recurso de casación, pero la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo concuerda con

¹³⁶Obra citada (85) Resolución Nro. 267 – 04

lo expuesto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y desecha el recurso por improcedente.

Es importante el estudio de estos casos porque permite el análisis del silencio administrativo, dentro de lo que ha determinado la jurisprudencia. En nuestro país, existen fallos de triple reiteración sobre este tema que deberían ser asimilados por las instituciones del Estado al momento en que un interesado invoque la garantía del silencio de la administración. Pero, como hemos visto en el caso anterior, es fundamental que la administración pública sea la que se torne más eficiente, para que dicha figura jurídica se la aplique, siempre y cuando este dentro de lo establecido por la ley, caso contrario sería un absurdo que se de paso a todos los reclamos, solicitudes o peticiones si no existe una calificación de las mismas en la cual se declare procedente o improcedente.

Considero que este problema no solo se solucionaría con un procedimiento adecuado, sino más bien, con la denuncia de la falta de oportuna respuesta por parte de los funcionarios públicos, para que de esta manera empiecen a cumplir con su deber, ya que son ellos los que incurren en inoperancia y negligencia y con ello dan un pésimo servicio a la sociedad en general.

El estudio de casos es de suma importancia para la elaboración del presente trabajo investigativo, por cuanto me permite analizar lo que disponen los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia al respecto, ya que la jurisprudencia es fuente indiscutible del Derecho y

por ende su aporte es muy significativo, a pesar de que en nuestro país no le dan el alcance que merece, por cuanto los funcionarios parecen hacer caso omiso de lo que los señores Ministros han establecido al seguir incurriendo en los mismos descuidos, los mismos que perjudican tanto al administrado como a la imagen de la Administración Pública.

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Terminado el trabajo investigativo de mi Tesis de grado me permito a continuación realizar un breve análisis sobre la verificación de los objetivos propuestos:

Objetivo General: "Realizar un estudio doctrinario, jurídico, analítico y crítico, sobre Silencio Administrativo y sus repercusiones en el ámbito administrativo que se genera por la negligencia, desidia, inoperancia y corrupción de la Administración Pública.", ha sido abordado y por tanto verificado en el tratamiento teórico realizado en el capítulo primero titulado "Generalidades", ya que es donde inicio el estudio del silencio administrativo, partiendo de conceptos y definiciones de distinguidos tratadistas de nuestro continente, que abordan el tema no solo conceptualizando dicha figura jurídica, sino también proporcionando datos históricos relevantes, tales como: evolución histórica, características, objetivos, y diferencias entre el silencio administrativo positivo y negativo. Cabe señalar nuevamente que en nuestro país la legislación contempla el silencio administrativo positivo.

Objetivos Específicos

El primer objetivo específico: *“Establecer los principios jurídicos que permitan el desarrollo de una legislación común para la aplicación del derecho de petición contemplado en la Constitución”* Este objetivo se ha verificado a lo largo del desarrollo de la investigación con el enunciado de varios tratadistas y conocedores de esta institución jurídica.

El segundo objetivo específico: *“Realizar un análisis comparativo de las relaciones obtenidas, en base a los efectos de los componentes de agregación presentes en cada caso”* el cual lo he podido verificar en el capítulo segundo en el que realizo un estudio de la legislación ecuatoriana y como se encuentra normado el silencio administrativo en nuestro país, en cuanto se refiere a aplicación de procedimiento y ejecución según sea el caso: positivo o negativo.

El tercer objetivo específico: *“Establecer la falta de normativa en la aplicación del Silencio Administrativo en cuanto al derecho de petición”.* Objetivo específico que he podido verificar con la aplicación de las encuestas y entrevistas, para luego realizar un proyecto en el cual planteo la reforma a la Constitución de la República del Ecuador y a la Ley de Modernización del Estado, para la incorporación de un procedimiento que permita hacer del silencio administrativo una figura jurídica eficaz, la misma que se encuentra apoyada también en las respuestas obtenidas favorablemente luego de la aplicación de las encuestas Y de las entrevistas las cuales secundan la presentación y realización de la propuesta de reforma.

CONTRASTACION DE HIPOTESIS

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación es *“El silencio administrativo negativo no subsana la violación del derecho de petición. La inactividad de la administración pública causa vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República”*, ha sido comprobada positivamente pues al analizar los resultados de las encuestas y las entrevistas, así como también los casos de jurisprudencia, he podido darme cuenta que existen muchos problemas en cuanto a la aplicación del silencio administrativo, ya que según se desprende del estudio de casos, los funcionarios públicos en muchas de las ocasiones se rehúsan a dar cumplimiento a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 numeral 23 que habla sobre el derecho de los ecuatorianos de dirigir quejas, así como el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado que determina la obligatoriedad de dar respuesta a un reclamo, pedido o solicitud en el término de 15 días, salvo que una ley especial disponga un plazo diferente. Sin embargo, es evidente que el antes mencionado artículo se encuentra incompleto, ya que no contempla pautas específicas que permitan establecer en qué casos procede el mencionado instituto. Con ello, la confusa interpretación conlleva a la mala aplicación del silencio administrativo y por ende representa una pérdida de tiempo y dinero para el administrado que por lo general tiene que recurrir a la vía judicial para que su petición sea aceptada.

Por eso es importante que el silencio administrativo cuente con un procedimiento eficaz que le permita un mejor resultado, ya sería de gran beneficio de los administrados, poder contar con una garantía que le permita combatir la despreocupación y dejadez de los funcionarios públicos. Esto lo

enuncio en el capítulo tres de mi tesis, y con esto queda comprobada mi hipótesis.

FUNDAMENTACIÓN JURIDICA DE LA PROPUESTA.

Luego del análisis jurídico - crítico y de la investigación de campo efectuada, he creído conveniente realizar una propuesta de reforma a la Constitución Política de la República del Ecuador y a la Ley de Modernización del Estado, basado en principios constitucionales de derecho de petición y oportuna respuesta, en la cual es la Constitución Política de la República del Ecuador, la que manda a que los funcionarios públicos entreguen una respuesta en el término que señala la ley, es decir, en quince días laborables, ya que es lo que establece al respecto la Ley de Modernización del Estado, salvo que una ley disponga un término superior o inferior de tiempo.

Es evidente que hasta el momento esto no se cumple, debido a que las Instituciones del Estado no cumplen con su deber al no entregar una respuesta oportuna a los administrados, lo cual representa un gran inconveniente para que aquellos que acuden a la Administración Pública a presentar reclamos, peticiones y solicitudes, porque con el pretexto de que están “ocupados” o reciben un buen servicio, según lo que ordenan los principios de Derecho Administrativo que son: agilidad, eficacia, eficiencia, avocación, transparencia, entre otros.

Ante esta problemática considero necesario realizar una propuesta jurídica que permita dar un trámite oportuno al silencio administrativo, y con ello no solo descongestionar la vía judicial, sino también proporcionar a los

administrados la seguridad de que sus reclamos, peticiones y solicitudes serán atendidas a tiempo, caso contrario operaría de manera inmediata e inexcusable el efecto positivo del silencio de la administración, según lo establecido en la Ley de Modernización del Estado

Así mismo los resultados obtenidos de la aplicación de las encuestas y entrevistas, me confirmaron que efectivamente existe una gran dificultad al momento de querer ejecutar el efecto positivo del silencio administrativo, por cuanto el procedimiento que contempla la Ley de Modernización del Estado no proporciona ningún tipo de seguridad jurídica por cuanto no es claro y no permite su aplicación. También, manifestaron los entrevistados, que el descuido por parte de los funcionarios públicos al no hacer constar la fe de presentación hace inconsistente a dicha figura jurídica, ya que al parecer los mismos no tienen mucho conocimiento de los actos administrativos y de los elementos que debe reunir para su validez.

Por todo lo expuesto, considero necesaria la creación de un nuevo procedimiento que facilite la aplicación práctica de esta garantía, con la finalidad de que los ecuatorianos podamos acudir a la Administración Pública con la seguridad de que seremos atendidos según lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador y las leyes que se relacionan con la materia, ya que de esta forma, si el funcionario contraviene con lo establecido en los nombrados cuerpos legales, significaría la destitución de su cargo, sin perjuicio de lo que determine el Código Penal al respecto.

7.2. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado todo el trabajo de mi investigación y de haber aplicado las entrevistas y encuestas que se contienen en la presenta tesis, he arribado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Aparentemente el administrado es el beneficiario por la vigencia de silencio administrativo, pues su solicitud o pedido ha sido aprobado o su reclamo ha sido resuelto favorablemente, por el simple transcurso del tiempo sin haber presentado las pruebas correspondientes, el perjuicio que se causa al Estado por esta deficiencia administrativa, a la postre va en perjuicio del mismo pueblo, pues no se han protegido en debida forma sus intereses, siendo en sí el silencio administrativo positivo la forma jurídica introducida en la Legislación Ecuatoriana a través de la Ley de Modernización del Estado que actualmente ha criterio personal se encuentra obsoleta debido a la cambiante administración pública, sus relaciones y un Estado en constante transformación por la vigencia de una nueva Constitución.

SEGUNDA.- Existen dos clases de silencio administrativo, uno con efecto negativo y otro con efecto positivo. En el Ecuador, los legisladores han incorporado en la Ley de Modernización del Estado el efecto positivo del silencio de la administración.

TERCERA.-El efecto positivo del silencio administrativo no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo, de esta manera

constituye un acto administrativo que se produce por fuerza del derecho “ipso iure”, por ello ostenta las cualidades de un acto expreso.

CUARTA.- El silencio administrativo es un asunto que atañe al orden y al derecho público, por lo que se debe declarar de oficio, sin embargo la inactividad del ente gubernamental implica que sea declarada a través de un procedimiento ajeno a la Entidad Pública en los Juzgados Contenciosos Administrativos.

QUINTA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración ha manifestado que el silencio administrativo es un derecho de ejecución y no de conocimiento.

SEXTA.- Considero que del resultado de las encuestas y entrevistas es necesaria una reforma Constitucional y de las leyes administrativas, en las que se establezca un procedimiento adecuado para la tramitación del silencio de la administración, e incluso una propuesta de un Código Administrativo que regula en forma clara y sobre todo uniforme las relaciones administrativas-jurídicas con la sociedad e incluso entre el mismo Estado.

SEXTA.- El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, no contempla un procedimiento que permita la aplicación práctica del silencio administrativo y con ello no facilita ni garantiza el derecho de petición y oportuna respuesta contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.

7.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA.-Los Assembleístas deberían incorporar al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado un artículo innumerado que permita la aplicación práctica del silencio administrativo, mediante la implementación de un procedimiento eficaz.

SEGUNDA.- Denunciar a las Autoridades Públicas competentes los casos de abuso de poder por parte de los funcionarios y empleados públicos, ya que es deber de todos los ecuatorianos ayudar a eliminar la negligencia e inoperancia que existe en la Administración Pública.

TERCERA.-Sugiero a los Jueces competentes se aplique a cabalidad lo que establece el Código Penal en cuanto a la sanción que se debe aplicar a los funcionarios públicos que incurren en inoperancia y negligencia; retardando con ello lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en lo que se refiere al derecho de petición y oportuna respuesta

CUARTA.-Preparar a los Notarios en materia administrativa, con la finalidad de que puedan calificar los reclamos, solicitudes o peticiones de los interesados y con ello establecer si cumplen con lo establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

QUINTA.- Prescindir, en los casos que no sean necesarios, de la vía judicial y con ello evitar los trámites largos y costosos a los que se deben someter los peticionarios cuando el funcionario público niega que haya incumplido con su función.

PROPUESTA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que es deber primordial del Estado ecuatoriano a través de sus Funciones, armonizar las normas jurídicas, a fin de que éstas vayan acordes con el desarrollo socioeconómico;

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66 numeral 23 señala: "El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo"; como garantía que el Estado ha determinado a favor de los ecuatorianos.

Que en la actualidad existe en la Ley de Modernización del Estado vacíos en cuanto al procedimiento que debe darse a ciertas figuras jurídicas, como es el caso del silencio administrativo; y,

En ejercicio de sus atribuciones y facultades:

Resuelve.

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

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

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

Art. 2.-Después del Art. 28, agregase el siguiente:

Art... Es obligación del interesado presentar por escrito y con copia toda reclamación, petición o solicitud al funcionario competente de la Institución del Estado; y, es deber del funcionario público entregar de oficio, la copia del escrito en la que conste la fe de presentación, con la finalidad de que sirva como prueba del vencimiento del término antes señalado.

Una vez que se establezca el vencimiento del término, el funcionario competente deberá, bajo pena de destitución, otorgar una certificación que indique dicho vencimiento, el mismo que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el caso de que el funcionario público se negare a entregar dicha certificación, el interesado podrá acudir a una notaria de la jurisdicción, con la finalidad de que sea el Notario el que entregue la certificación, previo análisis del mismo, en el que deberá constar que el reclamo, solicitud o petición no está en contradicción con lo señalado en el artículo anterior; la cual tendrá los mismos efectos que aquella que otorga la institución donde se presentó el reclamo, solicitud o petición.

La certificación otorgada por la Institución del Estado o por una Notaría surtirá efectos en un término no mayor a cinco días, contados desde la fecha de expedición de la misma.

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES, <http://www.jurídicas.com>.

BIELSA Rafael, 1996, “Principios de Derecho Administrativo”, Ediciones De Palma, Buenos Aires.

CABANELLAS Guillermo, 1994, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomos I, II, III, VI, VI, VII y VIII, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

CODIFICACIÓN De la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, artículos 3, 10, 11, 18, 137, 171, 174, 175, 182, 187, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

CÓDIGO Civil, artículos 35, 48, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículos 77, 79, 168, 301, 355, 360, 399, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

CÓDIGO Penal, artículo 212, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

CÓDIGO de Procedimiento Penal, artículos 42, 44, 46 y 50, Registro Oficial No. 360, del 13 de enero del 2000.

CÓDIGO Tributario, 2002, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

CÓDIGO Contencioso Administrativo de Colombia, artículo 278.

CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador, artículos 20, 23, 118, 119, 196, 219, 22, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

CONTRERAS Villavicencio Alfredo, 1998, "Organización Judicial del Ecuador", FOCET Abad Cía. Ltd., Guayaquil.

CUEVA Carrión Luis, 2000, "Índice de Jurisprudencia Constitucional", Tomo I, páginas 180 y 181, Quito.

DECRETO Ejecutivo No. 601, Registro Oficial No. 148, del 20 de marzo de 1985, Quito.

DICCIONARIO de la Real Academia Española, 2001, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid.

DROMÍ José Roberto, 1973, "Instituciones de Derecho Administrativo", página 548, Editorial Astrea, Buenos Aires.

EDICIONES Legales, "Régimen Financiero y Monetario", Tomo I, páginas 1, 2, 3, 4, Quito, 2002.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omega, Tomo XX, 1975, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

ESPASA, 1998, "Diccionario Jurídico", Editorial Espasa, Madrid.

ESTATUTO Del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículos 2, 108, Registro Oficial Suplemento No. 411, del 31 de marzo de 1994, Quito.

ESTATUTO Orgánico por Procesos de la Superintendencia de Bancos, Resolución No. ADM-2001-5698, del 30 de noviembre del 2001, Quito.

FRAGA Gabino, 1980, "Derecho Administrativo", página 272, Editorial Perú S.A., México.

GACETAS Judiciales: Año 99, Serie 16, No. 14, p. 4159
 Año 98, Serie 16, No. 12, p. 3226
 Año 97, Serie 16, No. 10, p.2716
 Año 96, Serie 16, No. 5, p. 1391

GARCÍA De Enterría Eduardo, "Curso de Derecho Administrativo II", Cuarta Edición, páginas 571 y 572, Madrid.

GONZALES Rodríguez Miguel, "Derecho Procesal Administrativo", página 63, Ediciones Rosaristas, Bogotá.

GONZÁLEZ Pérez Jesús, 1996, "Derecho Administrativo", página 461, Madrid.

GRANJA Galindo Nicolás, 1992, "Fundamentos de derecho Administrativo", página 134, Editorial Universitaria, Quito.

GUZMÁN Lara Aníbal, 1989, "Diccionario Explicativo de Derecho Penal", Editorial Jurídica del Ecuador", Quito.

LARREA Holguín Juan, 1998, “Codificación de la Constitución”, Quito.

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

LEY de Casación, artículo 2, inciso tercero, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

LEY de Gestión Ambiental, artículo 44, Registro Oficial No. 245, del 30 de julio de 1999.

LEY Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social, artículos 1 y 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

LEY de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículos 1, 3, 6, Corporación de Estudios y Publicaciones.

LEY de Modernización del Estado, artículos 28, 29, 30, 38, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

LEY Orgánica de Administración Financiera y Control, artículo 2, 332, 350, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

LEY Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículo 5, literal a), Registro Oficial No. 372, del 19 de julio del 2001, Quito.

LEY de Procedimiento Administrativo de España, artículo 95, Madrid.

LEY que Regula las Empresas privadas de Salud y Medicina Prepagada, artículo 18, Registro Oficial No. 12, del 26 de agosto de 1998, Quito.

LEY de Régimen Monetario y Banco del Estado, artículo 30, Corporación de Estudios y publicaciones, 2002, Quito.

LEY de Régimen Tributario Interno, Disposición Final Primera, Registro Oficial No. 341, del 22 de diciembre de 1989, Quito.

LEY para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Registro Oficial No. 144, del 18 de agosto del 2000, Quito.

LEY de Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34, del 13 de marzo del 2000, Quito.

OCÉANO Uno, "Diccionario Enciclopédico", 2000, Barcelona.

PACHON Lucas Carlos, 1999, "Diccionario de la Administración Pública Colombiana", Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

PAREJA Andrade Armando, 2002, "Doctrina SB-2000-001 El Silencio Administrativo, Quito.

PENAGOGOS Gustavo, 1992, "El Acto Administrativo", Ediciones Librería El profesional, Quinta Edición, Bogotá.

PROCURADURÍA General del Estado, oficio No. 18546, de 17 de julio del 2001, Quito.

REAL Academia Española, 2001, "Diccionario de la Lengua Española", Tomo II, página 2064, Madrid.

REGLAMENTO de la Ley de Descentralización del Estado, artículo 40Suplemento del Registro Oficial No. 349, del 18 de junio del 2001, Quito.

REGLAMENTO de Contratación de Servicios de Auditoría, Contraloría, artículo 58, Registro Oficial No. 386, del 24 de febrero de 1994, Quito.

REGLAMENTO de Inscripción en el Registro de Mercado de Valores, artículo 6, Registro Oficial No. 384, del 17 de mayo de 1979, Quito.

REGLAMENTO de la Ley General de Servicio Civil y Carrera Administrativa, artículo 62, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, Quito.

RESOLUCIÓN No. ADM-2001-5759, del 17 de diciembre del 2001, de la Superintendencia de Bancos, Quito,

RESOLUCIÓN No. ADM-2001-5698, del 30 de noviembre del 2001, de la Superintendencia de Bancos, Quito.

SALA De lo Administrativo, expedientes 8 y 16, Registro Oficial No. 332, del 23 de mayo de 2001, Quito.

SÁNCHEZ Zuraty Manuel, 1993, “Diccionario Básico de Derecho”, Tomo II, página 714, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito.

TRIBUNAL de lo Contencioso Administrativo, Resolución del 24 de junio de 1991, Registro Oficial No. 722, del 9 de julio de 1991, Quito.

TOBAR Donoso Julio, 1979, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	004
-------------------	-----

CAPÍTULO I DOCTRINA

1.1. FUNDAMENTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	006
1.2. DEFINICIÓN.....	022
1.3. SILENCIO POSITIVO.....	025
1.4. SILENCIO NEGATIVO.....	028

CAPÍTULO II NATURALEZA

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO TÁCITO	031
2.2. PRESUNCIÓN LEGAL.....	035
2.3. EL DERECHO DE PETICIÓN.....	040
2,4 ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	042

CAPÍTULO III SUPUESTOS PARA SU INVOCACIÓN

3.1. TRANSCURSO DEL TIEMPO.....	045
3.2. FALTA DE NOTIFICACIÓN.....	051
3.3. A SOLICITUD DEL INTERESADO.....	053
3.4. DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN.....	055

**CAPITULO IV
EFECTOS**

4.1.	NEGATIVO	056
4.2.	POSITIVO.....	056

**CAPITULO V
MARCO JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

5.1.	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR...	058
5.2.	LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.....	060
5.3.	LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	071
5.4.	CODIGO PENAL.....	073
5.5.	CÓDIGO TRIBUTARIO.....	075
5.6.	CODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.....	078
5.7.	EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DECRETO EJECUTIVO 601 DE 1985.....	085
5.8.	ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO...	088

5.9	REGLAMENTO A LA LEY DE DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO Y PARTICIPACIÓN SOCIAL.....	096
5.10.	LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	101

CAPITULO VI

LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

6.1.	SUPUESTOS PARA LA INVOCACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	107
6.2.	SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO.....	110
6.3.	ACREDITACIÓN.....	111
6.4.	REVOCATORIA.....	116
6.5	SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	117
6.5.1.	EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN	120
6.5.2.	PLAZOS O TÉRMINOS VIGENTES.....	121
6.5.3.	RECLAMO, PEDIDO O SOLICITUD INCOMPLETOS	121

CAPITULO VII

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

7.1.	TRABAJO DE CAMPO	124
	ANALISIS DE RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS...	136
	ESTUDIO DE CASOS.....	146
	VERIFICACION DE OBJETIVOS.....	166
	CONSTRATACIÓN DE HIPÓTESIS.....	168
	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA....	169
7.1.	CONCLUSIÓN.....	171
7.2.	RECOMENDACIONES.....	172
7.4	PROPUESTA LEGAL.....	174
	BIBLIOGRAFÍA.....	178