



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MODALIDAD A DISTANCIA

“El silencio administrativo en la administración”

Trabajo de fin de carrera previo la obtención del
título de Máster en Derecho Administrativo

Autor:

Ochoa Valdivieso Rosa Virginia

Director del trabajo de fin de carrera:

Zambrano Albuja Pablo Agustín, Mg.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2012

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

Yo, Mg. Pablo Agustín Zambrano Albuja,
DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por la estudiante **DRA. ROSA VIRGINIA OCHOA VALDIVIESO**, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, 30 de mayo de 2012.

Mg. Pablo Agustín Zambrano Albuja,
DIRECTOR

AUTORÍA

Yo, **DRA. ROSA VIRGINIA OCHOA VALDIVIESO**, como autora del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

Dra. Rosa Virginia Ochoa Valdivieso

AUTORA DE LA TESIS

C.I.: 1102335260

CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, **DRA. ROSA VIRGINIA OCHOA VALDIVIESO**, declaro ser autora del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

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

Loja, 30 de mayo de 2012.

Dra. Rosa Virginia Ochoa Valdivieso
AUTORA DE LA TESIS
C.I.: 1102335260

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos y cada uno de los Catedráticos de la Universidad Técnica Particular de Loja, por transmitir todos sus conocimientos y de manera especial al señor Mg. Pablo Agustín Zambrano Albuja, Catedrático y Director de la presente Tesis, por su guía durante el desarrollo de esta investigación.

DEDICATORIA

A mi familia por el apoyo que me han brindado.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Certificación del Director

Autoría

Cesión de los Derechos

Agradecimiento

Dedicatoria

Índice de contenidos

Resumen

Introducción

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.- Concepto

1.2.- Elementos del Acto Administrativo

1.3.- Características de los Actos Administrativos

1.4.- Requisitos de los Actos Administrativos

1.5.- Validez y eficacia de los Actos Administrativos

1.6.- Revocatoria de los Actos Administrativos

CAPÍTULO II

NOCIONES GENERALES E IMPORTANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.1.- Derechos de Petición

2.1.1.- Concepto de Derecho de Petición

2.1.2.- Antecedentes Históricos del Derecho de Petición

2.1.3.- Clases de Petición

2.2.- Concepto de Silencio Administrativo

2.3.- Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo

2.3.1.- El Silencio como Hecho Administrativo

2.3.2.- El Silencio como Acto Administrativo

2.4.- Clases de Silencio Administrativo

2.4.1.- Silencio Administrativo Positivo

2.4.2.- Silencio Administrativo Negativo

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

3.1.- El Silencio Administrativo en Venezuela

3.2.- El Silencio Administrativo en Colombia.

3.3.- El Silencio Administrativo en Chile

3.4.- El Silencio Administrativo en Uruguay

3.5.- El Silencio Administrativo en España

Conclusiones

Recomendaciones

Bibliografía

RESUMEN

El Silencio Administrativo es una ficción jurídica que la Ley de Modernización del Estado ha creado a efectos de no dejar en estado de indefensión al administrado cuando este concurre a la administración con sus peticiones.

Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, a través de esta investigación, he realizado el análisis del Artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, así como he investigado las diversas peticiones presentadas a la Administración, e igualmente he revisado un sinnúmero de procesos que se tramitan y se han tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cuenca, donde se ha podido observar que el requisito respecto a la Certificación de la que habla la reforma introducida al mencionado artículo, constituye una traba para el administrado, pues ninguna administración acepta la incuria en que ha incurrido, lo que trae como consecuencia que el administrado se vea obligado a tramitar la titularización del silencio administrativo nacido a su favor, sin embargo de aquello, una vez que titulariza ese derecho, se ve enfrentado a una acción contenciosa administrativa que debe tramitarse en el Tribunal Contencioso Administrativo.

INTRODUCCIÓN

Se ha podido observar que en muchas ocasiones la inactividad de la administración frente a las diversas peticiones que le hacen los administrados, convierte en un verdadero problema la falta de pronunciamiento de la Administración a pesar de que la ley le concede un término prudencial para que emita su respuesta a las peticiones presentadas, este hecho deja a los administrados en una incertidumbre respecto a sus peticiones y pretensiones. Una vez que transcurrido el tiempo concedido por la Ley para pronunciarse, nace lo que se conoce como Silencio Administrativo Positivo, lo que se traduce en que la Administración ha aceptado las pretensiones del administrado, sin embargo una vez producido el Silencio Administrativo Positivo, el administrado se ve enfrentado a otro reto que es aquel por el cual la Administración haga efectivo el silencio administrativo a favor del administrado.

En la práctica ocurre que una vez producido el Silencio Administrativo que nace a favor del administrado, para que este se haga efectivo, aquel se ve obligado a tramitar un proceso contencioso administrativo de ejecución del derecho operado a su favor, de tal suerte que vemos que el silencio administrativo positivo por falta de pronunciamiento de la administración da origen a un proceso contencioso.

El presente trabajo tiene una enorme importancia dentro del campo del Derecho, puesto que tiene por objeto hacer un análisis sobre los efectos de la falta de pronunciamiento de la administración pública. La Administración hace efectiva su voluntad por medio de los Actos Administrativos, ya que los administrados tienen derecho a ser atendidos por la administración, conforme a los derechos consagrados en la Constitución, por lo que la Legislación llena este vacío de la falta de atención de la administración, en vista de que las peticiones y reclamaciones a la administración no pueden quedar sin resolución.

La cultura jurídica imperante puede ocasionar un conflicto entre la aplicación de la norma constitucional, la legislación secundaria y el derecho de los administrados a que su petición o reclamación sea atendida favorablemente o desfavorablemente,

pero ocurre casos en que la inactividad de la administración, da lugar a lo que se conoce como silencio administrativo.

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.- Concepto

El acto administrativo es uno de los más importantes e imprescindibles del Derecho Público, considerando que los órganos públicos en el ejercicio de su competencia manifiestan la voluntad de la función administrativa del Estado a través de éstos. Una noción tan fundamental como es el acto administrativo no tiene un concepto doctrinario único y exacto, puesto que su conceptualización nos brinda una serie de alternativas doctrinarias y legislativas que, van a ser analizadas en el presente estudio, desde los conceptos más amplios hasta los más concretos que nos permitan discutir sus particularidades y naturaleza jurídica, el acto administrativo nace con la Revolución Francesa y el sometimiento de la Administración Pública al Derecho muchos son los conceptos que existen pero los más utilizados son los siguientes:

Mario Santofino Gamboa “el acto administrativo es toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos”¹. Hernán Jaramillo Ordóñez refiere que es un “acto jurídico y uno de los medios de que se vale la administración pública para expresar su voluntad y que emanado de un órgano del sector público central, institucional o seccional, con poder legal, produce efectos jurídicos”². El tratadista Patricio Secaira lo define como “la declaración unilateral de voluntad que expresa la administración pública y que genera efectos jurídicos directos e inmediatos”³

Por otra parte, el Dr. Marco Morales define al acto administrativo como una “declaración unilateral de voluntad de autoridad competente, que versa sobre

¹SANTOFINO GAMBOA, Mario, Tratado de Derecho Administrativo, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Colombia, 2003, Pág. 131.

²JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja, 1999, Pág. 190

³SECAIRA DURANGO, Patricio. Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 2004, Pág. 178

asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular o general”⁴.

En esa misma línea de pensamiento se pronuncian Eduardo Córdova para quien el acto administrativo “es un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta, positiva o negativamente, a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública”; y, Borja y Borja que “comprende tanto los contratos como los reglamentos entre los actos administrativos”⁵.

El extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que el concepto más simple, acto administrativo es el pronunciamiento de la autoridad competente, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley.⁶

No podemos apartarnos de la concepción establecida en el instrumento jurídico ecuatoriano porque es el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE⁷- que lo define como: acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa; concepto que sigue los lineamientos de Dromi y Cassagne.

Roberto Dromi en su obra de Derecho Administrativo dice:” Son actuaciones y declaraciones administrativa unilaterales y bilaterales individuales y generales, con efectos directos e inmediatos”.⁸

Manuel María Diez, dice que acto administrativo es “una declaración unilateral de un órgano del Poder ejecutivo con ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos en relación a terceros”⁹

⁴MORALES TOBAR, Marco. El Acto Administrativo. En: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia. Konrad Adenauer Stiftung- Tribunal Constitucional. Quito, 1999, Pág. 99

⁵BORJA Y BORJA, Ramiro, Teoría General del Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1984.

⁶Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Segunda Sala, Juicio No. 1443

⁷El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE se creó a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado

⁸Dromi Roberto. Derecho Administrativo. Pág. 353.

⁹Diez Manuel María . Derecho Administrativo Tomo II, pág. 203

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, dice: ¹⁰ "que acto administrativo es la declaración de la voluntad; de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria",

De los conceptos indicados, podemos conceptualizar el acto administrativo en los siguientes términos: Es la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de un poder legal de la función administrativa que, manifestada en la forma prescrita en el ordenamiento jurídico, produce efectos jurídicos individuales, directos e inmediatos.

Cabe señalar que todo acto administrativo debe ser emitido tanto por un órgano competente como por una autoridad que tenga la representación de dicho órgano, ya que no es posible pensar que todo funcionario público sea competente para emitir un acto administrativo de cualquier índole. A este respecto Bielsa manifiesta:

"El acto administrativo es, según lo hemos definido, decisión de autoridad administrativa; pero no basta que él emane de una autoridad administrativa, sino que es necesario, además, que ella tenga aptitud legal, o sea competencia para realizar el acto, o que lo ejecute en cumplimiento de sus propias funciones y atribuciones legales"¹¹

La aplicación de la ley, su ejecución debe tener un medio de expresión jurídico formal, claro y definido; ese mecanismo de manifestación de la voluntad administrativa se llama acto administrativo.

"El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido"¹²

¹⁰ García Eduardo Derecho Administrativo Tomo I, pág. 550,

¹¹ BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires Argentina, 6. ed. Editorial La Ley, 1980 p.28.

¹² DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". 4ta. Edición Ediciones ciudad Argentina pág. 203

Mario Cichero, citado por Hernán Jaramillo Ordoñez en la tercera edición de su libro *Manual de Derecho Administrativo*, dice: “Los actos administrativos tienen lugar cuando la Administración Pública en ejercicio de sus funciones específicas, decide, mediante resoluciones de carácter general o particular, sobre algún derecho o interés. El acto administrativo es, pues, un acto jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que produzca efectos de esa naturaleza (jurídicos)”¹³.

La administración tiene que manifestar jurídicamente su voluntad pues debe exteriorizar su decisión sobre los casos que conoce, cuya competencia le ha sido atribuido. Su propósito es, por tanto, crear, extinguir o modificar derechos subjetivos de los administrados de modo inmediato y directo. A este modo de patentar la voluntad pública se le conoce como acto administrativo.

“El acto Administrativo constituye una manifestación de la actividad administrativa; un medio de que se vale la Administración para expresar su voluntad”¹⁴.

Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros. Inmediatos pues al tiempo de ser expedidos la creación, extinción o modificación del derecho subjetivo del administrado se hace evidente y puede ser ejecutada. Directos en razón de que el acto administrativo decide una situación jurídica concreta que atañe a personas jurídicas naturales determinadas.

Gordillo señala que el acto administrativo es una “declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”¹⁵.

El Maestro Zanobini define al Acto Administrativo como “Toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones”.

¹³JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja, 1999, Pág. 190

¹⁴FERNÁNDEZ VÁZQUEZ EMILIO.- *Diccionario de Derecho. Público*.Ed. Astrea. Bs As. 1981

¹⁵GORDILLO AGUSTÍN.- *Tratado de Derecho Administrativo (Cuatro tomos)*. Editorial Porrúa. México 2004.

El jurista peruano Christian Guzmán Napuri expresa que el acto administrativo se distingue de otras actuaciones no solo por el carácter unilateral, sino por el hecho de generar efectos jurídicos específicos o particulares sobre los administrados.

Obviado las disputas doctrinarias se puede entender al acto administrativo como toda declaración unilateral de voluntad, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata, este concepto es aceptado por el profesor Agustín Gordillo.

Todos los tratadistas coinciden en que al configurarse el acto administrativo, hay voluntad de la administración, unilateralidad, efectos jurídicos inmediatos e individuales.

1.2.- Elementos del Acto Administrativo

Del concepto del maestro Agustín Gordillo, nos dice que el acto administrativo tiene varios elementos que lo identifican, como:

DECLARACIÓN.- El acto administrativo es una declaración porque se constituye en una manifestación intelectual, representada en forma verbal o escrita. Es la manifestación expresa de la decisión administrativa por medio de ella se explica la opinión, la intención que sobre determinado asunto toma la administración pública. La declaración formaliza el parecer administrativo, por ello siempre es escrita. No obstante, es factible que existan decisiones administrativas orales como en el caso de las disposiciones que las jerarquías de la Fuerza Pública toman al emitir órdenes al personal subalterno. La declaración emana de un órgano que expresa su voluntad por medio de la autoridad que representa a ese órgano, el que es competente en razón de los poderes, atribuciones y facultades que le son conferidas para el cumplimiento de las responsabilidades asignadas, al hablar de declaración estamos refiriéndonos a que esta es unilateral. Roberto Dromi considera a la declaración dentro del acto administrativo como el proceso de exteriorización intelectual, por lo tanto se entiende a la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo emanado de la Administración, con fuerza vinculante por imperio de la Ley.

De lo expuesto por los tratadistas todos coinciden que es un proceso de exteriorización intelectual de la expresión del accionar de la administración Pública que se concreta a través de signos convencionales, gestos indicativos y datos simbólicos, derivados del lenguaje oral o escrito a los que se les atribuye un significado en virtud del resultado jurídico obtenido y del pronunciamiento declarativo emanado de la Administración

VOLUNTAD.- La administración pública se vale de las personas naturales para resolver los asuntos que le están atribuidos. La voluntad entonces es la capacidad legal que tiene la administración pública para decidir sobre los asuntos de su competencia; es el ánimo administrativo para hacer alguna cosa, siempre sujeto a la ley y en función del bien común. Es la capacidad de ejecución de la ley en donde se manifiesta la capacidad de mando u ordenación.

La voluntad, evidentemente, tiene dos elementos: 1) Subjetivo, constituido por el ánimo, comprensión o parecer que la persona física, titular del órgano público encargado de decidir tiene respecto del asunto materia de la resolución y, 2) Objetivo, identificado por los antecedentes fácticos y jurídicos que obran del proceso, que deben ser tomados en cuenta para la resolución.

La voluntad debe circunscribirse al ordenamiento jurídico y no a la voluntad del servidor público que se encuentra en ejercicio de las actividades administrativas siendo este el interprete y ejecutor de la voluntad administrativa. En muchas ocasiones la autoridad no se expresa ni en forma oral ni escrita, más bien hay un pronunciamiento tácito, que el administrado colige que se trata de un acto administrativo, en estos casos estamos frente al silencio administrativo.

UNILATERALIDAD.- El acto administrativo se caracteriza precisamente por cuanto solo el sujeto activo del procedimiento tiene la capacidad decisoria. Decisión que se toma a base de antecedentes fácticos y jurídicos pertinentes a cada caso y en función del logro del bien común. La administración siempre tiene ventaja frente a los particulares y la mayor expresión de ella es la unilateralidad decisoria. La administración para resolver los asuntos puestos en su conocimiento no consulta el interés del administrado sino únicamente el bien protegido en las disposiciones legales que está obligado aplicar, es decir el interés público, razón por la cual el

particular no interviene en la decisión administrativa aunque puede coadyuvar a ella por diferentes medios.

Este concepto considera que para la manifestación de la voluntad administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento es necesario el pronunciamiento del órgano competente, sin que sea necesario la voluntad del receptor del acto, ya que su aceptación o rechazo no es necesario para la validez del acto. Dromi expresa que la voluntad del administrado no interviene en la preparación del acto, sin embargo si está presente en su formación, por medio de la petición que presente, la voluntad del administrado no es elemento del acto.

Porque depende exclusivamente de la voluntad administrativa, es decir, de un solo sujeto de derecho, del titular de la función administrativa o el delegado para el efecto, La actuación u omisión del administrado puede ser causa del acto administrativo pero su voluntad no se integra al mismo ni forma parte de él.

EJERCICIO ADMINISTRATIVO.- Los actos administrativos solo son factibles de ser expedidos por las personas naturales en ejercicio de la titularidad de un cargo público; esto es ejerciendo una función administrativa.

La decisión administrativa tiene fuerza jurídica por cuanto se sustenta en las competencias legales señaladas para el órgano público. Por manera que, las resoluciones emanan de los órganos públicos siempre en ejercicio de la función administrativa.

Requisito sine qua non para su conformación. Al hablar de función administrativa implícitamente indicamos que se incluyen a los distintos poderes estatales y entidades públicas que actúen en ejercicio de una función administrativa y consiguientemente, se encuentren sometidos a los mismos principios jurídicos.

EFFECTOS JURÍDICOS INMEDIATOS Y DIRECTOS.- Los actos administrativos tienen la característica de ser ejecutorios es decir, la administración emisora de la decisión tiene la capacidad de hacerla cumplir inmediatamente, siempre y cuando hayan sido publicitados en forma legal, mediante la notificación respectiva al administrado a quien va dirigida la resolución. Es decir los efectos jurídicos se

generan al momento mismo de haberse expedido la decisión pública y de notificada a quien va dirigida.

Efectivamente el acto administrativo puede ser ejecutado cuando cumple con el requisito de eficacia, solo ahí crea efectos jurídicos, directos e inmediatos afectando de modo inminente el derecho subjetivo del administrado, sea positiva o negativamente. Se crea entonces una vinculación jurídica directa entre el sujeto pasivo de la administración frente a la administración de la cual emana el acto administrativo de que se trate.

Al producir efectos jurídicos genera consecuencias, como son: derechos y obligaciones tanto para la administración pública como para el administrado. Crea, modifica o extingue una situación jurídica individual.

- Individuales porque son concretos y dirigidos a una sola persona.
- Directos, surgen por sí, deciden una situación jurídica concreta excluyendo las actuaciones y los actos preparatorios de la voluntad administrativa y, no están subordinadas a la emanación de un acto posterior.
- Inmediatos, la creación, extinción o modificación de los derechos subjetivos pueden ser ejecutados a partir de su expedición.

Volviendo a lo manifestado por Roberto Dromi, quien expresa que “ la actividad administrativa, productora de efectos jurídicos no solo se manifiesta a través de actos administrativos sino también por medio de hechos administrativos, actuaciones inter administrativas y reglamentos administrativos” pág. 357. El acto administrativo tiene como característica fundamental la producción de efectos jurídicos subjetivos y de alcance individual, por tanto estamos frente a un acto inter partes o subjetivo y entrañan la creación o extinción de derechos u obligaciones

1.3.- Característica de los Actos Administrativos

El acto administrativo se ha ido consolidando en el Derecho Público, a partir de la disminución de la importancia que gozaba el “acto de gobierno” y otras actuaciones no justiciables de la Administración Pública. Originalmente todas las actuaciones del Poder Ejecutivo se denominan genéricamente “actos administrativos”. Más, con el

desarrollo de la jurisprudencia administrativa y de la doctrina, la legislación va estableciendo necesarias distinciones, que se desarrollan de diferente manera en los países del sistema de derecho público. Las principales razones por las que distingue el acto administrativo de otras actuaciones de la administración provienen de dos situaciones elementales:

1. Existen actuaciones de la Administración Pública que afectan exclusivamente situaciones jurídicas individuales y subjetivas, mientras que otras acciones públicas aplican en forma general al conglomerado de los ciudadanos (acto administrativo-reglamento);
2. Existen actuaciones administrativas que son de naturaleza unilateral, es decir, que no requieren del asentimiento del ciudadano afectado (acto administrativo y reglamento), en cambio, hay otras manifestaciones que requieren del asentimiento del particular para surtir efectos jurídicos (contratos)¹⁶

La doctrina administrativista sudamericana mantiene una clara diferencia entre las declaratorias del órgano público que afectan exclusivamente situaciones jurídicas individuales de un ciudadano o ciudadanos; y, las que afectan en forma generalizada a los ciudadanos o un grupo de ellos. En el primer caso, se trata de actos administrativos y, en el segundo, de reglamentos. Ello nos lleva a pensar en los efectos del acto administrativo como punto de partida para establecer su naturaleza jurídica.

Fernández de Velasco al referirse al acto administrativo manifestó que lo jurídicamente interesante no estriba en averiguar dónde aparece en primer término, sino cómo aparece y por qué.¹⁷

El acto administrativo se justifica en la medida que configura el mejor cumplimiento de los requisitos de los derechos de los ciudadanos, por ser un concepto garantista cuya formación, contenido y finalidad exigen el cumplimiento del debido proceso, motivación, garantía de la vigencia de derechos en correlación con los fines públicos

¹⁶PÉREZ CAMACHO, Efraín. Derecho Administrativo, Tomo I, Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, Pág. 237

¹⁷FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. El Acto Administrativo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, Pág. 69.

y el ordenamiento jurídico en general que, evalúa el desempeño de los órganos públicos conforme las normas del derecho constitucional, internacional y éticos inclusive. De ser consecuencia de la separación de poderes se ha posicionado en el ordenamiento jurídico de forma tal que, supone la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos; se constituye en la efectividad del Estado de derecho.

La administración pública tiene capacidad de ejecutar la ley y por tanto le pertenece la potestad de mando y de ordenación, la cual precisamente se exterioriza por medio de la expedición de los actos administrativos que expresan la voluntad o ánimo público respecto de un hecho determinado.

Los actos administrativos pueden afectar negativamente los intereses de los particulares, quienes a su vez están capacitados para impugnarlos. El ejercicio de ese derecho puede obstaculizar la tarea administrativa, de tal modo que los entes públicos no podrían hacer efectivas sus resoluciones. Ello obliga a que la ley entregue a los actos administrativos ciertas características, que permitan el accionar público; por ello se presume de derecho que estos son legales y ejecutorios:

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD.- La presunción de legalidad de los actos administrativos es aquella característica por medio de la cual se considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico. La Constitución de la República establece que todo órgano del poder público y sus servidores están obligados a actuar únicamente ceñidos a las atribuciones, competencias y facultades constitucionales y legales. Está prohibido por tanto resolver asuntos sin acatar las disposiciones jurídicas; puesto que en derecho público todo aquello que no esté permitido expresamente se considera prohibido. No cabe tampoco que el administrador haga interpretaciones extensivas o analógicas sobre el alcance de la ley. Esta presunción permite a la administración pública ejercer la autoridad y hacer cumplir sus decisiones. Esta presunción tiene efectos *ius Tantum*, por cuanto dura efectivamente hasta cuando autoridad pública competente declare lo contrario, esto es anule o decida la ilegalidad de la resolución administrativa.

Mediante esta presunción legal los órganos administrativos no requieren contar con autorización judicial o administrativa para ejecutar sus decisiones.

Como puede observarse la presunción de legalidad del acto administrativo no tiene un valor jurídico absoluto o permanente pues, evidentemente, por su efecto *ius tantum*, se verifica y dura hasta tanto autoridad competente declare lo contrario, por pedido expreso del interesado a quien potencialmente se ha irrogado perjuicio, negando, desconociendo o no reconociendo su derecho subjetivo.

En efecto, los administrados tienen facultad constitucional y legal para recurrir sean en sede administrativa o jurisdiccional a impugnar las resoluciones públicas que les perjudican. Pero, por efecto de dicha presunción, están obligados a justificar ante la autoridad pública a la cual recurren, de qué manera el acto administrativo es contrapuesto al ordenamiento jurídico, aportando para ese efecto, los fundamentos de hecho y de derecho que prueben sus asertos.

La presunción de legalidad atañe a la consideración de validez plena del acto administrativo, entendiéndose por tal a la cabal tramitación, competencia del funcionario para expedirlo y sobre todo a la aplicación irrestricta de la norma positiva.

Desde luego debe señalarse que hay autores, como DROMI que sostiene ,con base en la legislación argentina, que los actos administrativos inexistentes o nulos no gozan del privilegio de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Criterios que si bien doctrinariamente son válidos mucho dependerán de lo que al respecto en cada país señale la norma jurídica y la jurisprudencia.

Cuando un acto cumple con todos los requisitos para su formación y expedición y el mismo se encuentra dentro de los lineamientos jurídicos, la consecuencia jurídica de aquel se tornan válidas, por lo tanto el acto es legítimo. Dromi define a la legitimidad como:”la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente, por lo tanto constituye la presunción de legalidad, de validez, de juridicidad o presunción de legitimidad. Al respecto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutivo en su Art. 68 define a la Legitimidad y ejecutoriedad como: “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este Estatuto”. Todo acto emanado de la Administración Pública se presume Legítimo,

pues no puede haber administrador público que irrespete la Ley o no haga caso de la misma.- Todo actos administrativo emanado de autoridad competente se enmarca dentro de la Constitución y la Ley, por tanto es válido hasta que autoridad competente declare lo contrario.

PRESUNCIÓN DE EJECUTORIEDAD.- La presunción de ejecutoriedad va ligada a la de legalidad, por cuanto al considerarse que todo acto administrativo es legal, viene como consecuencia que la resolución administrativa es factible de ejecución inmediata, aún en el caso de que estos hayan sido objeto de impugnación judicial.

La presunción de ejecutoriedad permite a la administración cumplir materialmente sus decisiones, sin que ello signifique el imperio del abuso, pues la misma ley establece límites, excepciones y responsabilidades. Al respecto Fiorini nos enseña que: “El acto existente y presuntivamente válido suma un tributo que no es a su existencia y validez sino a su realización, es decir, a su operatividad ejecutoria”

La presunción de ejecutoriedad atañe fundamentalmente a la calidad de eficacia del acto administrativo que se logra por la unión del presupuesto de legalidad y de la publicidad de la decisión pública. Solo un acto con eficacia jurídica puede ser ejecutado materialmente.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 76 ordena que en ningún caso se suspenda la ejecución o cumplimiento del acto administrativo. Es menester sin embargo, señalar que la legislación, contiene excepciones a esta regla. Efectivamente, la misma ley establece la posibilidad de que se suspenda la ejecución al procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, cuando la coactiva se hubiere iniciado en virtud de la decisión administrativa que, habiendo causado estado, implique obligación económica a favor de la administración. En este caso, la suspensión del procedimiento coactivo se produce siempre que el impugnante garantice el interés administrativo, constituyendo caución equivalente al capital, más los intereses devengados, incrementados en un diez por ciento. Así mismo, cuando el acto administrativo se relacione con el establecimiento de responsabilidad civil por parte de la Contraloría General del Estado, la decisión de la administración contralora no es ejecutoria, cuando aquella ha sido objeto de impugnación por vía judicial.

La Ley de Propiedad Intelectual, también señala la posibilidad de que el órgano judicial disponga la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, relativo a los registros industriales, de marcas, patentes u otros, cuando el impugnante lo solicite, justificando que el acto administrativo materia de la oponibilidad judicial, le causa perjuicios graves.

Otras legislaciones contienen disposiciones relativas a mecanismos cautelares que permiten la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, en el evento de habérselos impugnado y en consideración a los efectos que están llamados a cumplir, con el propósito de proteger los derechos de los administrados. En el Ecuador, la legislación procesal administrativa no ha merecido las actualizaciones correspondientes que permitan tutelar adecuadamente los derechos de los administrados, frente a las potenciales arbitrariedades de la administración pública.

Es necesario señalar que cuando un acto administrativo ha merecido, en sede administrativa, la interposición de un recurso, su ejecución se suspende, hasta que la misma administración tome una decisión que cause estado; esto es que ya no sea factible de recurrirse a ningún órgano administrativo para que resuelva el caso.

Por ello debe entenderse que la presunción de ejecutoriedad queda firme, cuando el acto causa estado. Si el acto es impugnado en sede judicial, la administración está en plena capacidad de ejecutarlo.

Dromi define a la ejecutoriedad como “la posibilidad de la Administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí misma el acto, pidiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento”.¹⁸. Todo los actos nacen para ser cumplidos, el no acatar la disposición de autoridad competente, lleva consigno la responsabilidad penal por parte de quien debe obedecer, de allí que se encuentra dotado de medios de coerción que permiten la realización de esos actos administrativos.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su Art. 161 dice: Ejecutoriedad: Los actos de la Administración Pública serán

¹⁸ Dromi Roberto . Derecho Administrativo Pág. 385

inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. El Art. 162, no habla de la Ejecución Forzosa, que expresa:” la Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución” De lo expuesto se colige que a través de la ejecutoriedad la administración tiene la plena facultad de hacer cumplir lo dispuesto por ella.

PRESUNCIÓN DE EJECUTIVIDAD.- No es otra cosa que la obligatoriedad que tiene la autoridad de hacer cumplir la decisión administrativa, es decir es el carácter de exigible que esta tiene. Esa obligatoriedad se extiende obviamente a los particulares a los cuales el acto administrativo va dirigido.

Las presunciones señaladas hacen posible el obrar administrativo, no significa por ello que, los administrados que no se encuentren conformes con la decisión pública no tengan el derecho a oponerse a aquella, ya que la propia ley establece recursos que pueden ser usados en la misma sede administrativa, o en la jurisdiccional de control de la constitucionalidad o de la legalidad; de modo que los derechos de los ciudadanos siempre tienen protecciones frente al poder del Estado.

Toda actuación de la Administración Pública, debe ser obedecida por los subordinados, gobernados, por el colectivo en general, la Administración actúa para que sus disposiciones sean cumplidas. Dromi expresa que la ejecutividad es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber del cumplimiento del acto a partir de su notificación.

El Art. 124 del ERJAFE define a la Ejecutividad como:” Los Actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la Legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el Acto Administrativo”, De lo expresado se concluye que una vez emitido el acto administrativo, este debe cumplir con los efectos para los cuales se lo dicto, el mismo que se encuentra investido de legitimidad y por ende de validez

1.4.- Requisitos de los Actos Administrativos

Todos los actos administrativos deben estar investidos de ejecutoriedad y de legalidad y a más de ello deben cumplir ciertos requisitos básicos para ser válidos y eficaces. Por ello las mismas autoridades que los emiten, sus superiores jerárquicos o los tribunales de jurisdicción administrativa están capacitados para tutelar su legalidad; es decir para definir su legalidad, dentro de los límites que la propia norma jurídica permite. Estos requisitos son:

- **COMPETENCIA.**- Hemos afirmado que la competencia es el derecho que tienen las autoridades públicas para conocer, procesar y resolver los asuntos que les han sido atribuidos legalmente, en razón de la materia, territorio u otro aspecto de especial interés público previsto en la ley.

En cuanto derecho, nos referimos al conjunto de atribuciones que la ley entrega a los órganos del poder público. Por ello el acto administrativo para que sea válido, necesariamente debe ser expedido por el titular del órgano facultado legalmente para exteriorizar la voluntad administrativa.

La competencia es un requisito de esencia que afecta a la validez sustancial del acto; por manera que si éste es expedido por un órgano o autoridad pública que no tiene competencia para el efecto, la decisión administrativa inexorablemente estará viciada de nulidad, aunque se sostiene que el acto administrativo dictado por autoridad carente de competencia es inexistente o nulo de pleno derecho, es decir, que puede nacer pero no tiene efecto jurídico alguno, caso en el cual ninguna persona o autoridad está obligada a cumplirlo. La competencia esta atribuida al órgano y este ejerce la misma a través de sus representantes. El órgano es un ente ficticio, pero las potestades, las atribuciones, los derechos, las obligaciones y las prohibiciones se las ejerce a través de sus representantes que es la autoridad administrativa, quien ejerce la competencia. Dromi señala que :” la

competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes. Constituye el elemento indispensable para que el acto sea válido.

Rafael Bielsa manifiesta:” la competencia es un elemento o parte de la legitimidad puesto que se puede realizar un acto por parte de un órgano competente”. La competencia es la potestad que tiene el órgano administrativo para dictar un acto y su ausencia provoca su invalidez. La competencia debe enmarcarse en el hecho de que las personas o persona física que actúa en la respectiva declaración en calidad de titulares deben ostentar tal función pública por medio de la investidura legítima de tales cargos , como nombramiento legal, toma de posesión, no estar incurso en inhabilidades, prohibiciones legales, caso contrario hay ausencia de competencia.

La competencia se otorga en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado.

- **Por la materia:** Debido al desarrollo en todos los ámbitos hace que los aparatos administrativos vayan adquiriendo mayor especialidad en el conocimiento de los asuntos públicos, de allí que cada órgano tiene una especialidad que está delimitada por la norma jurídica. Al respecto Dromi dice que” impera el principio de especialidad, de particular aplicación a los entes administrativos, según el cual estos solo pueden actuar para los fines que motivaron su creación” Puede darse el caso que más de un órgano comparta competencias o que las mismas no están claramente definidas, en este caso la autoridad superior dirimirá y buscará que exista coordinación entre los mismos. Cuando el conflicto de potestades se produce sobre aquellas que nacen de la Constitución, es la Corte Constitucional la que dirime y establece a que órgano le pertenece la atribución materia del conflicto.
- **Por el grado:** La organización de la Administración es vertical de allí que es importante que se conozca quien es el superior y quien es el inferior por lo tanto debe existir jerarquía. Dromi en su tratado de

Derecho Administrativo, define al grado como:” la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica”

- **Por el territorio**, que es la jurisdicción territorial, constituye el ámbito sobre el cual ejercen las funciones los órganos administrativos y este ámbito puede ser nacional, regional o local.
- **El tiempo**: Dentro de este tenemos el acto inoportuno cuando el mismo se realiza antes de tiempo y extemporáneo cuando se ha producido luego del tiempo, por efectos del tiempo nacen las Instituciones de caducidad y la prescripción.

Dromi nos habla de la transferencia de competencias entendida esta como el traslado del ejercicio de sus competencias propias a inferiores jerárquicos, el mismo autor expresa que la delegación es expresa y debe contener una clara y concreta enunciación de tareas, facultades y deberes que constituye la transferencia de competencias dando lugar a figuras jurídico administrativas como: Delegación, Abrogación, Subrogación y avocación, brevemente comentaremos cada una de ellas.

- **La Delegación**: Es aquella que nace cuando el jerárquico superior atribuya sus facultades al jerárquico inferior, las que pueden delegarse cuando la norma lo establezca, pudiendo el órgano delegante en cualquier momento revocar de manera total o parcial la delegación conferida, esta debe ser por escrito y contener de manera específica y detallada las funciones delegadas, los límites de la misma y el tiempo de duración.
 - **La Abrogación**: Nace cuando un órgano se atribuye facultades que no le corresponde.
 - **La subrogación**: Por medio de esta figura se permite que en ausencia del representante de un órgano, la competencia se transfiera a otro representante determinado en la norma.
 - **La avocación**: Tiene lugar cuando el jerárquico superior asume conocimiento de los asuntos que le corresponden al inferior.
- **MOTIVACIÓN**.- Para explicar el alcance de la motivación, tomaremos el concepto expresado por el tratadista Agustín Gordillo en su libro “Derecho

Administrativo Tomo III; quien dice: “La motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad.- En todos los casos debe destacarse que la necesidad de motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como “por razones de mejor servicios”, “por ser conveniente y necesario a los superiores intereses del Estado” , “ En virtud de las atribuciones que le confiere claramente la ley, etc. En cada caso será indispensable explicar claramente cuáles son los hechos que se considera probados, cuál es la prueba que se invoca, que valoración recibe, qué relación existe entre tales hechos y lo que el acto dispone, qué normas concretas son las que se aplica al caso (no bastando según quedó dicho, la genérica invocación de una Ley), y por qué se las aplica, etc. Esto demuestra que la motivación no es un problema de forma sino de fondo, y que su presencia u omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión. Ellos, desde luego, la hacen más imprescindible aún...La falta de motivación implica no solo vicio de forma sino también y principalmente vicio, arbitrariedad que como tal determina normalmente la nulidad del acto”.

La motivación en suma, es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo. En ella debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual le permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema.

La Constitución de la República concede enorme importancia a la motivación pues la eleva a categoría de garantía al derecho al debido proceso, cuando define la obligación pública de motivar los actos administrativos que afecten a los particulares. Garantía que también está incorporada en el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, en consonancia con el Estatuto del Régimen

Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que anuncia precisamente la nulidad de aquellos actos que no contengan motivación o esta sea defectuosa.

La motivación, es igualmente un requisito que afecta a la sustancia del acto administrativo, por ello su ausencia o defectuosa expresión genera la nulidad de la resolución. Es más el defecto en la motivación equivale a inexistencia de ella.

El administrado tiene derecho que la administración le explique las razones por las cuales toma la decisión que afecta sus intereses o derechos. De ahí precisamente que el administrado tiene la capacidad de oponerse a la decisión pública, en función de los argumentos jurídicos y más justificativos de los que disponga para destruir la presunción de legalidad del acto administrativo. De suerte que la ausencia o el defecto motivacional no permite al administrado que replique la arbitrariedad potencial en la que puede incurrir la administración, pues obviamente desconoce las razones que orientaron a la administración a tomar la decisión, coartándose el derecho de defensa del afectado. De otra parte, la falta o defectuosa motivación impide, a los órganos tutelares de la legalidad de las decisiones públicas, sea en sede administrativa o jurisdiccional, conocer las razones en las que se sustentó la expedición del acto administrativo.

La Resolución No. 011 – 2002 - AA de la Corte Constitucional (Corte Constitucional) a propósito de la Carta Política de 1998, concluyó:

“La motivación es un requisito esencial que determina la relación de la causa y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación entre la causa y objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación con la finalidad para la que se toma una determinación. El análisis de la motivación toma en cuenta la razón por la que se adopta una decisión y la finalidad de tal decisión, con el objeto de determinar si el acto ha sido o no de manera arbitraria, debiendo aparecer del acto esa motivación, tanto de modo formal como material”.

Del mismo, la Corte Suprema de Justicia (Corte Nacional de Justicia) en sentencia de 9 de noviembre de 1998, preserva la raigambre constitucional del principio de motivación dentro de las garantías del debido proceso y concluye que:

“La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la misma. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia”

Al respecto Héctor Jorge Escola en su “Tratado General de Procedimiento Administrativo”, al referirse a la motivación dice: “Nada obsta a que la administración declare esas causas o motivos y explique la finalidad el acto que dicta. Por el contrario, la obligación de motivar los actos administrativos, impone el examen de esas causas y finalidades y asegurar así, al menos formalmente, que ese examen se efectúe, excluyendo o al menos disminuyendo la posibilidad de actos dictados en forma apresurada, sin basamento legal, o sin el análisis de las situaciones y factores que deben precederlos”; igualmente manifiesta: “Por lo demás - y esto es muy importante - la motivación de los actos administrativos permite de un modo más adecuado su valoración, tanto por los administrados, como por los órganos jurisdiccionales (judiciales o administrativos) que deban pronunciarse sobre su validez o invalidez, ya que estos pueden partir así de supuestos ciertos, respecto de los motivos que tuvo la administración para dictar el acto impugnado”. De lo expuesto se puede concluir que la motivación es uno de los requisitos fundamentales del acto administrativo

- **OBJETO o Finalidad.**- Es la concreción de la resolución administrativa. Puede definirse también como la finalidad, la intencionalidad de la administración pública, encaminada a señalar el alcance o el propósito de la resolución que emite, para crear un efecto jurídico y práctico determinado. Se presume que el objeto o causa superior de la administración pública es el logro del bien común, pero por medio del acto administrativo es factible

determinar de qué manera la administración está protegiendo ese bien común.

De lo manifestado se puede afirmar a ciencia cierta que el acto administrativo debe estar sujeto a la realidad de los hechos y además debe ser material y jurídicamente factible de ser ejecutado, ya que cumple una función de ordenamiento público, tutelando el derecho y orientando la finalidad del bien común.

El objeto es el fin último de la resolución administrativa. Si partimos que la finalidad de la administración pública es el bien común, con la expedición del acto administrativo se muestra de qué forma la administración efectiviza ese bien común. Si la administración tributaria tiene distintos objetivos relacionados directamente con el ejercicio de sus facultades legales, entre la que destaco –su facultad característica-, la de determinación, el objeto es la concreción de la resolución de determinación de obligaciones tributarias. En síntesis, el objeto es el contenido sobre el cual decide, valora u opina la administración, para crear un efecto jurídico determinado, lo que implica que debe ser lícito, cierto, preciso y posible de ejecución.

- **CAUSA.-** No es otra cosa que la suma de antecedentes que exigen la emisión de la voluntad administrativa; es la razón o motivo por la cual la administración pública se ha puesto en movimiento. Puede ser que esta se genere por expresa petición de un administrado o por necesidad de la propia administración; las dos posibilidades requerirán del pronunciamiento del órgano público con capacidad para hacerlo.
- **PROCEDIMIENTO.-** El acto administrativo, para su plena eficacia y valor jurídico, debe observar las normas procedimentales, esto es los trámites y más solemnidades que la ley impone deban observarse de modo previo a su emisión.

La autoridad pública está obligada a ceñir sus actos a los procedimientos legales, no puede omitir su cumplimiento puesto que aquello provoca fatalmente la ineficacia y por ende la nulidad del acto administrativo, desde

luego siempre que esa omisión afecte sustancialmente a la decisión del asunto.

El procedimiento es una garantía que el Estado entrega a los administrados, no es un escudo para la administración. En suma el procedimiento permite al sujeto pasivo ejercer plenamente sus derechos y, la administración está obligada a observar estrictamente tanto el trámite y solemnidades propias de cada asunto y ceñirlas con las garantías al debido proceso previstas en la Carta Política.

- **PLAZO.**- La administración no solo está obligada a cumplir con los requisitos ya señalados, sino que además debe adecuar su actuación a la oportunidad que el hecho puesto a su conocimiento y resolución exige. Cuando la ley señala un plazo o término (En el plazo se cuentan los días calendarios, en el término solo los hábiles laborables) dentro del cual la administración debe decidir, éste debe ser cumplido inexorablemente, puesto que en caso de resolver vencido aquel, este pierde eficacia jurídica en razón de que la autoridad actuó fuera de su competencia temporal respecto del asunto materia de la decisión administrativa.

El plazo es un requisito esencial que afecta a la competencia administrativa; por ello la ley concede espacios de tiempo definido para la que se emita la resolución.

Pero también concede efectos determinados cuando la autoridad no emite pronunciamiento, esto es cuando existe el llamado “silencio administrativo”, el cual puede ser negativo o positivo a los intereses del administrado.

No obstante, cuando la ley no señala un plazo determinado, es obvio entender que la oportunidad de la decisión no puede afectar el interés o el derecho subjetivo del sujeto pasivo. La oportunidad es un aspecto de orden objetivo a la realidad del hecho de que se trate. Así, en el caso de que se pida una intervención municipal para evitar la construcción de una fábrica, dentro de un sitio no admitido. La autoridad está obligada a obrar inmediatamente. No puede esperar a que se concluya la edificación para ordenar su

destrucción, causando de esta manera daño a los solicitantes y aún a la persona que realizó la edificación.

- **FORMA.**- El requisito de forma tiene que ver con el elemento que recubre a la esencia del acto. La forma es el modo o manera de hacer una cosa, según la acepción castellana. En la aplicación jurídica la forma del acto administrativo es la manera que la ley exige debe cumplirse para que se emita la voluntad administrativa.

Dentro de la forma del acto administrativo y de modo común la exigencia jurídica y lógica señala que este debe contener una parte expositiva, otra motiva y finalmente una resolutive. Pero también el acto debe ser escrito para que exista la seguridad de su emisión. Debe estar firmado por la competente autoridad, señalando obligatoriamente, el cargo que esta desempeña, esto es designando el órgano público cuya titularidad ostenta el suscriptor. Además debe señalar el lugar y fecha de su emisión no solo para que exista la certeza de cuando fue emitido, sino para que pueda verificarse si al tiempo de su expedición, quien lo suscribe, ejercía función pública y si lo hizo dentro del tiempo señalado por la ley.

La omisión de requisitos formales puede provocar la nulidad o ilegalidad del acto y, en otras ocasiones su inexistencia jurídica así, si se emite una decisión sin señalamiento de lugar y fecha, el acto es inexistente, pues no se encuentra en la vida jurídica, ya que no puede comprobarse cuándo fue dictado ni determinarse si la persona que lo suscribió ejercía la titularidad del empleo público al emitirlo; la misma suerte corre aquel acto que no se encuentra suscrito.

Igualmente la ley señala formas que deben observarse para que el acto administrativo pueda ser emitido, dentro de estos pueden encontrarse los acuerdos, las ordenanzas, las resoluciones, los decretos ejecutivos, etc. Así también para la emisión de otros actos la ley determina el uso de formularios determinados.

Algunas omisiones formales pueden tornar anulables a los actos administrativos, es decir deben potencialmente ser eliminados de la vida jurídica por parte de autoridad competente, como el caso de la falta de utilización del formulario respectivo o la falta de designación del órgano público del cual emana; aunque en algunos casos la misma ley se encarga de señalar mecanismos para su convalidación.

- **PUBLICIDAD.**- La publicidad del acto administrativo es un elemento más bien que tiene relación con la eficacia del acto, por lo que es siempre posterior a su emisión. Consiste en la forma legal de poner en conocimiento del administrado la decisión de la autoridad pública. Para ello existen varios mecanismos, siendo el más común la notificación escrita, otros pueden ser la publicación del acto en el Registro Oficial, en las pertinentes gacetas o en periódicos de amplia circulación. Aunque en la actualidad con el desarrollo de los medios de comunicación puede realizarse a través de otros mecanismos.

La notificación constituye un requisito de eficacia del acto administrativo, sin la cual el acto se vuelve inviable en sus efectos pues hay desconocimiento de las partes lo que hace que sus efectos sean inejecutables. La notificación constituye el requerimiento fundamental para conseguir la eficacia del acto administrativo. La notificación se encuentra definida en el diccionario jurídico como: comunicar formalmente a un destinatario una resolución administrativa o judicial, por lo tanto es el medio por el cual el administrado tiene conocimiento de las decisiones de la autoridad pública. El modo de comunicar los actos administrativos es generalmente por escrito, la eficacia de los actos administrativos queda supeditada a su notificación, por lo que el acto se lo puede ejecutar una vez que se encuentra notificado. La notificación se enmarca dentro de las reglas del debido proceso, puesto que se garantiza de esta forma al administrado el derecho a la defensa dentro del cual está el derecho de contradicción, y además por medio de la notificación van a transcurrir los plazos para que el administrado pueda impugnar dicho acto, ya sea en sede administrativa o judicial, en virtud de que los términos y plazos se computan en base a la notificación de allí que es de relevante importancia. Por tanto el acto administrativo tiene plena validez aún cuando no haya sido notificado, Pero carece de eficacia puesto que no ha sido puesto en conocimiento del administrado.

La Constitución, la Ley de Modernización del estado, el ERJAFE, el Código Tributario y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en todas estas normas se encuentra prevista la notificación, así en el Art. 86 de la Constitución, numeral 2, literal d nos habla de la notificación la misma que se efectuará por los medios más eficaces que estén al alcance del Juzgador, el legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. La notificación es de tal importancia dentro de nuestro ordenamiento razón por la cual ya ha sido elevada a garantía jurisdiccional.

La Ley de Modernización del estado en su Art. 29 contempla que:” La autoridad administrativa comunicará al administrado, las Resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido o expedito, y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para las notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho.”¹⁹ Por medio de esta norma permite a la administración que en caso de que esta tenga que notificar al administrado, resoluciones tomadas, lo haga por el medio más rápido. Siempre que la legislación permita. La falta de notificación oportuna del acto administrativo puede hacerle perder su eficacia jurídica. Por ejemplo si un servidor público es objeto de una sanción, esta debe ser notificada en un tiempo determinado. Por lo que, si emitida la sanción, no se la ha puesto en conocimiento del interesado dentro de ese plazo, la sanción es ineficaz y por tanto inejecutable.

Es pertinente señalar que la publicidad que hemos analizado se refiere aquella que permite se haga eficaz la decisión administrativa; puesto que, de modo más amplio la publicidad constituye también un elemento propio de la formación de la voluntad administrativa y se lo realiza antes de que esta sea emitida, así por ejemplo cuando se hace una convocatoria pública para una licitación o para un concurso de merecimientos o, en el caso de la publicidad en la Gaceta de la Propiedad Industrial de las peticiones de registros, se está dando publicidad para que las personas que tuvieren interés en los asuntos concurren a ejercer derechos ante la administración. Requisito legal que no puede ser omitido so pena de causarse la nulidad de la decisión pública.

¹⁹ Ley de Modernización del estado

1.5.- Validez y Eficacia de los Actos Administrativos

Se sostiene que un acto administrativo es completo cuando su validez y eficacia son evidentes. Pero sin duda la validez y la eficacia del acto administrativo son cuestiones que si bien están relacionadas son diferentes.

La validez del acto administrativo se refiere a su sustancia, a su ser esencial; pues para que la decisión pública tenga efectivo valor jurídico es indispensable que la formación de la voluntad y su expresión misma haya sido expedida por autoridad competente, observando estrictamente el procedimiento y la forma exigida por la ley para su expedición. Por tanto la validez es la cualidad de idoneidad que recubre al acto al momento de ser emitido que le permite exteriorizar sus efectos jurídicos.

La eficacia del acto administrativo en cambio es el mecanismo por el cual la administración pública logra hacer efectiva su voluntad expresada en su decisión; por tanto es la aptitud administrativa encaminada a que se cumpla lo dispuesto. Solo el acto administrativo eficaz tiene la capacidad de permitir el nacimiento del vínculo jurídico entre los sujetos relacionados con la actividad administrativa de que se trate; esto es entre la administración y el administrado o los administrados a quienes va dirigida la resolución del poder público.

El acto administrativo goza de eficacia cuando se verifica el aviso que la administración realiza al interesado, notificándole con su decisión. Solo en ese momento surge el vínculo jurídico con el administrado y el acto puede ejecutarse. En los actos de efecto general como reglamentos, ordenanzas u otros, la eficacia se genera por su publicación en los diarios oficiales.

Cuando el acto administrativo ha sido adecuadamente publicitado, hecho del cual debe existir constancia procesal, la administración queda habilitada legalmente para obrar y por tanto para hacer cumplir su decisión; pero también el administrado queda habilitado para ejercer su derecho a oponerse a la decisión pública, interponiendo los recursos que le franquea la ley para el efecto, sea en sede administrativa o en sede judicial, según corresponda.

1.6.- Revocatoria de los Actos Administrativos

Primeramente es interesante recurrir a lo que el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas nos dice sobre la revocatoria. Al respecto revocar no es otra cosa que dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico en que unilateralmente se tenga tal potestad, por lo tanto la revocatoria es un acto administrativo por medio del cual se deja sin efecto otro anterior, emitido sobre el mismo asunto sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia al interés público, o en el caso de que la decisión administrativa sea ilegítima; es decir contraria a la razón, a la justicia y al derecho positivo.

De modo general los actos de administración, pueden ser revocados por la misma autoridad que los emitió o, por los superiores jerárquicos, en cualquier tiempo; en razón de que estos no rebasan la esfera de la administración interior de la entidad y están orientados al ordenamiento solo de la entidad.

No generan efectos jurídicos directos en terceros. Es de señalar también que las autoridades públicas, para revocar los actos administrativos, deben necesariamente estar capacitadas legalmente para expedir actos revocatorios; toda vez que el derecho administrativo es esencialmente permisivo solo puede hacerse lo que está dispuesto en la Ley.

No obstante, la finalidad de la administración no solo es el ordenamiento de la sociedad sino la satisfacción de las necesidades colectivas; en razón de lo cual, cuando un acto administrativo lesiona el bien social, debe encontrarse el mecanismo para su eliminación de la vida jurídica. Ese mecanismo es la revocación; la cual es factible usando medios legítimos, sea de oficio o a petición de parte; por el mismo servidor público, por otro jerárquicamente superior, por otro órgano administrativo tutelar ajeno al ente; o, por la acción judicial.

Los actos administrativos pueden ser revocados por los servidores públicos competentes, siempre y cuando la ley les atribuya esa capacidad jurídica.

En sede administrativa pueden hacerlo:

a. La misma autoridad que emitió el acto administrativo. Estos servidores, están en aptitud de dejar sin efecto sus resoluciones, por propia iniciativa (de oficio), cuando no han sido ejecutados, o a petición del interesado o de las personas que de alguna manera puedan estar ligadas a los efectos del acto, siempre y cuando afecte sus derechos subjetivos.

b. La autoridad jerárquicamente superior a aquella que lo emitió. La administración pública está constituida por órganos públicos que mantienen una relación de supra y subordinación jurídica. Los órganos superiores, siempre que la ley permita, están en capacidad de revocar los actos administrativos emanados de autoridad inferior. Pueden hacerlo por medio de la consulta, cuando existen actos administrativos que, para alcanzar eficacia jurídica requieren del parecer del superior, caso en el cual, el órgano emisor, está obligado a requerir la opinión de alzada y este órgano superior esté obligado a pronunciarse: reformando, confirmando o revocando el acto de que se trate.

También pueden hacerlo de oficio, por medio de la institución jurídico administrativa denominada: avocación administrativa; cuando el superior está capacitado, para disponer que el inferior remita el proceso administrativo que contiene la resolución, a fin de estudiarlo y tomar una decisión sobre aquel, la cual puede ser precisamente la revocatoria del acto materia de la avocación.

Es corriente que se sostenga que la autoridad superior de una entidad pública pueda decidir sobre los asuntos competenciales de inferiores jerárquicos en aplicación del principio de “quien puede lo más puede lo menos”; no obstante, es preciso señalar que en derecho público, por su esencia permisiva, las autoridades solo pueden obrar en ejercicio de competencias, atribuciones o facultades determinadas en la Constitución o la ley, de suerte que, la avocación no es una prerrogativa discrecional sino reglada, desapareciendo por ende, la aplicación del mencionado principio en la administración pública.

c. Por un órgano administrativo externo a la entidad de la cual provino el acto administrativo. El aparato administrativo para ejercer su plena capacidad tutelar del bien común y por ende la plena realización objetiva de la norma positiva, establece órganos externos a las entidades emisoras de resoluciones administrativas. Estos

órganos externos de la administración pública tienen la capacidad de confirmar, reformar o revocar los actos puestos en su conocimiento. Un ejemplo de este medio es la capacidad que tienen las Comisiones Regionales de Defensa Profesional, con respecto a las peticiones encaminadas al reconocimiento del derecho de los servidores de carrera cuando son objeto de sanciones administrativas de destitución o suspensión de funciones en el ámbito de la educación; o, la competencia de la Junta Bancaria, respecto de las decisiones que en materia bancaria, de seguros, emita la Superintendencia de Bancos.

En vía jurisdiccional, los actos administrativos pueden ser impugnados ante los órganos judiciales designados legalmente con esa finalidad, para lo cual deben ser interpuestos los recursos contencioso-administrativos, con el propósito de que estos sean anulados o declarados ilegales. La declaratoria de ilegalidad del acto tiene efectos revocatorios, en tanto que la anulación significa eliminación de la vida jurídica del acto administrativo; la primera tiene efecto futuro únicamente, mientras la segunda puede tener efecto retroactivo.

En el Ecuador esos órganos son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y eventualmente, por efecto del recurso de casación la Sala de lo Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Desde luego en materia de actos emanados de la administración tributaria los Tribunales Distritales de lo Fiscal, tienen atribuciones para tutelar los actos relativos a esas materias.

Sin embargo, también la Corte Constitucional tiene competencia para declarar inconstitucionales actos administrativos emanados del poder público, con efecto revocatorio; competencia que indubitablemente permite al órgano tutelar de la constitucionalidad no solo eliminar de la vida jurídica el acto administrativo, sino sustituirlo por otro; es decir expresar la voluntad pública a cumplirse por los administrados y por la administración. La resolución que al efecto expida la Corte Constitucional no puede ser impugnada por vía de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo de lo anotado existen razones para revocar los actos administrativos .los que pueden revocarse por razones de legalidad o de oportunidad.

La revocación, por razones de legalidad, procede cuando el acto administrativo esté viciado de tal modo que no sea factible convalidarlo o subsanar el mal jurídico del que adolece. No son subsanables ni convalidables aquellos actos que han sido expedidos por autoridad incompetente, o cuando su objeto sea ilícito o materialmente imposible de ejecutarse, también cuando no se encuentra debidamente motivado. Estos actos tienen efectos retroactivos y por tanto no generan indemnizaciones a los administrados que puedan resultar afectados por la decisión revocatoria.

En cambio la revocatoria, por razones de oportunidad, puede producirse por motivos de orden público debidamente justificados; en ese caso y, de modo previo a la ejecución del nuevo acto, la administración está obligada a indemnizar a los particulares, cuyos derechos subjetivos han sido lesionados por su expedición.

Estos actos revocatorios solo tienen efecto futuro y, pueden ser impugnados por vía jurisdiccional o constitucional.

ACTOS ADMINISTRATIVOS NO REVOCABLES

Habíamos manifestado que de modo general todos los actos administrativos pueden ser sujetos de revocatoria, siempre y cuando la naturaleza de los mismos así lo determine y desde luego, previo el cumplimiento de las exigencias legales. Por manera que, bien cabe concretar escuetamente aquellos actos administrativos que no son susceptibles de revocación alguna o aquellos que pueden revocarse por la concurrencia de requisitos especiales; entre los cuales tenemos:

a. Aquellos actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración. La actividad discrecional es aquella permisión legal, por medio de la cual la administración pública tiene cierta libertad de decisión por cuanto la norma solo establece competencias generales sin señalar concretamente lo que el órgano público debe hacer en un caso determinado. La discrecionalidad es la excepción en la actividad administrativa; por la cual se faculta al servidor competente para que aprecie libremente los asuntos puestos a su conocimiento y los resuelva.

Esa libertad no es total ya que su propósito fundamental es precautelar el interés público y la aplicación objetiva de la ley, en las particulares circunstancias en las que se requiere la decisión administrativa. En la actualidad, la discrecionalidad pública cada vez es menos frecuente; pues la administración pública está obligada a observar el derecho al debido proceso y las garantías que para su aplicación ordena la Constitución de la República; marco jurídico que no puede ser inobservado por la autoridad.

El Art. 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al referirse a los actos discrecionales de la administración pública determina que corresponden especialmente a esta potestad (debiéndose entender que existen otros actos que tienen esa categoría jurídica), los siguientes:

- a)** Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.

- b)** Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley.

- c)** Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales.

Un ejemplo de la actividad discrecional - prevista en la disposición transcrita- es la competencia de ciertas autoridades nominadoras para designar o cesar a funcionarios de libre nombramiento y remoción. En este caso, sin embargo será necesario que el nombrado reúna los requisitos legales determinados en la Ley de Servicio Público.

La doctrina sostiene que los actos discrecionales contienen ciertos elementos reglados; así como éstos contienen elementos de aquellos, no encontrándose ahora una categoría absoluta de acto discrecional.

Los actos discrecionales son revocables cuando emitidos han generado derechos en terceros y solamente en caso que su beneficiario lo consienta. Sin tal consentimiento no es factible que la administración los revoque por sí misma. En todo caso será factible acudir con recurso de lesividad para que el órgano jurisdiccional los retire de la vida jurídica, cumpliendo los requisitos normados en la legislación.

Los actos discrecionales, conforme el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no pertenecen al ámbito de esa jurisdicción, por manera que, no son impugnables por esa vía. Sin embargo esta regla ha perdido fuerza jurídica en virtud de que el Art. 76 literal "m" de la Constitución de la República de modo expreso faculta a los administrados a impugnar jurisdiccionalmente todos los actos administrativos en la forma que determine la ley; de modo que ahora, también "Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración." (Art. 6 literal a) Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), sus susceptibles de impugnación jurisdiccional.

b. Los actos administrativos certificadorios. Esta especie de acto administrativo, más bien de carácter simple, no puede ser objeto de revocatoria en ningún caso; puesto que son expedidos solamente para dar fe de la existencia de un documento que consta en los archivos o registros de las entidades públicas. El certificado es solamente una expresión de constancia documental, ya que se remiten a los instrumentos públicos a cargo de la administración. La falta de veracidad del acto certificadorio tiene connotaciones penales y aún civiles.

c. Los informes o dictámenes.- Existe una diferencia entre el informe y el dictamen; puesto que el primero solamente es una relación circunstanciada o cronológica de hechos; en tanto que el segundo contiene un juicio de valor, un parecer, una opinión sobre un tema determinado, emitido por funcionario competente, tenemos entonces, que los informes al ser elementos referenciales no son revocables, por cuanto solo se remiten a hechos y no contienen expresión de voluntad alguna. En el caso de los dictámenes es generalizado el criterio de que estos producen efectos inminentes, inmediatos, al tiempo mismo de que son emitidos, pues allí precluye la capacidad de pronunciamiento del órgano consultado; por tanto, para dejarlos sin efecto, será necesario recuperar esa capacidad consultiva por medio de una nueva petición del

órgano consultante. Así por ejemplo en el caso de los “informes” que emiten el Procurador o Contralor Generales del Estado, en materia de contratación pública, contienen la opinión jurídica, económica y técnica del respectivo proceso precontractual; por tanto, una vez emitidos no pueden ser revocados. No obstante la entidad contratante tiene capacidad de petitionar nuevamente la opinión, justificando la solicitud de modo adecuado para que el informante, a base de los nuevos justificativos se pronuncie finalmente.

Es preciso señalar que, cuando el órgano consultivo de la administración pública es individual o burocrático, se genera un conflicto de voluntad, en su efecto subjetivo, por cuanto la opinión es propia de la persona física que la emitió; de manera que al haber, la administración consultante acogido el parecer y emitido la decisión, el órgano consultivo queda en evidente incapacidad jurídica de revocar su dictamen. El conflicto es mayor, cuando la persona natural emisora de la opinión, aun considerando que lo hizo en ejercicio de función administrativa, deja la titularidad del órgano y es sustituido por una persona que tiene una opinión distinta. En este caso, la lógica obliga a pensar que el nuevo funcionario no puede revocar el dictamen, pero está en capacidad de emitir uno nuevo, siempre que el anterior no haya servido ya de sustento para la emisión del acto administrativo.

d. Autorizaciones o aprobaciones. La administración pública está obligada a aplicar y ejecutar el ordenamiento jurídico, lo cual le permite regular el accionar de los individuos a fin de que estos no vulneren el interés público y el derecho de los particulares. Dentro de esta capacidad jurídica se halla la atribución autorizadora prevista en la ley, por medio de la cual, la autoridad pública entrega al particular o a otro órgano público la facultad para hacer alguna cosa en su beneficio; es decir le franquea la libertad suficiente para que, sujetándose al alcance de la autorización, desarrolle la actividad objeto de la petición que la motivara. Al tiempo mismo de concederse la autorización, permiso o licencia se crean derechos en el administrado beneficiario de la misma que le permiten hacer uso de la facultad entregada; en razón de lo cual esta no puede ser revocada. Sin embargo puede ocurrir que la autorización ocasione perjuicios a otras personas o conculque sus derechos, en esa virtud estos pueden pedirla revocatoria del acto lesionador usando los pertinentes recursos. El beneficiario no puede pedir se deje sin efecto un acto que le es favorable.

La autoridad emisora del acto no puede revocar el acto por su propia iniciativa pues para que este quede sin efecto debe recurrir a la justicia presentando la acción de lesividad, cabe recordar que la acción de lesividad se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico concretamente en el Art. 97 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que dice:” *LESIVIDAD: La anulación por parte de la propia administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el Acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro Competente. La acción Contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad*”. Por tanto a través de este Recurso, la administración puede revocar un acto administrativo cuando este causa daño al interés público.

No obstante, es factible que la ley otorgue competencias administrativas revocatorias de esta clase de actos, en ese caso será procedente el pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios que eventualmente pueden ocasionarse al administrado beneficiario de los mismos.

e. Inscripciones en registros. La inscripción es un acto por el cual se deja constancia, en un registro, sobre las decisiones de una autoridad pública o sobre los actos jurídicos realizados por los particulares. La inscripción no es otra cosa que la anotación que se efectúa, por funcionario competente, que certifica un hecho jurídico, a fin de que cause efectos del mismo tenor. Por manera que la inscripción registral no puede ser revocada ni alterada. Es factible que el acto motivador del registro sufra modificaciones o se elimine de la vida jurídica. En ese caso, al margen de la inscripción original debe dejarse constancia de ese nuevo hecho; constituyendo un nuevo registro. El servidor que registra no es quien toma la decisión; sino otra autoridad con capacidad de resolución; o, en el caso de los particulares, son estos quienes acuerdan algo y el registro se convierte en una solemnidad sustancial para que surta los efectos legales correspondientes.

f. Los que han generado derechos en terceros. Sí existen actos administrativos, reglados o discrecionales que crean efectos jurídicos en terceros, estos solo son objeto de revocatoria con el consentimiento expreso del beneficiario del acto, o a través de decisión jurisdiccional.

g. Los nombramientos.- El ejercicio de la capacidad nominadora de la administración no es susceptible de revocatoria peor en el caso de que la persona haya asumido el cargo público. Así en el caso de que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designe a sus autoridades, Superintendentes, etc., este no tiene capacidad jurídica de dejarlo sin efecto, mediante la expedición de otro acto administrativo.

CAPÍTULO II

NOCIONES GENERALES E IMPORTANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.1.- Derechos de Petición

2.1.1.- Concepto de Derecho de Petición

La Constitución de la República en concordancia con lo dispuesto en 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 vencidos 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.”

La disposición legal introduce varios elementos que deben tomarse en cuenta:

1. La petición o reclamo del administrado debe tener la constancia de presentación ante el órgano público competente; esto es la “fe de presentación” en el original del documento entregado a la administración.

Siendo preciso que el administrado obtenga del órgano público un documento, generalmente un formulario de correspondencia, que demuestre la acción o, la constancia en la copia de la solicitud que queda en poder del administrado. Dicha

constancia debe contener la fecha, lugar y la firma del servidor público que receipta el documento.

2. A partir del siguiente día de presentado el petitorio empieza a decurrir el término de quince días para que la administración decida, salvo que la ley determine otro distinto.

3. La administración no puede suspender ni negar la expedición de su decisión.

4. Vencido el término y de no existir resolución, se presume que la petición ha sido aceptada o que el reclamo ha sido atendido a favor del reclamante.

5. El interesado debe solicitar al servidor competente de la administración, certificación sobre el vencimiento del término de quince días.

6. El servidor competente, bajo pena de destitución, está obligado a conferir la certificación respecto del vencimiento del término

7. Esta certificación sirve como instrumento público para demostrar que la petición o reclamo ha sido resuelto favorablemente por efecto del silencio administrativo.

8. Con la certificación el interesado puede ejercer la titularidad de los derechos reconocidos por la ocurrencia del silencio administrativo.

El Derecho de petición se encuentra previsto en la Constitución, concretamente en el Art. 66, numeral 23 de la Constitución que dice:”.....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 nombres del pueblo**”, la petición conforme a Ley de Modernización del Estado debe ser contestada en el término de quince días, salvo que la Ley señale otro término, por tanto para hacer efectivo ese derecho constitucional debe señalarse que la disposición que se comenta agregó como requisito para el ejercicio del derecho reconocido por el ministerio de la ley la certificación del vencimiento del término de quince días que debe otorgarla el funcionario de la misma entidad que no emitió resolución. Situación que pese a la pena de destitución del cargo, en la práctica no se cumple ya que la

administración siempre será renuente a aceptar su incuria y por tanto el derecho que ella permitió que nazca. Por lo que el administrado siempre se encuentra en franca desventaja frente a la administración.

A más de lo manifestado la certificación solo da fe del vencimiento del término; es decir deja constancia únicamente de la fecha en que se presentó la petición y cuando fenecieron los quince días, pues la norma no obliga a que la administración certifique si se ha emitido o no resolución relativa a la materia de la solicitud.

Siendo así el caso, el administrado que no obtenga dicha certificación no puede ejercer su derecho quedando en imposibilidad de lograr que la administración lo ejecute.

2.1.2.- Antecedentes históricos del Derecho de Petición

Se sostiene que surge en la Edad Media como un recurso a través del cual las personas reclaman o participan ante los poderes públicos; esta posibilidad se consolida con el nacimiento del Estado liberal, cuando se lo proclama en derechos como la Petition of Rights de 1625, y luego con lo previsto en el artículo 5 del Bill of Rights de 1689, dictado por el reinado de Guillermo de Orange, en Inglaterra, prescribiendo que “los súbditos tienen derecho de presentar peticiones al rey, siendo ilegales las prisiones y vejaciones de cualquier clase que sufran por esta causa”²⁰.

En dichos tiempos, la importancia de este derecho es reconocida, por cuanto deja de tener el carácter de individual por parte de los súbditos, para extenderse al Parlamento que lo ejerce ante el rey. De esta forma, la petición no sólo tiene un valor jurisdiccional sino también legislativo.

La Revolución Francesa viene acompañada de un sinnúmero de transformaciones en los social, económico y político, por lo que necesitaba un sistema jurídico, y la normativa correspondiente para aplicar dichos cambios, así surgió el derecho de petición, sin embargo no se lo encuentra consagrado en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombres y del ciudadano de 1789.

²⁰ OSSORIO Y FLORIT, Manuel y otros. Enciclopedia jurídica OMEBA, tomo VII, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1962, p. 111

En los Estados Unidos este derechos se lo encuentra en la primera enmienda de la Constitución que dice: ...”el Congreso no hará una Ley por la que se limite el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios”. García de Enterría dice: Que este derecho lo podemos encontrar en un Estado Constitucional ya que lo que existió con anterioridad fue la petición de derechos

En el siglo XVIII, cuando reinaba el absolutismo en Europa, la presentación de peticiones, era considerada en muchos casos, como una inherencia ilícita de los súbditos en jurisdicción de las autoridades públicas y hasta como una especie de rebelión.

De este modo, nuestro Legislador, mediante la garantía constitucional del derecho de Petición eliminó todo carácter ilegal del acto del ciudadano de presentar una petición.

En todas las Constituciones del mundo, existe este Derecho de Petición. Como se dice en doctrina, es uno de los derechos subjetivos del Derecho Público, es decir que tiene relación directa con los intereses y razones de la persona, frente al Estado y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo.

Revisando un poco la historia de este derecho se puede apreciar que el mismo a lo largo de la vida del Ecuador ha existido desde la constitución de 1839, la misma que en su Art. 66 decía: Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la Autoridad Pública.....”: La Constitución de 1835, decía que” El Derecho de Petición, será ejercido personalmente por uno o más individuos a su nombres, pero jamás a nombre del pueblo”; La Constitución de 1843, contenía iguales términos que la de 1835; La Constitución de 1845, decía que todo ciudadano tiene facultad de reclamar sus derechos ante la autoridad; La Constitución de 1850, 1852, 1861, 1869, contemplan iguales derechos; La Constitución de 1878, en su Art. 17 Nro. 5, expresa que todos tienen el Derecho de Petición ante cualquier Autoridad y además de ello a obtener la resolución respectiva: Las Constituciones de 1883, 1897, 1906, 1929, contemplan del derecho que le asiste a las personas de

presentar peticiones, en forma individual o colectiva, pero nunca en nombre del pueblo. La constitución de 1929 trae una nota interesante ya que expresa que no se podrá desechar sin la resolución del caso, pero nada se dice del derecho de recibir contestación a la petición presentada.

La Constitución de 1945 establece el derecho de petición y así mismo establece un plazo de treinta días para dictar la resolución correspondiente. Es la única Constitución que establece un plazo para contestar. La constitución de 1946 solo habla de la libertad de petición por escrito individual o colectivamente ante cualquier autoridad, y establece el derecho de obtener resolución. La Constitución de 1967 igualmente establece un plazo de treinta días para responder las peticiones y guarda concordancia con la Constitución de 1945. La Constitución de 1978, en esta Constitución solo expresa el derecho a recibir la atención o respuesta, pero no establece un plazo, ya que solo dice un plazo adecuado. La Constitución de 1998, mantiene un texto similar de la de 1978. La Constitución del 2008 contempla el Derecho a dirigir quejas y peticiones individuales o colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuesta motivadas. Lo que se encuentra consagrado en el Art. 66, numeral 23. Esta es la gran diferencia, puesto que la respuesta tiene que indicar las normas o principios jurídicos en que se funda y además explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

El derecho de petición es uno de los más antiguos y clásicos consagrados y reconocidos por los estados en pro de los ciudadanos.

Muchos tratados Internacionales se refieren al Derecho de Petición y es así que tenemos:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, recoge el Derecho de Petición en los Art. 18 al 21, al tratar sobre el derecho de participar en los asuntos públicos.
- El Art. 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que señala que toda persona tiene derechos de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente por motivos de interés general, particular y a obtener respuesta.
- La Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Así el derecho de Petición, es un derecho que al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona para concurrir ante cualquier autoridad, exigiéndoles sus criterios o iniciativas o solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

De acuerdo a lo que determina la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de marzo de 1996, en virtud de la salvedad constante en el artículo 28 LME, invocada equivocadamente en colisión con las prescripciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concluyó:

“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 (Gaceta Judicial. Año XCVI, Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1391. Quito, 24 de marzo de 1996).

Al respecto el artículo 177 del ERJAFE prescribe que el plazo máximo para dictar y notificar los recursos de reposición y de apelación será de dos meses, en el caso del recurso de apelación, transcurrido dicho plazo, se lo entenderá favorable.

Por consiguiente, la expedición de la autoridad administrativa de una resolución fuera del término de ley, conlleva su pérdida de competencia dentro del procedimiento.

Cabe recordar las servidoras o servidores públicos de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

2.1.3.- Clases de Petición

Citando a Marienhoff, Horario Creo Bay (1998) manifiesta que “la Administración Pública tiene el deber jurídico de pronunciarse expresamente sobre las peticiones de los particulares”

En este contexto, Edgar Neira Orellana (2003) reflexionando sobre los antecedentes históricos del derecho de petición, manifiesta:

“(…) La Administración subordinada a la ley y al señorío ciudadano no podrá desatender las peticiones que planteen los particulares y deberá en todos los casos resolverlas fundamentalmente, aceptando o negando lo pedido. Y si de hecho guarda silencio, corresponderá a la ley prever los efectos que impidan la paralización de las actividades y corrijan el incumplimiento del deber de resolver a través de un eficaz sistema de responsabilidades (…)

De acuerdo a los diferentes fines que persigue el derecho de petición, se clasifica las siguientes especies:

QUEJAS: Cuando se informa a las autoridades sobre conductas irregulares de los empleados oficiales o de particulares que cumplen la prestación de servicios públicos.

RECLAMOS: Cuando se da a conocer a las autoridades sobre las deficiencias o la suspensión injustificada de un servicio público, bien sea este prestado por empleados o trabajadores oficiales o por particulares.

MANIFESTACIONES: Cuando se da a conocer a las autoridades los puntos de vista u opiniones sobre una materia sometida a una actuación administrativa.

PETICIONES DE INFORMACIÓN. Estas se formulan ante las autoridades para que:

- Dan a conocer su actuación en un caso concreto.
- Permitan examinar los documentos públicos

- Para que expidan copia que reposa en una oficina pública.

CONSULTAS. Son las solicitudes ante cualquier autoridad de una opinión, criterio o concepto relacionada con sus actividades oficiales.

2.2.- Concepto de Silencio Administrativo

El doctor Gustavo Penagos manifiesta que “El silencio administrativo, como la misma expresión lo dice, es la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados”²¹

A su vez el mismo tratadista señala que 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 administrado²².

Por el contrario Roberto Dromi, señala que el “silencio administrativo es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad para no dejar desamparado al reclamante....Por el transcurso de un cierto plazo, sin que la administración resuelva, se presume que ha actuado...”²³

Mientras que el acto administrativo es expresión de voluntad de la administración pública, existen ocasiones en las cuales los órganos administrativos, por negligencia u otras causas no hacen expresión de esa voluntad requerida por los administrados; esto es guardan silencio frente a las peticiones, reclamaciones y recursos formulados para su decisión. El derecho de los ciudadanos debe ser atendido por la administración; por lo que la legislación pretende dar algún efecto jurídico a esa falta de atención pública, en razón de que los asuntos no deben quedar irresolutos.

El silencio administrativo es entonces la falta de pronunciamiento de los poderes públicos, respecto de las solicitudes o reclamos formulados por los administrados. Se sostiene también que existe silencio administrativo cuando existiendo pronunciamiento de la administración pública, este es de tal manera ambiguo, que

²¹Vía Gubernativa. Tercera edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. Colombia, 2005, p. 205.

²²Derecho Administrativo. Séptima edición. Biblioteca Banco Popular, Jaime Vidal Perdomo. 1980. p. 309.

²³ DROMI, Roberto, El Acto Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 3ª. Ed. 1997, p. 53.

no permite determinar con precisión si la decisión es positiva o negativa a los intereses del sujeto pasivo del procedimiento administrativo.

No obstante, a la doctrina no le interesa el silencio administrativo en sí, sino los efectos que la legislación otorga a la falta o ambiguo pronunciamiento administrativo; de tal manera que dichos efectos jurídicos del silencio administrativo son una garantía no solo al derecho de petición sino también al debido proceso.

Si en un primer momento la legislación no contempló efecto alguno a la incuria administrativa, seguramente por cuanto la arbitrariedad del ejercicio de las funciones estatales y de sus órganos era una especie de institucionalidad práctica que, aunque no estaba normada, había sido aceptada casi por todos, posteriormente se determinó la necesidad de encontrar una salida jurídica a esa institucionalidad irregular del poder público, entregando en la ley efectos que sustituyan a la omisión administrativa.

Los efectos jurídicos, de modo general constan en la ley, pero en varias legislaciones han sido elevados a garantía constitucional, dentro del desarrollo del derecho de petición y del denominado derecho al debido proceso.

El derecho de petición no solo tiene como propósito permitir a los administrados la posibilidad de recurrir ante la administración pública con sus petitorios, reclamos o recursos, sino que además tiene complementos indispensables sin los cuales aquella prerrogativa no tendría sentido racional alguno. Tales complementos se refieren a la obligación administrativa de responder de modo concreto las pretensiones de los administrados pero, además dentro del tiempo debido y cumpliendo los procedimientos de rigor. Lo cual significa que es obligación del poder público decidir afirmativa o negativamente las peticiones o reclamos formulados al órgano competente.

La ocurrencia y los efectos del silencio administrativo, son presunciones de derecho; puesto que es el ministerio de la ley el que a través de ellos suple la incuria administrativa para garantizar los intereses del administrado. Por ello la doctrina aprecia que el efecto del silencio administrativo es un acto presunto de la administración, señalado de modo concreto por la ley. Los efectos legales del

silencio administrativo tienen como propósito primordial impedir que la administración abuse de su condición de ventaja frente al administrado, a quien no puede coartarse o impedirse el ejercicio pleno de sus derecho de acceder al servicio público requerido o, de oponerse, en sede administrativa o judicial a la negativa, desconocimiento o no reconocimiento del derecho que se ha reclamado.

Resultaría injusto que la administración, en ejercicio arbitrario del poder público, eluda su obligación de pronunciarse para evitar de este modo que los particulares puedan ejercer los reconocimientos o prerrogativas jurídicas constantes en el ordenamiento normativo de un Estado atinentes al caso de su interés subjetivo. Es por esto que resulta del todo entendible que la legislación se ocupe en un primer momento, señalar periodos de tiempo suficientes para que el pronunciamiento administrativo se produzca y, en un segundo momento establecer un pronunciamiento legal presunto otorgando efectos a la falta de pronunciamiento administrativo o a la ambigüedad de la decisión pública.

Desde luego que, la decisión administrativa legal presunta, debe guardar coherencia absoluta con las posibilidades reales de pronunciamiento administrativo; que no pueden ser otras que negar o aceptar las aspiraciones del administrado. De esto se infiere que los efectos del silencio administrativo pueden ser positivos o negativos.

En el caso ecuatoriano, han surgido dudas para considerar efectos jurídicos al silencio administrativo, las mismas que parten de la aplicación de normas constitucionales. Al respecto, podemos mencionar que la Constitución de la República, contiene varios derechos civiles atribuidos a las personas: “El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”.

Las peticiones o quejas formuladas por los administrados a las autoridades públicas tienen dos direcciones:

A. Recibir la atención o recibir las respuestas pertinentes. En el primer caso, se entiende que formulado un reclamo o solicitud, la autoridad no necesariamente debe generar un acto administrativo; pues la atención generalmente se concede por hechos administrativos; así, cuando el particular reclama por la suspensión del

servicio público de telefonía, la atención se produce con su restablecimiento; o, cuando se requiere la atención médica en un establecimiento público de salud, esta se produce por la intervención del facultativo para determinar la dolencia y prescribir el tratamiento esto se constituye en la actividad material de la administración.

B. La respuesta en cambio, se produce cuando la administración expresa la voluntad pública, por medio de un acto o resolución administrativa de carácter oficial, formal, escrita, directa y susceptible de generar efectos jurídicos inmediatos en el administrado. Por manera que, la respuesta siempre se formaliza con declaración de voluntad expresa. Visto de ese modo, el silencio administrativo (con efecto positivo o negativo), no es en realidad una respuesta; pues no existe voluntad pública alguna, de modo que, cuando la normativa con rango inferior a la Constitución, determina efectos jurídicos no previstos en ese ordenamiento normativo supremo, el cual exige respuesta de la administración, se estaría contraviniendo la norma constitucional.

Todas las respuestas o resoluciones de los poderes públicos que afecten a los derechos de las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho". Si bien es verdad que comúnmente, podría sostenerse que las resoluciones públicas afectan a las personas solo cuando sus derechos han sido desconocidos, no es menos cierto que analizada detenidamente tal expresión, con el propósito de determinar su verdadero alcance jurídico y, recurriendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, encontramos que la acción de afectar tiene varias acepciones:

“Producir alteración o mudanza en alguna cosa”, es sinónimo de anexar; o, “Menoscabar, perjudicar; influir desfavorablemente”.

Si se considera que las resoluciones administrativas pueden hacer viable el reconocimiento de un derecho previsto en el ordenamiento jurídico, respondiendo positivamente a la solicitud o reclamo de un particular; también puede negar, desconocer o no reconocer, total o parcialmente el reconocimiento requerido, respondiendo negativamente la pretensión del administrado. En ambos casos, se produce una alteración del derecho del sujeto pasivo del procedimiento

administrativo; ya que, en el primer caso, la norma positiva, en la que se sustenta el derecho del interesado, se pone en movimiento para ser aplicada a los antecedentes fácticos puestos en conocimiento de la autoridad, los cuales deben constar en el acto administrativo, produciendo éste, una alteración en sus derechos subjetivos; pues a partir de que la decisión pública se torna eficaz, el administrado tendrá en su dominio un derecho adicional, anexado, efectivo, eficaz cuyo título le pertenece y puede ejercerlo; es decir, se afectó positivamente su derecho. En el segundo caso; cuando se produce una respuesta negativa a las pretensiones del administrado se produce también una afectación a sus derechos; pues se alteran aquellos reconocimientos jurídicos en los cuales se fundó su petición o reclamo; haciendo menoscabo del derecho que estimaba le pertenece o influyendo desfavorablemente en su pretensión o propósito.

Igualmente, si consideramos que afectar es anexar; esto es “Unir o agregar una cosa a otra con dependencia de ella.” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua), al expedirse una resolución administrativa que beneficia, que hace viable el derecho subjetivo del particular, es fácil entender que este derecho, nacido de aquella decisión, se une, se agrega a los otros derechos que el administrado tuvo antes de que ese acto haya nacido y se haya tornado eficaz.

De modo que, cuando la Constitución exige, a las autoridades públicas, motivar las resoluciones que afecten a las personas, debe considerarse que aquella obligación es aplicable no solo cuando estas son negativas, sino también cuando son positivas a los intereses o derechos de los administrados; puesto que, en ambos casos se está afectando derechos subjetivos.

De otra parte, debe señalarse que cuando la Constitución menciona a “las resoluciones que afecten a las personas”; estas resoluciones se refieren a los actos administrativos, como formas de expresión de voluntad pública que crean efectos jurídicos directos e inmediatos en las personas, sean naturales o jurídicas; por tal virtud, si se considera que los efectos jurídicos del silencio administrativo, solo dicen relación a derechos reclamados a la administración por particulares, debidamente individualizados, en todos estos casos, la Constitución exige la existencia de resoluciones motivadas y, el silencio administrativo no es una resolución que tenga motivación alguna.

Revisado lo anteriormente expresado, se visualiza que, la Constitución de la República obliga a la Administración Pública a expedir las respuestas expeditas a las pretensiones y derechos de los administrados, a través de actos o resoluciones administrativas motivadas y oportunas; por tal virtud y, considerando que el silencio administrativo no constituye respuesta, sino una ficción jurídica que da efectos, positivos o negativos, vemos que el silencio administrativo vulnera la exigencia suprema de dar respuesta a través de resolución, a las peticiones de los administrados.

2.3.- Naturaleza jurídica del Silencio Administrativo

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, resultaría ineficaz si no se arbitran los medios idóneos para exigir su cumplimiento.

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, que de no darse el silencio negativo, generaría la indefensión del administrado ante la indolencia de la administración.

El silencio negativo, así planteado no era un verdadero acto administrativo de sentidos 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.

En virtud, de ser el administrado, la parte débil en la relación jurídica, se ha desarrollado el concepto del silencio administrativo positivo, este, además de

garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de impugnación, le da una solución efectiva a la petición realizada a la administración, garantizando de esta manera el cumplimiento de derecho de petición del administrado.

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 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 respuestas motivadas en el plazo adecuado. En concordancia con la norma constitucional el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, establece los plazos y condiciones en los cuales operará el silencio administrativo, así el artículo 28 de la referida ley dispone lo siguiente:

"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 inicie la correspondiente investigación."

De esta manera el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina, 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 inicia ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.

La expedición de una resolución fuera del término de ley, conlleva la pérdida de competencia dentro del procedimiento y da lugar a la responsabilidad del funcionario público que hubiere incumplido con su obligación de atender y resolver a la petición de los administrados. *El art. 233 de la Constitución prescribe que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones y serán responsables Administrativa, Civil y Penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.* De lo expresado se llega a la conclusión que todos los servidores y servidoras están sujetos a las sanciones establecidas en la ley.

El Art. 11, numeral 9 de la Constitución establece que *"El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actué en ejercicio de*

una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleados y empleadas públicas 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. De esta norma se aprecia el principio de responsabilidad del Estado, el que fortalece la garantía del ciudadano de reclamar a la administración así mismo limita la capacidad de la administración de deslindarse de su responsabilidad y se le exige que repita contra el funcionario causante del daño.

2.3.1.- El Silencio como hecho administrativo

El tratadista argentino Roberto Dromi afirma que se trata de un hecho jurídico que proviene de la Administración pública e incide en la relación jurídico administrativa produciendo consecuencias jurídicas.

Diferencia con el acto administrativo.- Se diferencia con el acto administrativo puesto que es un acontecer que importa un hacer material, operación técnica o actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa, mientras que el acto administrativo significa siempre una declaración intelectual de voluntad de decisión, de cognición u opinión.

El hecho no es una exteriorización intelectual sino material. Es posible que el hecho administrativo sea la ejecución de un acto o que simplemente sea una operación material, sin decisión a acto previo.

Así por ejemplo en el acto administrativo de demolición de una edificación, ordenar la destrucción es un acto, destruir la edificación es un hecho.

También es un hecho destruir la edificación directamente, sin previa declaración, en cuyo caso faltará el acto administrativo.

2.3.2.- El Silencio como Acto Administrativo

Todo acto administrativo produce efectos jurídicos. Los efectos de los actos administrativos son los resultados o consecuencias que con él se desprenden y que pueden dar lugar a la creación, reconocimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones entre la administración y los administrados; así, en la imposición de una multa existe el crédito y la deuda, respectivamente, para el Estado y el particular. En este caso, el acto administrativo “crea” una situación jurídica, cual es, la de un derecho para el Estado y la de una obligación para el particular. La rebaja de la misma multa “modifica” la obligación. La destitución de un funcionario determina la “extinción” de ciertos derechos que correspondían al defenestrado; y, por último la jubilación de un empleado produce efectos jurídicos como el “reconocimiento” de derechos.

La situación legal de crear, reconocer, modificar o extinguir derechos u obligaciones da lugar a un vínculo jurídico entre administradores y administrados.

2.4.- Clases de Silencio Administrativo

2.4.1.- Silencio Administrativo Positivo

Al contrario del negativo, el silencio administrativo positivo nace con la Ley de Modernización del Estado y se genera cuando la Administración Pública por incuria o negligencia no emite resolución dentro del tiempo asignado por la ley. En este caso la Ley crea una ficción jurídica que suple la voluntad expresa de la administración, cuando confiere un efecto positivo a ese silencio, determinando que ocurrido éste se presume que la o las pretensiones del administrado han sido atendidas favorablemente.

En definitiva el silencio genera un acto administrativo presunto, afirmativo al interés de quien promovió la solicitud, reclamo o recurso administrativo. Se podría entender como una especie de castigo legal a la administración o sus funcionarios que omitieron pronunciarse sobre el asunto que debió generar el movimiento y decisión pública, constituye el efecto frente a la pasividad de la Administración.

Este efecto positivo del silencio puede prestarse, como en efecto ocurre, a que los servidores públicos deliberadamente incumplan su obligación para favorecer intereses particulares; razón por la cual la propia ley debe encargarse de limitarlo de modo que no sea un canal legitimador de arbitrariedades

Producido el silencio positivo el beneficiario de ese acto administrativo presunto está en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y, la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo.

Resulta por demás la exigencia impuesta al administrado, de probar que la administración No cumplió dentro del término legal con la obligación a ella impuesta constitucional y legalmente de dar contestación a su solicitud o reclamo, y la fecha de presentación de la misma, correspondiéndole a la administración la obligación de probar que la misma ha sido contestada dentro del término legal; por un elemental principio procesal justificada la obligación, que en el caso presente surge, corresponde al obligado, en el caso de la autoridad pública, probar que ella cumplió oportunamente con la misma, lo contrario, no sólo que resulta antijurídico, sino absurdo, se estaría obligando a la prueba de un acto.

En la práctica, una vez producido el silencio administrativo, el administrado para hacerlo efectivo debe cumplir con lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado que dice: *“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...”* Precisamente en este momento es donde nace el verdadero problema para el administrado por las cuestiones que tienen que sortear que a continuación anotamos:

En primer lugar aquella constituye la primera traba para que al administrado se le reconozca su derecho, porque en la práctica es casi imposible que el funcionario público competente certifique que no se ha contestado la petición presentada, puesto que hacerlo le significaría aceptar que no ha cumplido con su función, en el

ejercicio cotidiano resulta imposible que el administrado consiga la certificación a la que hacemos referencia, la misma que si se observa lo dispuesto en el Art. 77, numeral 7, literal c de la Constitución, atenta contra el derecho de las personas puesto que: *“Nadie puede ser compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar responsabilidad penal”*, si consideramos lo expresados en la parte final del Art. 28 de la LME, vemos que la Reforma realizada a dicho cuerpo legal limita el derecho del administrado, ya que se remite únicamente a la certificación, que como analizamos anteriormente va a ser casi imposible que la consiga el administrado, por lo tanto esa exigencia atenta contra los derechos consagrados en la Constitución y no se considera lo prescrito en el Art. 10 y siguientes de la Constitución. Primer obstáculo que el administrado tiene que sortear para hacer efectivo el derecho nacido del silencio administrativo Positivo. Presentada la acción de ejecución del derecho generado por el silencio administrativo, la administración, de considerar que no es cierto que dicho silencio ha operado, tendría que negar el fundamento de la acción y para demostrarlo, bastaría con que justifique la existencia de su pronunciamiento o contestación, que desde luego y de acuerdo a lo indicado, debe ser oportuno.

Uno de los problemas que genera esta figura, es el que tiene que ver con cual es el contenido o el sentido que tiene que darse a la inactividad administrativa, esto es cuando la autoridad pública a la cual está dirigida la queja o petición, no lo contesta dentro del término legal que tenía para hacerlo, las diferentes legislaciones y pronunciamientos doctrinarios en un inicio optaron por considerar que este silencio debía considerarse como una negativa o desestimación a dicha petición, configurando lo que se conoce como Silencio Administrativo Negativo, así lo prescribía nuestra Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su Art. 31, literal “C”, posición esta que al decir del maestro Manuel María Díez, tiene fundamentalmente efectos procesales, permitiendo al administrado impugnar en vía contenciosa administrativa, el acto administrativo presunto que con el carácter de negativo se había configurado, como consecuencia del silencio.

La vigencia de la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial 349 de fecha 31 de Diciembre de 1993, en su Art. 28 recoge, nuevas y correctas posiciones de derecho positivo mundial y de la actual doctrina administrativa, relacionadas con el tema en estudio, al introducir en nuestro sistema jurídico la

figura del “Silencio Administrativo”, prescribiendo que la no contestación de la autoridad pública dentro del término de quince días, a las solicitudes a ellas dirigidas por los administrados, debe entenderse en el sentido de que la petición ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. La disposición citada, con claridad meridiana consagra el silencio administrativo positivo y, además precisa al término que debe transcurrir para que este se produzca, debiendo aclarar que el mismo es aplicable siempre y cuando una norma legal expresamente no señale otro distinto, como sucede por ejemplo con el establecido por el Art. 206 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que establece el plazo de dos meses entre otros.

Como consecuencia del silencio administrativo, en los términos antes mencionados, se produce a favor del administrado un derecho que nace por el ministerio de la ley y por lo tanto una contestación extemporánea negativa no lo puede afectar, así se ha pronunciado reiteradamente la Sala Especializada de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, recogiendo pronunciamientos doctrinarios modernos.

La certificación del silencio administrativo positivo en su titularización es consecuencia de una reforma introducida al citado Art. 28 de la ley de modernización (R.O. 144 14 de Agosto-2000) en virtud del cual se exige al administrado titular del derecho que a su favor ha nacido como consecuencia del silencio administrativo, previo al ejercicio del mismo, titularizar dicho silencio, solicitando al funcionario público competente se le conceda “.... *Una certificación que indique el vencimiento del término....*”, se refiere a aquel que tenía el funcionario para pronunciarse sobre la solicitud o reclamo.

De esta forma se consagra una verdadera barbaridad jurídica en contra del derecho de petición, se ataca y lesiona tremendamente la figura del silencio administrativo positivo, se atenta en contra de elementales principios jurídicos, dificultando y en algunos casos, incluso imposibilitando el ejercicio o la ejecución de los derechos que a favor del administrado había configurado la inactividad o falta de pronunciamiento de la administración.

Es necesario precisar que la Sala Especializada de lo Administrativo, se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el silencio administrativo positivo

da lugar a un juicio de ejecución y no de conocimiento, constituyendo un precedente jurisprudencial obligatorio y que por lo tanto así tiene el administrado que dirigir la acción correspondiente.

Recordemos que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado establece para las autoridades públicas que incumplieren con su obligación de contestar las solicitudes o reclamos dentro del término legal, sanciones, por lo que resulta prácticamente imposible el conseguir que dicha autoridad extienda el certificado exigido por la reforma analizada, sabiendo que ello significa aceptar el haber cometido un ilícito.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el afán de superar el problema que se presenta ante la negativa o resistencia del funcionario de conceder la certificación referida se ha pronunciado en el sentido de que cuando esto suceda, el administrado podrá requerir judicialmente dicha certificación, y, que para el caso de no ser atendido “... *Luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales de destitución del funcionario y que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces con tal diligencia que suplirá por el ministerio de la ley al instrumento publico de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenara su ejecución en sentencia....*” (Sentencia dictada el 26 de Septiembre del 2002. Juicio seguido por Gloria Juárez Lucero en contra del Consejo Provincial del Azuay).

Este pronunciamiento en algo brinda una solución al problema y pretende proteger los derechos de los administrados, sin embargo, lo procedente para conseguir una verdadera protección a esos derechos y una verdadera vigencia de garantías consagradas constitucionalmente, es que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o la sala especializada de lo Contencioso Administrativo, cuando fuera el caso acogiendo a la facultad que les concede la Constitución, declaren inaplicable el precepto jurídico que exige la certificación del silencio y al que se viene haciendo referencia por contrario a la norma constitucional.

Las normas constitucionales que contravienen el precepto jurídico comentado entre otras son las contenidas en el Art. 66 numeral 23, Art 86, 87, 88 de la Constitución que prescribe la aplicación inmediata y directa de las garantías constitucionales por y ante cualquier juez, debiendo en lo que tiene que ver con estas garantías y derechos constitucionales estarse a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia y la prohibición de exigirse para el ejercicio de estos derechos, condiciones y requisitos no establecidos en la Constitución.

En el caso de producido el silencio administrativo positivo, el administrado no obtuvo la certificación a la que hace referencia la parte final del Art. 28 de la LME, el administrado tiene el derecho de concurrir ante el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a solicitar mediante un requerimiento judicial el reconocimiento de dicho derecho, el mismo que nació de una Resolución de la Ex Corte Suprema de Justicia y que es aceptada en el País como jurisprudencia, conforme lo he dejado manifestado en líneas anteriores, en la Ley no costa dicha diligencia, ya que de lo que habla la parte final del Art. 28 de La Ley de Modernización del Estado es la certificación de la autoridad correspondiente de que no se atendido tal o cual petición. en el caso de que el administrado no tenga la certificación correspondiente de que la administración no ha contestado su petición dentro del término concedido se ve en la necesidad de concurrir al Tribunal Contencioso solicitando que se certifique que la administración no ha contestados su petitorio por tanto el administrado se ve abocado a un nuevo procedimiento que le titularice el derecho que nació del silencio administrativo, si bien es un trámite sencillo, atenúa el problema, sin embargo para el administrado, constituye una barrera más para que se le reconozca y haga efectivo su derecho.

Para abundar más citaré las sentencias dictadas por el H. Tribunal Contencioso Administrativo Nro. 3 con sede en Cuenca, dentro del juicio contencioso administrativo propuesto por la Dra. Dorila Ximena Tapia, contra el Consejo de la Judicatura, quien presento la acción contenciosa administrativa ante dicho Tribunal, solicitando la ejecución del silencio administrativo, más por ausencia de la certificación a la que hace referencia la parte final del Art. 28 de la Ley de Modernización del estado, se convirtió en un juicio de conocimiento como así lo ha calificado el H- Tribunal, pues en el considerando NOVENO dice:” *Para desentrañar la esencia de la controversia y en función de lo expuesto en consideraciones*

precedentes, el Tribunal estima necesario decir, que la Jurisprudencia originada en las Resoluciones de la Sala Especialidad de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el silencio administrativo Positivo, podría en el ámbito judicial tramitarse como un juicio de ejecución, siempre que el recurrente presente en el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la certificación de la correspondiente entidad que la solicitud del actor no ha sido contestada en el término que determina la Ley o en su defecto la certificación, de que la solicitud no ha sido considerada. La certificación requerida es un documento que otorga la titularidad del derecho al recurrente y en estos casos lo procedente es que se analice la demanda como un juicio de ejecución. En tanto que la ausencia de dicha certificación originaría un juicio de conocimiento. Es oportuno indicar que esta opinión es vertida por los mismos integrantes de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la fenecida Corte Suprema que dicto el fallo de triple reiteración referida al silencio administrativo positivo, aclarando que estas afirmaciones fueron posteriores al pronunciamiento de triple reiteración-. En la especie no existe constancia de la mentada certificación, por consecuencia no cabe admitir que es aplicable al caso un juicio de ejecución sino un juicio de conocimiento.....por lo que ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la demanda y admite que el silencio administrativo se ha generado y dispone pagar las remuneraciones solicitadas.”.

En la sentencia constante en líneas anteriores se puede apreciar que a la recurrente una vez producido el silencio administrativo ´por falta de pronunciamiento de la administración a su petitorio y por cuanto no pudo obtener la certificación a la que hace referencia la parte final del Art. 28 de la Ley de Modernización del estado su juicio se tramitó como un juicio de conocimiento, más no de ejecución, convirtiéndose el silencio administrativo positivo generado a favor del administrado en un barrera, que si bien al dictarse sentencia se reconoció que se había producido silencio administrativo, sin embargo para que ello ocurra se debió tramitar un proceso contencioso administrativo, lo que le impidió a la administrada hacer efectivo su derecho nacido de la falta de pronunciamiento de la administración, para que aquello ocurra, se debió tramitar un proceso, como he manifestado en líneas anteriores, evacuar prueba y luego de ello obtener una sentencia, si vamos a la

práctica se aprecia de primera mano que no es fácil para los administrados concurrir al Tribunal Contencioso con una demanda para que se le reconozca sus derechos, puesto que al no obtener la certificación, necesita titularizar su derecho por medio del Tribunal Contencioso Administrativo, presentando una petición, se aprecia que la obtención de tal certificación constituye una limitación al derecho de petición, sin embargo para darle viabilidad la Sala Especializada de la Corte Suprema en fallos de triple reiteración dispusieron la práctica de la diligencia que se conoce como titularización del derecho que se practica ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo (Resolución Nro. 35-02, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII Nro. 14, pág., 4797), en esta petición se solicitará:

- 1.- Certificación de que la petición que se adjunta ha sido presentada en la fecha indicada.
- 2.- Que la misma no ha sido contestada dentro del término establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.
- 3.- Que si ha existido una contestación extemporánea y posterior a la fecha de haber fenecido el plazo antes indicado, se me notifique con la Resolución correspondiente.

La cuantía es indeterminada y el trámite sumario.

Se señalará domicilio judicial y autorización al Abogado Patrocinador.

Una vez presentada la petición el Tribunal, este en auto de aceptación a trámite requiere judicialmente a la Administración que en el término de cinco días presente la certificación en la que se indique el vencimiento del término que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Si la administración cumpliera con su deber no se darían los inconvenientes para el administrado, puesto que si la administración contestará las peticiones dentro del término que tiene para hacerlo, y si dado el caso al administrado se le niega su petitorio, el administrado está en plena capacidad de concurrir al Tribunal, impugnando el acto administrativo que vulnere sus derechos, sin embargo sino tiene la negativa y se produce el silencio administrativo positivo para hacer efectivo dicho derecho tiene que obtener la certificación que en líneas anteriores hemos manifestado, caso contrario tiene que realizar una diligencia titularizando su derecho, por medio de una diligencia que se tramita en el mismo Tribunal Contencioso, anteriormente. De lo manifestado vemos que al administrado por la falta de la certificación a la que me he referido se ve impedido de concurrir al

Tribunal contencioso, pues si no tiene dicha certificación lo que tienen que demandar es un juicio de conocimiento mas no de ejecución. Así se ha pronunciado la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en fallo de triple reiteración referida al silencio administrativo positivo, aclarando que estas afirmaciones fueron posteriores al pronunciamiento de triple reiteración.

Dentro del juicio planteado por Nancy Yolanda Galarza López, quien comparece al Tribunal Contencioso Administrativo y demanda al Consejo de la Judicatura, y quien titularizo su derecho nacido del silencio administrativo positivo, y solicito que en sentencia se declare: Que ha operado el silencio administrativo y se disponga la cancelación del excedente no remunerado. Aceptada a trámite la demanda, se procede a citar a la parte demandada, quien contesta la demanda dentro del término de Ley y propone excepciones, así mismo solicita que evacuará pruebas dentro del respectivo término. Por lo que el H. Tribunal en base a la garantía constitucional del Derecho a la defensa y no dejar a las partes en estado de indefensión dispone la evacuación de pruebas presentadas por las partes y concretamente al resolver dice: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: *Declara que ha operado el silencio administrativo y se dispone el pago de todos los valores que corresponden a la banda ancha techo , esto es la diferencia entre lo percibido y lo que corresponde, con intereses, todo lo cual se liquidará pericialmente, ejecutoriada esta sentencia. Sin costas.* Dentro de esta sentencia se puede apreciar que si bien opero el silencio administrativo este estuvo sujeto a la tramitación de un proceso contencioso administrativo para que en sentencia reconozcan el derecho de la recurrente, Por tanto si consideramos que operado el silencio administrativo este está sujeto a la tramitación de un proceso, ya que las partes tienen derecho a la defensa, conforme a la norma constitucional, de allí que se convierte en un juicio sujeto a un procedimiento determinado, mas en la práctica y en todo los juicio revisados en el Tribunal Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca, procesos consultados se ha observados que no se ha dictado sentencia en forma inmediata, sino por el contrario citada la parte demandada, seguidamente se ha concedido a las partes el respectivo término de prueba, se ha evacuado prueba y luego se ha dictado sentencia. Por tanto se observa que una vez operado el silencio administrativo este tiene que ser reconocido por el Tribunal correspondiente siempre y cuando el administrado trámite un juicio contencioso que

si bien es de ejecución conforme a la normativa en la práctica tiene que cumplirse con las etapas procesales respectivas, acogiendo la norma Constitucional del Derecho a la Defensa.

Existen sin embargo requisitos indispensables que deben cumplirse para que este acto presunto sea válido. Evidentemente, no puede nacer el efecto positivo del silencio administrativo cuando la petición, reclamo o recurso administrativo ha sido presentado ante autoridad sin competencia para resolverlo; tampoco surge el efecto positivo cuando las pretensiones del administrado son contrarias al ordenamiento jurídico o la moral pública. De suerte que la pretensión siempre debe ser lícita y susceptible de ejecución.

CASOS EN LOS QUE NO SE GENERA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Existen varios casos en que no se puede generar el efecto positivo del silencio administrativo, por la naturaleza misma de las pretensiones de los administrados o de las instituciones jurídicas involucradas en ellas; entre ellos podremos encontrar:

1. Cuando la petición del administrado ha sido dirigida y presentada ante autoridad incompetente; esto es cuando a dicha autoridad la Constitución y la ley no le han entregado derechos para que pueda expresar la voluntad pública relativa al caso puesto en su conocimiento.
2. Cuando se pretende el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo, toda vez que, en este caso, es el propio administrado quien hace abandono del derecho, sea por desconocimiento de las vías legales que le asisten, por negligencia en su ejercicio o por voluntad. No será entonces, a través de una petición extemporánea y de la falta de respuesta de la administración que ese derecho, fenecido por el ministerio de la ley quede restituido; pues claro está, que solamente la Ley tiene la fuerza jurídica suficiente para restablecer un derecho extinto.
3. Cuando los administrados solicitan a la administración pública la emisión de normas jurídicas de carácter general, pues no es la falta de pronunciamiento al pedido, la que puede poner en vigencia disposiciones normativas. Aceptar lo

contrario sería otorgar a los particulares capacidades colegislativas que solamente están facultadas a los órganos públicos dotados de esa reserva jurídica por la Constitución o la ley.

4. Tampoco procede cuando los particulares peticionan derogatorias, reformas, interpretaciones o revocatorias de actos de efecto erga omnes, por razón de que el silencio administrativo solo tiene efectos individuales o concretos y no es mecanismo para modificar el ordenamiento jurídico; lo cual se aplica también para el caso precedente.

5. Cuando el administrado no tiene una legitimación activa del derecho reclamado; esto es, cuando el peticionario no esté en idoneidad jurídica para beneficiarse de la incuria administrativa por la falta de vinculación real de éste frente al obrar administrativo que se pretende.

6. Cuando los administrados peticionan concesiones o delegaciones de servicios públicos atribuidos al Estado o sus instituciones; pues en ese evento debe considerarse sobre todo el interés público frente al interés individual pretendido. Los servicios y bienes públicos son administrados por los órganos públicos en guarda del interés y beneficio colectivo.

7. Cuando los particulares solicitan a las entidades públicas se emitan nombramientos o contratos para prestar servicios en ellas; ya que en ese caso debe observarse el procedimiento concursal previsto en la ley para el ejercicio del cargo público y, establecerse la necesidad del servicio, como también la existencia de vacantes y recursos económicos a los que se aplicaría el gasto. Además por cuanto la relación de servicio administrativo entre los empleados públicos y la administración tiene elementos de bilateralidad en los que confluyen las voluntades del particular con el órgano administrativo.

8. En el evento de que los particulares soliciten contratar con el sector público, sin intervenir en los procesos de selección correspondiente. Así como en los procesos de contratación; por cuanto en esta clase de relaciones se aplican los principios de igualdad en la contratación y de autonomía de las voluntades; adicionalmente, por

cuanto, se estaría privilegiando a un particular en perjuicio de otros que potencialmente tengan las mismas condiciones que el solicitante.

9. En materia de contratación pública, y concretamente en los procesos de ejecución contractual; toda vez que los contratos son ley para las partes, deben ser ejecutados de buena fe y solo pueden ser modificados por expreso acuerdo de las partes. Los contratos se sujetan a los principios de autonomía de la voluntad e igualdad en la contratación.

En efecto, la relación jurídica que genera el contrato, es de carácter bilateral, pues los contratos son acuerdos de voluntades generadores de derechos y obligaciones recíprocas; por tanto, sus estipulaciones son ley para las partes, debiendo ejecutarse de buena fe, siendo que solo pueden modificarse de común acuerdo por las partes. Son principios fundamentales que rigen la contratación los de autonomía de la voluntad e igualdad de las partes en la contratación: el primero que dice relación a la libertad individual para contratar, es decir a la discrecionalidad de las personas para contraer compromisos y obligaciones, pues las personas no pueden ser compelidas a contratar en contra de su voluntad, de sus intereses y derechos; en tanto que el segundo se refiere a que las partes contratantes están sometidas al mismo ordenamiento contractual y a la naturaleza de las obligaciones adquiridas; la igualdad en la contratación es un derecho a gozar de atributos comunes y recíprocos entre las partes pues se origina precisamente en el acuerdo de voluntades suscrito por ellas. Los dos principios engloban una situación jurídica evidente que es la de ubicar, en materia de contratación pública, tanto a la administración como al administrado en una relación de contraprestaciones recíprocas.

El efecto positivo o negativo del silencio administrativo, por tanto, es absolutamente contrario a la naturaleza jurídica de la contratación pública, ya que atenta precisamente a los principios de autonomía de la voluntad y al de igualdad en la contratación; por virtud de que a través de dicha institucionalidad jurídica, las partes estarían en capacidad de modificar los convenios o contratos, sin contar con la expresa voluntad del otro, generando de esta manera una desigualdad jurídica; todo lo cual es contrario a derecho. El efecto que la ley otorga al silencio administrativo solo es aplicable a los casos en los cuales existe una relación directa entre los sujetos del procedimiento administrativo que se caracteriza por su desigualdad.

En efecto, mientras la administración es el sujeto activo del procedimiento, porque a ella le está atribuida la capacidad para procedimentar y decidir sobre los asuntos relativos a su ámbito competencial, se trate de solicitudes, quejas, denuncias, reclamos o recursos; el administrado es el sujeto pasivo del procedimiento administrativo; pues si bien sus pretensiones deben ser consideradas, ello no significa que necesariamente éstas puedan estar enmarcadas en el ordenamiento jurídico, estando obligada a cumplir las resoluciones administrativas que emanan de los órganos del poder público. En materia de contratación pública esa relación de desigualdad, entre la administración y los administrados, desaparece para dar origen a un sistema de igualdad en las contraprestaciones, el mismo que solo puede ser modificado por voluntad expresa de las partes.

10. Tampoco puede operar el silencio administrativo positivo, cuando la administración pública, en su primer nivel decisorio y, dentro del tiempo legal, adoptó una resolución negativa a la pretensión del administrado y, éste interpone recurso administrativo. El nuevo nivel al que se recurrió solo está haciendo tutela administrativa de la legalidad del acto materia del recurso; razón por la cual, en ese evento es inoperante e inaplicable el silencio positivo en razón de que ya existió pronunciamiento oportuno de la administración.

11. No opera el efecto positivo del silencio administrativo en las relaciones interorgánicas de la administración pública; esto es en aquellas actividades que se realizan entre entes del sector público, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Puesto que el derecho a beneficiarse del efecto positivo del silencio administrativo corresponde a los particulares.

12. Tampoco puede operar el efecto positivo del silencio administrativo cuando la pretensión del solicitante, reclamante o recurrente puede de alguna manera, involucrar derechos de otras personas que debían concurrir o han concurrido al procedimiento administrativo; puesto que dicho efecto solo se aplica para el caso de que derechos, directos, individuales, reclamados por los particulares que no afecten a derechos que pueden pertenecer a otras personas.

13. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha determinado, en varios fallos que siendo la Ley de Modernización del Estado un

cuerpo jurídico de carácter ordinario, el efecto positivo del silencio administrativo establecido en su Art. 28, no tiene aplicación alguna frente a disposiciones contenidas en leyes orgánicas que contienen efectos diferentes; refiriéndose concretamente al caso de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (ahora Ley de la Contraloría General del Estado). Es necesario señalar que existen disposiciones en la COOTAD, que también tiene efectos negativos al silencio administrativo y que, en otras leyes aún ordinarias se contiene para ciertos casos disposiciones expresas que dan efecto negativo a la falta de pronunciamiento de la administración. De tal suerte, ha de entenderse que, el efecto previsto en la Ley de Modernización del Estado es solo aplicable al caso en que la Ley no señale de modo expreso un efecto distinto al silencio administrativo; así se desprende de los expedientes Nos. 8 y 16 que contienen sentencias de Casación expedidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema que se encuentran publicadas en el Registro Oficial No. 332 de 23 de mayo de 2001.

14. Tampoco puede operar el silencio administrativo cuando se peticiona al ente público el pago cuantificado de indemnizaciones de daños y perjuicios en razón de que de modo previo a tal cuantificación debe establecerse legalmente los daños causados y el derecho que el interesado tiene para ser compensado por aquellos. En suma, le corresponde a la administración nutrirse de todos los elementos fácticos sobre la ocurrencia de un hecho atribuible a ella, el alcance de los efectos suscitados, los daños y perjuicios producidos, su cuantificación; y, finalmente, la identidad y el derecho de las personas que sufrieron las consecuencias del hecho; para finalmente pronunciarse sobre la pretensión; por manera que la simple solicitud no es suficiente para el obrar administrativo; ya que a ella corresponde determinar efectivamente la licitud de la petición.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Se ha discutido reiteradamente sobre los beneficios que el silencio administrativo positivo consagra a favor del administrado. De una primera apreciación resultaría evidente ese beneficio, pues la ley suple la incuria del funcionario público, no obstante cuando se hace un análisis más detenido del tema se halla algunos desencantos para el administrado. Al respecto la Corte Nacional de Justicia, ha reiterado el nacimiento de un derecho autónomo como consecuencia del silencio

administrativo, la inactividad material de la Administración dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico, hecho al cual la ley le confiere efectos jurídicos por la aplicación del silencio administrativo, da lugar al nacimiento de un derecho subjetivo autónomo que trae consigo la pérdida de competencia del órgano resolutor, al no haberse pronunciado en los términos previstos en la Ley, por lo tanto caduco la facultad de la Administración para expedir una resolución, decisión administrativa que emitida fuera del tiempo previsto en la Ley será nula de pleno derecho, pues habría sido dictado en contravención al acto presunto que ya nació a la vida jurídica y que generó un derecho subjetivo autónomo, pues estaría viciado de nulidad, conforme lo determina el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Como hemos analizado si bien la Ley de Modernización del Estado con la Reforma introducida, da lugar al nacimiento de un derecho para el administrado, por medio del reconocimiento del silencio administrativo positivo, también es verdad que la misma Ley de Modernización del Estado le trunca al administrado el reconocimiento de dicho Derecho, puesto que introduce la figura de la certificación a la que hace referencia la reforma introducida, de tal suerte que el administrado se ve en la necesidad de solicitar a la administración, la certificación de la que habla la parte final del art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, sin embargo se ha podido observar que la administración no cumple en primer lugar con su obligación de atender el requerimiento del administrado, y en segundo lugar tampoco confiere la certificación que necesita para accionar en el ámbito judicial. Lo expresado se lo ha probado con las sentencias citadas de los señores Dorila Tapia, Nancy Galarza, y Yolanda Juárez Lucero, y muchas más que se ha consultado en el Tribunal Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca, donde se ha podido observar que todos los administrados que han concurrido a dicha instancia, se han visto en la necesidad que titularizar su derecho, pues ninguna administración les ha concedido la certificación una vez producido el silencio administrativo, y han tenido que presentar la acción contenciosa, por lo que se aprecia que son varias las actuaciones que tiene que realizar el administrado.

De lo expresado es necesario que se introduzca una Reforma que en primer lugar elimine la certificación, porque en la práctica ninguna administración confiere la mencionada certificación, hacerlo significaría aceptar su negligencia, por lo que el

administrado tiene que recurrir a la titularización ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo ha obtener la titularización del derecho nacido a su favor por efecto de la inactividad de la administración; y, en segundo lugar, con la titularización tiene que presentar y tramitar una acción contenciosa administrativa para que en sentencia se le reconozca el derecho adquirido, por tanto se puede observar que una vez presentada la petición o reclamo a la administración por parte del administrado este no le contesta dentro del término previsto, luego de ello el administrado tiene que presentar la solicitud requiriendo la certificación de vencimiento del término, como la administración no la va a conceder, el administrado tiene que recurrir a otra diligencia de titularización, pero allí no termina el camino por recorrer, pues con aquella titularización tiene que presentar una acción contenciosa administrativa, por lo que se puede observar a simple vista que el hecho de que se produzca el silencio administrativo positivo le significa al administrado que tiene un largo camino por recorrer para que haga efectivo su derecho. Sería importante y necesario que se dicte una Reforma que contenga la obligación de que la Administración productora del silencio administrativo positivo de cumplimiento al derecho que permitió que nazca sin agotar la vía judicial y en forma inmediata la Administración en primer lugar disponga la iniciación del sumario administrativo contra el funcionario que permitió el nacimiento del silencio administrativo, así como se haga efectivo el derecho de repetición en favor del Estado contra el funcionario que permitió el nacimiento del silencio administrativo positivo, conforme a lo dispuesto en el Art. 11, numeral 9; en dicha reforma se prescribirá que una vez producido el silencio administrativo positivo en forma inmediata la Administración de cumplimiento a la petición aceptada por efectos del silencio administrativo, sin ningún otro trámite ya que como se ha comprobado en la actualidad representa para el administrado primero un proceso sumario de titularización y luego de ello un proceso contencioso administrativo que como hemos analizado que si bien en sentencia se reconoce el derecho nacido del silencio administrativo también es cierto que para ello, el administrado tiene que tramitar un juicio que si bien la Ley dice que es de ejecución y no de conocimiento, en la práctica el mismo es de conocimiento ya que no se pueden desconocer lo previsto en el Art. 76, numeral 7, de la Constitución

Considero que es de enorme importancia introducir la Reforma respecto al Silencio Administrativo, pues sería una forma de obligar a la Administración en primer lugar a que cumpla con su obligación que se encuentra prevista en el Art. 227 de la

Constitución, ya que al permitir por su inactividad el silencio administrativo positivo esta atentado con lo previsto en la norma antes citada, ya que la Administración Pública constituye *“una servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, transparencia y evaluación”*. El no atender los requerimientos de la colectividad es no cumplir con eficiencia lo encomendado por el Pueblo Ecuatoriano.

2.4.2.- Silencio Administrativo Negativo

Es una institución jurídica mediante la cual la ley determina un efecto jurídico negativo a la falta de pronunciamiento oportuno de la administración. Este efecto contempla la presunción de que las pretensiones del administrado han sido negadas, cuando la administración no emitió pronunciamiento dentro del tiempo que la ley le concede a ese objeto. La Ley entonces suple el silencio de la administración, y crea una ficción jurídica a la que se le denomina acto administrativo negativo presunto.

El propósito de este efecto negativo, es posibilitar al administrado que ejerza su derecho de oponibilidad en vía administrativa o judicial, según sea el caso.

Esto se explica por cuanto los administrados con interés directo en un asunto, sin la existencia de un acto administrativo, no están en capacidad jurídica para recurrir ante las competentes autoridades a fin de que sus derechos sean reconocidos. De tal modo que el acto negativo presunto, que es una ficción, permite o viabiliza al interesado, impugnar dicha negativa ante otros órganos públicos a fin de que, dejándolo sin efecto jurídico, sus derechos sean estimados del modo que corresponde al ordenamiento jurídico.

En la medida en que resulta indispensable proteger el interés colectivo, representado por el Estado; así como el equilibrio de los derechos subjetivos, sin duda alguna que el silencio administrativo negativo es el que más se ajusta a la realidad de la administración pública; puesto que el interés general no puede ni debe ser afectado por la incuria de los servidores públicos, por su negligencia y aún por sus inconfesables intereses en los casos puestos a su resolución. De suerte que,

siendo los recursos contenciosos administrativos, un mecanismo encaminado a tutelar la legalidad de los negocios del poder público, el silencio negativo, permite a los órganos judiciales determinar la procedencia o no de las pretensiones de los administrados; pudiendo entonces, de ser el caso, dejar sin efecto la negativa presunta y reconocer el derecho del interesado o, ratificar la legalidad del acto negativo presunto, cuando las pretensiones sean contrarias al ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

3.1.- El Silencio Administrativo en Venezuela

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en vigor desde el 19 de enero de 1982, produjo uno de los más grandes cambios que haya sufrido jamás la Administración Pública Venezolana. Se trata de una Ley revolucionaria, cuyo impacto en el comportamiento administrativo pudo ser mucho mayor del vislumbrado. Pero la Ley Orgánica, por sobre todo, marca una etapa de primera importancia en la evolución no sólo del Derecho Administrativo sino de las Ciencias de la Administración. Todo el esfuerzo de reforma administrativa realizado en nuestro país a partir de los años sesenta, particularmente en el ámbito del funcionamiento de la Administración Pública, encontró en esta Ley una serie de normas y obligaciones expresas, cuyo cumplimiento seguramente transformó los sistemas y procedimientos administrativos y el tratamiento de los administrados por los funcionarios.

En términos generales, esta ley, regula cuatro aspectos fundamentales con relación a la Administración y relaciones con los particulares. La Ley precisa, por una parte, una serie de potestades administrativas y establece una serie de deberes y obligaciones de los funcionarios, y por la otra, regula y consagra una serie de derechos de los particulares frente a la Administración, así como también les impone obligaciones precisas en sus relaciones con aquélla. Este es el primer campo de regulación de la Ley: las situaciones jurídicas de los particulares y de la Administración Pública.

En segundo lugar, regula el acto administrativo, es decir, el resultado concreto de la actuación de la Administración cuando ésta decide produciendo efectos jurídicos en determinadas situaciones. Regula con precisión el acto en sus requisitos, para someter a condiciones de validez y de legalidad la actuación de la Administración. Regula además, los efectos de los actos; su revisión, tanto de oficio como por vía de recurso, y también, la forma de manifestación de las decisiones administrativas, no sólo estableciendo la decisión expresa, sino la decisión administrativa tácita negativa

derivada del silencio administrativo. Por tanto, ya el silencio no es, simplemente, una forma de no decidir ni de resolver un asunto para que decaiga por el transcurso del tiempo, sino que el silencio administrativo, de acuerdo a esta Ley, es una presunción de decisión, denegando lo solicitado, o los recursos intentados. Plantea, además, una responsabilidad del funcionario por la omisión y por la no actuación, y si sucede en forma reiterada, incurre en responsabilidad administrativa.

En tercer lugar la Ley regula el procedimiento administrativo, es decir, todo el conjunto de trámites, requisitos y formalidades, que deben cumplirse ante la Administración y en esas relaciones entre Administración y particulares, para producir decisiones administrativas, es decir, actos administrativos.

Por último y en cuarto lugar, la Ley regula las vías de revisión de los actos administrativos en vía administrativa; es decir, el sistema de recursos de reconsideración, de revisión y jerárquico, que van a permitir al particular, en sus relaciones con la Administración, reclamar formalmente, ante ella misma, no como un favor, sino por vías de derecho, contra los actos administrativos, estando ésta obligada a decidir esos recursos también en tiempo útil determinado, de manera que si no lo hace, el silencio provoca estos actos tácitos negativos.

Puede decirse que la Ley Orgánica 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. Esta distinción estimamos que se acoge en el artículo 72 de la Ley Orgánica al exigirse que también sean publicados en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, que no sean necesariamente actos normativos o de carácter general. 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.

La manifestación de voluntad que produce el acto administrativo, conforme al Artículo 18, debe ser expresa y formal, conteniendo el acto una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito. Por tanto, el acto administrativo que regula la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en principio, es un acto administrativo expreso formalizado según el Artículo 18. Sin embargo, la Ley admite la figura de la manifestación de voluntad tácita de la Administración, derivada del silencio administrativo. Así se establece expresamente en el Artículo 4 de la Ley Orgánica, 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 en los Artículos 5, 60 y 67 y en materia de recursos administrativos en los Artículos 91, 94 y 99, se considera que ha resuelto negativamente pudiendo el interesado intentar el recurso inmediato siguiente. Por tanto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el Artículo 4, consagra el acto administrativo tácito de contenido negativo, derivado del transcurso del tiempo, es decir, del silencio administrativo.

El silencio es una manifestación tácita de la administración, ya que la autoridad que calla conoce el alcance atribuido a su comportamiento. Este es el criterio minoritario de la doctrina en cuanto a la naturaleza de esta figura. No obstante, la doctrina predominante sostiene un criterio distinto, según el cual, el silencio es una ficción legal que abre la posibilidad de una impugnación ulterior, es decir, es una garantía procesal a favor del administrado y no de la Administración. Ahora bien, el silencio procede tanto en vía de instancia, es decir, frente a peticiones o simples denuncias del administrado como en el ámbito de los recursos administrativos.

En cuanto a las consecuencias del silencio, pueden dividirse aquellas que repercuten en el interesado y otras que recaen sobre la Administración. Respecto de las primeras, la consecuencia fundamental es que el interesado podrá ejercer el recurso subsiguiente o esperar la decisión correspondiente.

Si el interesado espera a que se produzca el acto, aún vencido el lapso para decidir, el lapso para ejercer la impugnación se abre nuevamente con motivo de la

notificación del acto tardío. Si el silencio ocurre con ocasión de un recurso jerárquico, el particular puede ignorar verificación del silencio, el recurso judicial pertinente, según lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Nacional de Justicia.

Acerca de las consecuencias para la Administración debe señalarse, que aún vencido el lapso del cual dispone el órgano administrativo para dictar la correspondiente decisión sin que ésta se haya producido, la obligación de responder persiste aún fuera de dicho lapso, lo cual daría lugar a las denominadas decisiones tardías. Ahora, si el particular ha decidido, frente al silencio, impugnar el acto ante el órgano superior, y éste solicita el expediente al órgano inferior, ya no podrá dictarse la decisión por lo que se refiere al inferior, toda vez que debe entenderse que la remisión del expediente automáticamente pone fin a su competencia para decidir.

3.2.- El Silencio Administrativo en Colombia

Previamente a abordar el silencio administrativo en Colombia, es importante recordar que en dicho país el derecho de petición se encuentra garantizado en la Constitución y Leyes y que se encuentra amparado en el Código Contencioso Administrativo se sanciona la abstención o negligencia de la administración en no responder, con los efectos de un acto administrativo negativo o positivo, aquel derecho de petición lleva consigo la posibilidad de acudir ante la administración y obtener respuesta dentro de los términos establecidos en la Ley este derecho fundamental se encuentra previsto dentro del título II, capítulo I de la carta Política. La omisión en que incurre la autoridad al no responder las peticiones con la prontitud necesaria es una violación al derecho y trae consigo la responsabilidad

Esta figura en el orden jurídico colombiano es reciente, ya que la Ley 167 de 1941 (primer Código Contencioso Administrativo) la consagró, siendo ampliada con la expedición del Decreto 01 de 1984 y modificada con el decreto ley 2304 de 1989, modificaciones a la parte procedimental de dicho Código que fueron declaradas inexecutable por la Corte Nacional de Justicia, lo cual para algunos signifique la coexistencia de dos legislaciones divergentes en relación con esta figura.

El silencio administrativo es una garantía que se estableció a favor de los peticionarios, con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de petición y acceso a la administración de justicia.

El Consejo de Estado a lo largo de la historia ha dado diferentes interpretaciones a la figura del silencio administrativo en cuanto a su naturaleza jurídica.

En primer lugar, una parte importante de la jurisprudencia de dicho órgano, sostiene que el silencio administrativo da origen a un “acto administrativo ficto o presunto” el cual se configura como un mecanismo para que la persona pueda acudir a la jurisdicción y cuyo propósito es otorgar una “protección debida al administrado frente a las omisiones de la administración, la cual constituye una herramienta concreta que le permite accionar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración, que precisamente no se ha producido, sino contra el acto que la ley presume”,²⁴ es decir existe una decisión administrativa; lo anterior se reafirma al aplicar el contenido del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo relacionado con la demanda de nulidad sobre actos administrativos a la pretensión buscada con el silencio administrativo negativo, llegando el Consejo de Estado a sostener la obligación de demandar la decisión administrativa proveniente de la petición inicial, así como su confirmatorio, aun cuando este último provenga del silencio administrativo, llegando a inhibirse de definir de fondo el litigio cuando la parte interesada omitió demandar la nulidad del acto presunto y en el mismo caso se procede si no se demandan los actos fictos o presuntos con efectos negativos que operan frente a los recursos.²⁵

En segundo lugar los que no comparten la anterior tesis, sostienen que el silencio administrativo es una “ficción legal”, ya que no puede considerarse como acto administrativo, porque no surge estrictamente acto alguno, teniendo en cuenta que no encierra una manifestación de voluntad de la administración, cuando precisamente la falta de la misma, fue la que originó la ocurrencia del silencio y que el mismo tiene como finalidad abrir las puertas al administrado para acudir en vía

²⁴Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia 5887 del 11 de mayo de 2000. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

²⁵Consejo de Estado. Sección primera. Sent. 28 de julio de 1994.

judicial, o dicho en otras palabras el silencio administrativo es una habilitación para acudir al órgano jurisdiccional.²⁶

Para los partidarios de la misma, la demanda que se instaure no debe someterse al artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, ni solicitarse la nulidad de un acto inexistente originado en el silencio administrativo negativo“(...) caso en el cual el juez contencioso administrativo no debe inhibirse para fallar el fondo del asunto, incluso si se llegare a aplicar de manera estricta el artículo 138 del C.C.A., circunstancia en que el actor simplemente tendrá que alegar su ocurrencia (...)”, como tampoco solicitar la configuración o declaratoria del silencio donde su principal fin es que el juez se pronuncie de fondo sobre aquellas situaciones jurídicas respecto de las cuales la administración omitió pronunciarse.²⁷

La jurisprudencia pasó de considerar que la demanda del silencio administrativo implicaba la declaratoria de nulidad del acto presunto, a afirmar que la pretensión debe ir encaminada a la declaratoria de la ocurrencia del mismo, para que sea la jurisdicción contenciosa administrativa quién entre a suplir la falta de respuesta de fondo de la administración.

En el código contencioso administrativo no se señala como requisito ni presupuesto legal de actividad, para que se dé el silencio administrativo, que se conmine a la administración pública a resolver la petición o el recurso, tampoco se exige la denuncia de la mora para que se pueda considerar desestimada la petición o el recurso, ni se imposibilita para recurrir a la acción de tutela en procura de una respuesta.

Habrà lugar a la configuración del silencio administrativo y del correspondiente acto administrativo presunto o ficto para unos y para otros la ficción legal en todos aquellos casos en que la administración no resuelva o no decida el fondo de la petición que le ha sido elevada, o cuando la respuesta resulte puramente formal o de trámite, es decir, sin responder de fondo el objeto de la petición o cuando expedida

²⁶Consejo de Estado Sección tercera. Sent. del 14 de octubre de 1999, exp. 13.076. Consejero Ponente: doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sec. Segunda. Sent. 9351 de febrero 9 de 1996; Sec. primera. Sent. 4774 del 5 de marzo de 1998. C.P.: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz

²⁷Consejo de Estado. Sección Segunda. Sent. 0130_02 de noviembre 21 de 2002. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

la decisión, la misma no se notifica en la forma y con el lleno de los requisitos legales (Arts. 44 y 45 del C.C.A.), ya que la irregularidad o falta de notificación impide que se den los efectos legales respecto del acto administrativo que se profiere. Por lo tanto solo las respuestas que decidan el fondo de la petición, solicitud o recurso y que se hubieren notificado en debida forma impiden que se configure el silencio administrativo.

Esta figura tiene dos importantes clasificaciones conocidas, como negativa o positiva, pero por regla general se debe entender como respuesta negativa de lo pedido o solicitado y solo en los casos especialmente previstos en las leyes, ante el transcurso del tiempo sin que se haya notificado decisión alguna que resuelva el fondo de lo pedido, será posible entender que la administración ha adoptado una decisión de carácter positivo con esa petición, tal como lo establece el artículo 41 del C.C.A.

La figura del silencio administrativo negativo obra en primer lugar tanto con la petición inicial y que da lugar a la configuración del silencio administrativo inicial o sustancial (Art. 40 C.C.C.), cuando no se notifica decisión que la resuelva o en segundo lugar en relación con los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa contra actos administrativos previos y no se notifique decisión expresa, caso en el cual se denomina silencio administrativo adjetivo o procesal (no se debe olvidar que el artículo 73 del C.C.A. señala que la petición relacionada con la revocatoria directa de un acto administrativo, no da lugar a la configuración del silencio administrativo).

El silencio administrativo inicial o sustancial obra sin necesidad de declaratoria judicial cuando ha transcurrido un plazo de tres (3) meses contados a partir de la petición sin que se haya surtido la respectiva notificación a la respuesta, es decir, significa que no se configura de manera automática, por el solo vencimiento del plazo establecido como requisito para su configuración, ya que será a voluntad del peticionario determinar su efectiva configuración de acuerdo a las acciones que él realice.

En un primer caso podrá esperar a que la administración se pronuncie mientras esta tenga la competencia, o en un segundo caso dejar de esperar y dar por configurado

el respectivo silencio, ya porque hubiere procedido a interponer en debida forma los recursos pertinentes en la vía gubernativa contra el correspondiente acto ficto o presunto o contra la ficción legal según sea la posición, caso en el cual la administración pierde la competencia para pronunciarse sobre la petición inicial en cuanto va a resolver el o los correspondientes recursos que se hayan interpuesto por el factor temporal,²⁸ o por otro lado porque hubiere procedido a demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa de acuerdo a lo estatuido en el artículo 135 inciso2 del Código Contencioso Administrativo “El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa “caso en el cual la administración no podrá pronunciarse sobre la petición inicial a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y corresponderá definir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

La ley señala para las peticiones iniciales por regla general dos (2) plazos diferentes. En un primer lugar de quince (15) días para que la autoridad a la que se destinó la petición brinde respuesta, y por otro lado, un término mínimo de tres (3) meses para que pueda operar el silencio administrativo negativo sustancial.

El objeto del silencio administrativo negativo como se dijo anteriormente es abrir al recurrente la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional.

El denominado silencio administrativo adjetivo procesal regulado por el artículo 60 del C.C.A. por regla general, requiere el vencimiento de un plazo de dos (2) meses que se inician a computarse a partir de la interposición en debida forma, en vía gubernativa, del o de los recursos correspondientes contra un acto administrativo previo de carácter expreso, sea acto presunto o ficto o la llamada ficción legal, sin que durante ese plazo la administración hubiere proferido y notificado, decisión expresa que resuelva o decida dicho recurso o recursos tal como lo señala el artículo 60 del C.C.A.

La excepción para que el mencionado tiempo se interrumpa es la que se consagra en el inciso2 del artículo 60 “mientras dure la práctica de pruebas”.

²⁸Consejo de Estado. Sección Primera. Sent. mayo 20 de 1999, exp. 5267. Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Sección Primera. Agosto 26 de 1999, exp. 5384. Consejero Ponente: Doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

El artículo en mención señala que la ocurrencia de este silencio no impide que la autoridad competente resuelva el recurso mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se haya admitido la respectiva demanda y se haya notificado el auto admisorio de la demanda, y si por el contrario la autoridad competente resuelve los recursos, ocurrirá el agotamiento de la vía gubernativa.

Esta figura surge por ministerio de ley no de manera automática sino a voluntad del recurrente ya que él podrá continuar esperando a que la administración resuelva algún día el o los recursos interpuestos en sede administrativa contra el acto administrativo previo, ya que esta continúa con el deber legal de responder dicho recurso caso en el cual el acto impugnado por no estar en firme, carece de su carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos o por otro lado podrá una vez vencido el término de dos (2) meses, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar, la cual se podrá realizar en cualquier tiempo ya que la acción respectiva no se encuentra sometida a término alguno de caducidad.

Se puede concluir que el silencio administrativo es una figura importante en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual necesita por parte del legislador modificaciones importantes en cuanto al silencio administrativo negativo ya que es el más complejo y el que contempla desde el punto de vista normativo y de razonabilidad discordancias ya que presenta diferentes matices dependiendo desde la óptica que se le mire, lo cual conlleva que al momento de valorarlo se den diferentes opiniones. A su vez no es aceptable señalar que el silencio administrativo no es un acto administrativo, pero permitir su control en sede judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad esencial es precisamente la de definir la legalidad de los actos administrativos genera trastornos en el ámbito jurídico y jurisprudencial tal como viene ocurriendo y que en un Estado Social de Derecho, tal como está constituida dicha figura no garantiza la efectividad sustancial del derecho de petición, vulnerando el principio constitucional fundamental del debido proceso que debe guiar la actuación administrativa, vulnerando de la misma forma el principio de igualdad que deben tener los administrados ante las autoridades, el de economía, celeridad, publicidad y el acceso a la administración de justicia.

3.3.- El Silencio Administrativo en Chile

La ley entiende por actos administrativos las decisiones formales de los órganos de la Administración del Estado, los que pueden tomar la forma de decretos o resoluciones.

La institución del silencio administrativo constituyó la figura central incorporada por la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

Bajo un pretendido prisma innovador, se estimó que esta institución solucionaría eficazmente los padecimientos derivados del retardo en la resolución de las solicitudes administrativas.

La reforma colmaba así un vacío en la regulación del derecho constitucional de petición persistentemente cercenado del "deber de respuesta" como elemento esencial de aquella garantía.

La ley siguió la extendida moda de generalizar el silencio positivo que supone en la falta de respuesta una aprobación de lo solicitado.

Estimo que la apuesta por el silencio positivo no ha sido todo lo eficaz que hubo de prever el legislador.

Ello obedece a ciertas resistencias propias de nuestra "cultura administrativa" pero, también, a insuficiencias que universalmente hoy arrastra esta institución:

– Inseguridad jurídica. Para quien solicita una autorización o permiso a la Administración será siempre preferible el acto expreso porque quien lo insta requiere de un título habilitante cierto e incontestable para desenvolver la actividad permitida y hacerla oponible a terceros.

Esa inseguridad se extiende a la legitimidad misma de los efectos ganados por el silencio que siempre podrán ser desconocidos si no se ajustan a derecho.

Por ello, el efecto real del silencio positivo es conducir al particular a un nuevo "trámite", esta vez judicial: una acción declarativa para encontrar la certeza de que carece el "acto presunto".

– Acto certificadorio. El silencio no opera de manera automática. La regulación introducida exige algo ilógico: que a la renuencia en resolver por el órgano administrativo suceda una "resolución" certificadoria de esa "inactividad", quedando así el silencio remitido a la actividad (certificadoria) del mismo órgano incumplidor, constatación a la que incluso se subordina la propia eficacia del "acto presunto".

Así la vigencia misma del "silencio" depende del propio órgano infractor. Si a ello se suma que reiteradamente la Contraloría se ha declarado incompetente para emitir el certificado señalado, resulta clara la ineficacia del mecanismo.

– Forma y expresión documental. Nuestra "cultura administrativa" no facilita la recepción del "acto presunto", base técnica del silencio administrativo.

Por el contrario, ella impone con fuerza que los actos de esta índole deben materializarse con una forma externa objetiva y comprobable (i.e., decretos y resoluciones) como correlato del principio de solemnidad de las formas que impera en derecho público y como medio de expresión técnica de esa voluntad administrativa.

Por otra parte, la presencia de un trámite previo de integración de eficacia para ciertos actos administrativos ("toma de razón") resulta inconciliable con la existencia de efectos jurídicos surgidos al margen de toda forma jurídica.

En esa línea, la Contraloría ya ha excluido la aplicación del silencio en procedimientos especiales de naturaleza concesional (agua; pesca) por estimarlo incompatible con la exigencia de formalidades que necesariamente suponen un acto expreso (inscripción registral).

En la actualidad los especialistas concuerdan en que el silencio positivo no es la técnica necesariamente idónea para imponer la "obligación de resolver".

Lejos de una solución, constituye sólo un "mal tolerado" que diluye la eficacia del deber de resolver de la Administración.

Hoy se recomienda vigorizar este "deber de resolver" para forzar siempre la dictación de un acto expreso.

Ésta parece ser la única solución claramente aceptable en un estado de derecho que proclama la servicialidad como principio fundamental.

Más que una ampliación del silencio positivo ha debido preferirse la instauración del "derecho a la resolución expresa" radicando el deber correlativo en el funcionario o autoridad responsable, ligando así el retardo administrativo con la responsabilidad personal que atañe a los servidores públicos.

Bastaría configurar ese incumplimiento como una expresa infracción administrativa, otorgando acción civil y disciplinaria directa al particular afectado para perseguir la sanción del funcionario o la reparación civil de la autoridad indolente.

Muchos abusos podrían evitarse si funcionarios y autoridades supieran concretamente que el desempeño negligente de sus cargos puede llegar a comprometer la integridad de sus propios patrimonios personales.

3.4.- El Silencio Administrativo en Uruguay

El art. 42 Ley 30/1992 establece la obligación que tiene la Administración de resolver, en todo caso y sin excepción, las peticiones y recursos que formulen los ciudadanos. A pesar de ello, no es en absoluto inusual que la administración incumpla dicha obligación y no resuelva.

El art. 43 Ley 30/1992 regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a instancia de parte interesada.

A pesar de transcurrir el plazo máximo de resolución expresa y notificación, la A.P. debe cumplir con la obligación de dictar la resolución (art. 43.1 in fine).

Además, el orden jurídico establece una serie de efectos jurídicos a la falta de resolución expresa (art.43.2).

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, la regla general es que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes (silencio administrativo positivo).

No obstante, existen las siguientes excepciones silencio administrativo negativo:

- Que una norma con rango de Ley o Derecho comunitario establezcan lo contrario.
- Derecho de petición al que se refiere el art. 29 CE
- Aquellos procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público o servicio público.
- Procedimientos de impugnación de actos y revisión de oficio de autos y providencias.

La interpretación del último punto del art. 43.2 (en relación con el art. 115.2 Ley 30/1992), ha de entenderse en el sentido de que si recurre mediante recurso de alzada contra un acto desestimatorio por silencio administrativo negativo, y de nuevo se produce el silencio administrativo, éste ha de entenderse positivo o estimatorio (se produce el silencio administrativo positivo por darse las 2 veces dicho silencio administrativo).

Por otra parte, el art. 43.3 Ley 30/1992 establece que el silencio administrativo estimatorio tiene la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

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.

Se produce automáticamente, por el transcurso del plazo máximo del procedimiento sin haberse producido resolución expresa (no es necesaria ninguna actuación del interesado).

El silencio administrativo se acredita “erga omnes” mediante cualquier medio admitido en derecho (art.43.5), incluida la certificación de acto presunto.

Esta falta de resolución en el plazo máximo no exime a la Administración de su obligación de resolver. En los procedimientos de oficio NO se da el silencio administrativo positivo, y en el caso de que la Administración esté ejerciendo potestades sancionadoras, el proceso nunca terminará por silencio administrativo, sólo lo hará por resolución expresa o por caducidad (con el archivo de las actuaciones, art.44 Ley 30/92). El plazo de caducidad será de 3 meses

Según el art. 43.4 Ley 30/1992, La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el art. 42.1, se sujetará al siguiente régimen:

- En los casos de estimación del silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.
- En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo, se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

3.5.- El Silencio Administrativo en España

Con la promulgación de la Constitución Española, la técnica del silencio administrativo adquirió mayor significación ya que observaba que cuando la inactividad de la administración se produjera esta quedara sometida al control de los órganos judiciales. Los efectos jurídicos que nacen del incumplimiento de la obligación de resolver en el plazo máximo establecido, constituye un hecho importante introducido en los que se refiere al silencio administrativo.

Para el nacimiento de un acto presunto como consecuencia de la inactividad formal de la administración tiene lugar tras el cumplimiento de requisitos, así en los

´procedimientos en virtud de solicitudes formuladas por los interesados, el silencio administrativo negativo se producía por el inicial transcurso de tres meses, en cambio el silencio positivo se originaba de forma automática, sin necesidad de denunciar la mora, por el simple transcurso de tres meses.

En España el sentido por defecto del silencio administrativo es estimativo, aunque en la práctica, hay tantas excepciones, que casi nunca se da. Sin embargo, es muy importante el silencio estimativo en el caso de procedimientos sancionadores. En este caso, si la Administración pública no responde en tiempo y forma a un recurso administrativo, se le da la razón al administrado, y la sanción se tiene por no puesta. El silencio administrativo se regula en los artículos 43 (a instancia de interesado) y 44 (oficio) de la Ley 30/1992.

Que un acto sea expreso o presunto, la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación (art. 42.1 Ley 30/1992). El art. 42 Ley 30/1992 impone plazos obligatorios para la notificación de las resoluciones. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, que no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (art. 42.2 Ley 30/1992). Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. El plazo en los procedimientos iniciados de oficio se contará desde la fecha del acuerdo de iniciación y, en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (art. 42.3 Ley 30/1992).

En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución expresa que la Administración debe dictar.

Los interesados podrán entender estimadas, por silencio, sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

El silencio no es estimatorio en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el Art. 29 de la Constitución española de 1978 ni aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.

El silencio tiene efecto desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación (por silencio administrativo) de una solicitud por el transcurso del plazo para resolver, se entenderá estimado si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dicte resolución expresa sobre el recurso. Es una forma de fomentar que se dicte resolución expresa.

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

1. Desestimatorio: en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas.
2. Se producirá la caducidad: en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

CONCLUSIONES

- Acto Administrativo es la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de un poder legal de la Función Administrativa.
- Todo Acto Administrativo produce efectos jurídicos individuales, directos e indirectos.
- El Acto Administrativo debe ser emitido por Autoridad competente.
- El Acto Administrativo crea, extingue o modifica derechos subjetivos de los administrados de modo inmediato y directo.
- Silencio Administrativo constituye la falta de pronunciamiento de los poderes públicos respecto a las solicitudes o reclamos formulados por los administrados.
- El Silencio Administrativo constituye una ausencia de pronunciamiento de la administración que se constriñe o da efectos positivos o negativos.
- El nacimiento del Silencio Administrativo da lugar a un derecho autónomo del administrado.
- Si bien el nace el derecho del administrado, sin embargo se debe demandar su cumplimiento.
- El silencio administrativo tiene su fundamento en el Derecho de Petición.
- El Silencio administrativo Positivo en el Ecuador, surge con la promulgación de la Ley de Modernización del estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos y se consagra en su Art. 28.
- La contestación oportuna, pero no motivada, genera un acto administrativo nulo, consecuentemente no causa efecto y debe entenderse que la solicitud ha sido aprobada.

- Por tanto nace el derecho pero también nace un proceso de ejecución y no de conocimiento que tiene que ser tramitado por el Tribunal Contencioso Administrativo.
- Conforme a la Constitución vigente los funcionarios públicos son responsables de los actos que cometen en ejercicio de su función.
- El administrado si bien tiene el derecho a su favor sigue en desigualdad con la administración y se ve forzado a iniciar un proceso judicial para el cumplimiento del derecho que le asiste.
- En países como España, Colombia, Chile, contemplan dentro de sus respectivas legislaciones, la figura del silencio administrativo.

RECOMENDACIÓN

Reforma al Art. 28 de la Ley de Modernización del estado:

- Se suprima la parte final del Art. 28 de la ley de Modernización del Estado, la que habla respecto a que el administrado debe obtener la certificación por parte de la Administración respecto a que su solicitud no ha sido atendida, ya que como hemos visto dicha certificación en la práctica la administración jamás la otorga.
- Que se incluya en dicho Art. Que una vez fenecido el término de quince días, en forma inmediata se debe hacer efectivo el derecho del administrado, nacido del silencio administrativo positivo, sin recurrir a la vía judicial y bajo responsabilidad civil y penal del funcionario que permitió dicho silencio..
- Que se promulgue el Código de Procedimiento Administrativo, el mismo que no existe ya que los procesos contenciosos administrativos se tramitan utilizando como norma supletoria el Código de Procedimiento Civil, ya que constituye una necesidad imperiosa contar con un Código de Procedimiento Administrativo..

BIBLIOGRAFÍA

Códigos y Leyes:

- ARCHIVO DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nro. 3 CON SEDE EN CUENCA.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO
- RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

Doctrinarios:

- CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta 1997.
- CORDERO ORDOÑEZ PATRICIO Dr. El Silencio Administrativo. Editorial Cornejo 2009.
- DIEZ MANUEL MARIA. Derecho Administrativo. Bibliográfica Omeba. Argentina.
- DROMI ROBERTO. Derecho Administrativo Ediciones, Ciudad Argentina 2006.
- GARCIA DE ENTERRIA FERNANDEZ RAMON. Curso de Derecho Administrativo Tomos I y II, Civitas Ediciones Madrid 2005.
- GORDILLO AGUSTIN. Tratado de Derecho Administrativo, 4 tomos. Editorial Porrúa. México 2004.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO SEGUNDA EDICION. Segunda Edición. Editorial Colex 1997.
- LEXICO JURIDICO TRIBUTARIO. Dr. Rodrigo Patiño y Dr. Teodoro Pozo. Editorial Corporación Latinoamericana para el Desarrollo 1996.
- LOVATO JUAN. Programa Analítico de Derecho procesal Civil.
- PEREZ CAMACHOA. Manual de Derecho Administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008.
- PÉREZ, Efraín. DERECHO ADMINISTRATIVO NORMATIVA JURIDICA Y DOCTRINA COMPARADA. Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- ROJAS FRANCO ENRIQUE. Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Ediles S.A.
- SECAIRA PATRICIO Dr. Introducción al derecho Administrativo. Loja. UTPL.2008. texto.
- VELASQUEZ BAQUERIZO ERNESTO. La nueva Justicia administrativa.