



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica del Ecuador

ÁREA SOCIO-HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El silencio administrativo como garantía del administrado
en la aplicación de su derecho de petición**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.

AUTOR: Parra Mosquera, César Fabián

DIRECTOR: Jiménez Larriva, Paúl Esteban, Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2014



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

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor.

Paúl Esteban Jiménez Larriva.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “El silencio administrativo como garantía del administrado en la aplicación de su derecho de petición” realizado por Parra Mosquera César Fabián, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, octubre de 2014

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Parra Mosquera César Fabián declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría: El silencio administrativo como garantía del administrado en la aplicación de su derecho de petición, de la Titulación Magister en Derecho Administrativo, siendo Paúl Esteban Jiménez Larriva director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 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”

f.

Autor: Parra Mosquera César Fabián

Cédula: 010220424-5

DEDICATORIA

Al eminente sabio francés, Dr. Serge Raynaud de la Ferriere, cuyo pensamiento luminoso ha inspirado las transformaciones más significativas en mi existencia...

A mis padres César y Enma, quienes me dieron la vida...

A mi esposa Ximena, a mis hijas Bernarda y Doménica, que constituyen una fuente cristalina e inagotable de alegría y de esperanza...

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos los distinguidos Catedráticos de la Universidad Técnica Particular de Loja, por su generosa transmisión de conocimientos y experiencia en el ejercicio de su cátedra universitaria, y de manera especial al Señor Doctor Paúl Esteban Jiménez Larriva, Mgs., destacado Catedrático y Director de la presente Tesis, por su guía y orientación durante el desarrollo de la presente investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORÍA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN	1
ABSTACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I	5
1. El derecho de petición como garantía del administrado.....	5
1.1. La Inactividad de la Administración	6
1.2. El Derecho de Petición	8
1.3. El deber de resolver	10
1.4. Presencia del Derecho de Petición en las Constituciones Ecuatorianas.....	11
CAPITULO II	16
2. Principios que fundamentan el silencio administrativo	16
2.1. Origen y fundamentos del silencio administrativo	17
2.2. Definición del Silencio Administrativo	19
2.3. Naturaleza jurídica del silencio administrativo	20
2.4. Configuración del Silencio Administrativo.....	24
2.5. El principio de legalidad.....	26
2.6. La motivación de las resoluciones de los poderes públicos	28
2.7. El debido proceso.....	31
2.8. El principio de responsabilidad de la actividad administrativa	34
CAPITULO III	37
3. Alcance del silencio administrativo en la legislación ecuatoriana.....	37
3.1. El silencio Administrativo y el Acto Administrativo.....	38
3.1.1. En el acto administrativo	39
3.1.2. En el acto presunto.....	40
3.2. El silencio administrativo negativo.....	42
3.3. El silencio administrativo positivo	45
3.4. Contenido y efectos del silencio administrativo	47
3.5. Vicios que impiden la convalidación del acto presunto.....	48
3.6. Límites del silencio administrativo positivo	50
3.6.1. Petición dirigida ante autoridad competente contraria a derecho	51
3.6.2. Petición dirigida ante autoridad incompetente	52
3.6.3. El silencio administrativo en la inactividad legislativa	53
3.6.4. Falta de legitimación activa del derecho subjetivo reclamado	53
3.6.5. El silencio administrativo positivo en contratación pública	54
3.6.6. El silencio administrativo positivo en apelación en sede administrativa	56
3.7. Caducidad del derecho para proponer la acción en la vía jurisdiccional	57
3.8. La perención o caducidad de la competencia	58
CAPITULO IV	60
4. Análisis de casos prácticos	60
4.1. Sentencia que ejecuta lo aceptado por el silencio administrativo.....	61

4.1.1. Antecedentes	77
4.1.2. Principios constitucionales	77
4.1.3. Análisis jurídico administrativo	78
4.2. Sentencia que rechaza demanda de ejecución del silencio administrativo ...	87
4.2.1. Antecedentes	92
4.2.2. Principios relacionados al ámbito de la Contratación Pública	92
4.2.3. Análisis jurídico administrativo	92
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	100

RESUMEN

El derecho de petición, garantía constitucional a favor del administrado, lleva implícito una obligación correlativa de resolver para la administración, pronunciamiento que debe ser expreso, motivado y oportuno sobre la petición o reclamo planteado.

La incuria administrativa violenta el derecho fundamental de petición, el mismo que es tutelado por el Silencio Administrativo, cuyo objetivo de no dejar en indefensión al peticionario, aprueba, autoriza y otorga un contenido positivo al peticionario, del cual se deriva un acto administrativo presunto, autónomo e independiente de las causas que lo generan, otorga un derecho subjetivo para el administrado no modificable ni aun por pronunciamiento administrativo ulterior.

El acto presunto ejecutivo así materializado, permite reclamar el cumplimiento inmediato del derecho generado en sede administrativa o jurisdiccional a través de una acción de ejecución y no de conocimiento. No todo contenido otorgado por el Silencio Administrativo es ejecutable. En el presente trabajo, se delimitó el alcance del Silencio Administrativo, se identificó aquellos requisitos indispensables para su validez y ejecutividad, se identificó vicios no susceptibles de convalidación, se analizó sentencias que admiten e inadmiten el Silencio Administrativo.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Petición, término, resolver, silencio administrativo, acto presunto, validez, ejecutividad, nulidad.

ABSTRACT

The right to petition in favor of the constitutional guarantee given implies a correlative obligation to settle for administration, to be explicit pronouncement, reasoned and timely on the petition or complaint raised.

Administrative negligence violates the fundamental right to petition, the same as it is protected by the Administrative Silence, which aims to leave no defenseless to the petitioner, approves, authorizes and gives a positive content to the petitioner, which an administrative act alleged derives autonomous and independent of the causes that generate it, gives a legal right to the unchangeable even by subsequent administrative pronouncement administered.

The alleged materialized and executive act, allows demanding immediate compliance with the law generated in administrative or judicial proceedings through enforcement action and not of knowledge. Not all content issued by the Administrative Silence is executable. In this paper, the scope of administrative silence has been defined; those essential requisites for its validity and enforceability were identified as unsuitable validation flaws, judgments that admit and not admit Administrative Silence were analyzed.

KEYWORDS

Right of Petition, term, resolve, administrative silence, alleged act, validity, enforceability, invalidity.

INTRODUCCIÓN

La célebre frase del monarca francés Luis XIV, “L'État, c'est moi - El Estado soy yo”, define la arbitrariedad y el despotismo monárquico que el 14 de julio de 1789 hubo de terminar con la Revolución Francesa, inspirada en un exuberante pensamiento jurídico-filosófico, que entre muchos aportes, plasmó los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, el concepto universal sobre el Estado de Derecho, el gobierno democrático por el principio de alterabilidad, la soberanía por la autodeterminación del pueblo, el equilibrio por la división de poderes, el sometimiento exclusivamente a la Ley, cuyo sustento se encuentra en el “Contrato Social”, por el cual, todos los ciudadanos miembros de la sociedad, ceden parte de su voluntad individual para someterse a una voluntad general, a la Ley.

El estado francés, titular de la obligación del servicio a sus ciudadanos para la realización del bien común, otorgó al poder público la facultad para el ejercicio de esa potestad estatal, sin embargo, tempranamente se pudo advertir desidia administrativa y ausencia de pronunciamiento del poder público frente a las peticiones, solicitudes de los ciudadanos, evidenciado una inactividad administrativa que dejaba al administrado en estado de indefensión, sin que su petición pudiera ser atendida.

El sistema legislativo de aquel entonces, introdujo la figura del Silencio Administrativo (1900), que originariamente tuvo un efecto negativo, desestimatorio, una vez que transcurrido el término sin pronunciamiento de la administración, se entendía que la petición había sido negada. Doctrinariamente éste acto se lo conoce como una ficción jurídica, carente de contenido, por cuanto el administrado sigue siendo titular de la misma situación jurídica que la tenía antes de incoar la petición, pero con un gran avance, la Ley le otorgaba, por el transcurso del tiempo, el derecho a que su petición sea revisada, ante superior jerárquico en sede administrativa, o en sede jurisdiccional, su efecto es netamente procesal.

Posteriormente, el legislador introdujo el efecto positivo en la figura del Silencio Administrativo, por el cual, frente a la omisión de pronunciamiento motivado y oportuno, se deriva un acto administrativo presunto, que contiene un efecto positivo, estimatorio,

por el cual se entenderá que la petición ha sido aprobada, resuelta a favor del administrado, constituyéndose en titular de un derecho subjetivo que no podrá ser conculcado por ulterior acto o pronunciamiento extemporáneo de autoridad competente. El Silencio Administrativo regula el derecho de petición, consagrado como garantía constitucional a favor del administrado cuya interposición ante autoridad competente genera una obligación correlativa de la administración a pronunciarse expresa, oportuna y motivadamente.

La figura jurídica del Silencio Administrativo aparece en la legislación ecuatoriana el 31 de diciembre de 1993, fecha en la cual mediante Registro Oficial No. 349 se promulga la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; el Silencio Administrativo se encuentra contenido en su Art. 28. La presente investigación gira en torno a esta figura jurídica, analiza jurisprudencia, principios y garantías constitucionales, doctrinarios, alcance y límites, aspectos procesales, que gravitan en su entorno.

CAPÍTULO I
EL DERECHO DE PETICIÓN COMO GARANTÍA DEL ADMINISTRADO

1.1. La Inactividad de la Administración

Un estado de derechos y justicia como el nuestro subordina toda actividad del Estado a la supremacía de la Norma Constitucional. La Administración Pública, constituye una estructura orgánica, creada por el Estado y regulada por la normativa jurídica que está orientada a la prestación de servicios destinados a satisfacer el interés público, se la debe entender como aquel organismo de carácter público que tiene la potestad, la competencia y posee los medios necesarios para la satisfacción de los intereses de la colectividad; por su propia naturaleza se relaciona tanto con otros organismos orientados a similares fines como también con los administrados, destinatarios finales de los servicios públicos.

La Administración Pública conforme a Derecho se encuentra obligada a realizar la prestación material debida o a emitir actos que necesariamente deben tener un plazo legal para su adopción. Uno de los problemas con los que se encuentran los administrados es la indolencia, lentitud e ineficacia administrativa que rayan en la pasividad y las dilaciones administrativas que requieren de una decisión o de una actuación material orientados a la prestación de servicios o realización de actividades para satisfacer el interés público. La inactividad administrativa en ningún caso podría ser indefinida y peor aun causar perjuicio alguno al administrado.

Sin embargo, se hace necesario precisar que no todo comportamiento dilatorio, omisivo o pasivo de la Administración significa inactividad, sino aquel que supone un incumplimiento de los deberes y obligaciones legales por parte de la Administración, es decir, lo que se encuentre normado. Como premisa básica, con fundamento en el principio de legalidad y la competencia administrativa establecida en la Norma Suprema ecuatoriana, no habrá incumplimiento, si no existe obligación normada transgredida que haya conculcado derechos del Administrado, la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de

sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Asamblea Nacional, 2008, p.80)

En general, los supuestos de inactividad suponen el incumplimiento del deber legal, en el que la Administración está obligada en una vía, a resolver; y, en otra, a ejecutar los actos de cuya fuente ha emanado. Además de lo señalado se debe considerar también la obligación de la Administración de ejecutar inexorablemente las sentencias firmes, de origen jurisdiccional, que condenan a la Administración a dar, hacer o no hacer algo.

El catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Ángel Menéndez Rexach, con mucho acierto, al estudiar la inactividad de la Administración, señala los siguientes supuestos: (Menendez, 2001)

a) Falta de resolución en procedimientos; b) Incumplimiento de deberes legales para hacer efectivo el contenido de derechos o facultades reconocidos en virtud de normas, resoluciones o contratos; c) Inejecución de actos firmes; d) Inacciones en el ejercicio de facultades discrecionales y en el ámbito de la administración conformadora. (Menéndez, 2001, p.17)

La inactividad o falta de resolución en procedimientos administrativos, conocida también como inactividad formal, impulsados por la Administración o por el interesado, como lo señala el referido autor, se encuentra limitada por el Silencio Administrativo, su configuración constituye una garantía frente a la falta de resolución oportuna y motivada, supone un acto cuyo efecto, origina una presunción de derecho a favor del administrado (efecto positivo); o, que la petición sea revisada ante superior jerárquico en sede administrativa, o en sede jurisdiccional, su efecto es netamente procesal (efecto negativo), por cuanto en ambos casos la autoridad administrativa ante quien se interpuso la petición, pierde competencia para resolver.

En cuanto al incumplimiento de deberes administrativos originados en normas, resoluciones o contratos que otorgan derechos o facultades a los administrados o contratantes, existen de por medio obligaciones respaldados en normas, resoluciones o contratos, fuentes reales de obligación, que genera derechos y obligaciones correlativas entre las partes contratantes, en donde cada instrumento tiene su ámbito de aplicación

y límite. En cuanto a la inejecución de actos firmes, se debe precisar que si el acto firme o resolutorio cumple con las características de ejecutividad, deciden sobre el fondo del asunto y deben ser ejecutados, al margen de que puedan no ser beneficiosos para el administrado. La falta de ejercicio de potestad normativa, es la más común de las inactividades administrativas, la mediocridad e indolencia de la administración hace que la normativa se dicte cuando ya se ha causado daños urbanísticos, ambientales, que han diezariado especies vegetales, animales y hasta la vida humana.

Como se ha podido analizar, la inactividad de la Administración se encuentra manifiesta, aun con la moderna estructuración del estado, cuyos cimientos se ubican en el contexto de la independencia de los Estados Unidos de Norte América (1776) y de la Revolución Francesa (1789), a pesar que el accionar de los poderes públicos desde un principio tenían como fundamento en cumplimiento de la Ley. Es relevante que lejos a quedado las monarquías absolutistas en donde la atención adecuada de las peticiones de los administrados era inimaginable, su actuar se resume en la célebre frase del monarca francés Luis XIV, "*L'État, c'est moi* - El Estado soy yo".

Amén de los enormes adelantos en la configuración de los estados modernos, estructurados bajo el concepto de la democracia participativa, cuyo germen se encuentra en los precitados acontecimientos históricos, no fue sino hasta el 17 de julio de 1900, cuando en Francia, por primera vez se instaura la figura del Silencio Administrativo, que sin duda obedece principalmente a la incuria administrativa y a una frecuente violación del sistema de garantías a favor de los administrados.

1.2. El Derecho de Petición

En la medida en que los administrados tienen deberes y obligaciones, pueden y deben ejercer sus prerrogativas, facultades y derechos que la Ley les concede, en demanda de una sociedad más justa y equitativa, requiriendo una prestación de servicios de calidad. Los ciudadanos tienen la posibilidad de participar ante los poderes públicos, nuestra Carta Magna garantiza presencia y participación ciudadana normada constitucionalmente a través de la Función de Transparencia y Control Social, que

reconoce al pueblo soberano como mandante y máximo fiscalizador del poder público. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece:

Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. (Asamblea Nacional, 2008, p.74)

En tiempos pretéritos como contemporáneos se ha dado en alguna medida que quienes detentan el poder público lo han ejercido con autoritarismo, absolutismo, prepotencia, lamentable práctica común en la gestión de la administración pública, en donde muchas veces puede resultar cómodo ignorar las peticiones o reclamos interpuestos, convirtiendo a su relación con los administrados en un verdadero “diálogo de sordos”.

En este contexto de desigualdad polarizado por el poder constituido y los administrados, surge el Derecho de Petición, que históricamente ha sido concebido como una graciosa concesión que otorga el poder público en su condición de ventaja, al administrado para que pueda orientar sus solicitudes, quejas, reclamos y peticiones, que la constante dialéctica evolutiva de la norma constitucional la ha convertido en un derecho fundamental, es decir, se constituye en un instrumento determinante al momento de que su uso limitó el autoritarismo y el absolutismo del poder público. El derecho de petición se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador (2008) que establece:

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

23. “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. (Asamblea Nacional, 2008, p.31)

Precepto constitucional que coincide plenamente con lo manifestado por el tratadista Marienhoff (2001) cuando señala: “La Administración Pública tiene el deber jurídico de pronunciarse expresamente sobre las peticiones de los particulares” (p.167). De lo expuesto se establece que la Administración Pública, se encuentra subordinada a la Norma Suprema, que garantiza el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones, en forma individual o colectiva a las autoridades del poder público, entonces, se garantiza, por imperio legal, que el poder constituido está obligado a atender las peticiones que planteen los particulares, ha emitir respuestas que tienen que ser necesariamente motivadas, aceptando o negando la petición.

Si frente a la petición o solicitud planteada, la Administración Pública guarda silencio, o resulta conveniente el no contestarla, surge la figura del Silencio Administrativo, cuyo objetivo principal es evitar la arbitrariedad del poder público, es decir, obligar a la atención de lo pedido o reclamado dentro de un término establecido, pues el no resolver o hacerlo fuera de término entraña el incumplimiento de un deber y la pérdida de competencia para decidir, mediante un pronunciamiento debidamente motivado, con el fin de que no se conculquen los derechos de los administrados, a quienes se los colocaría en una situación de indefensión, de esta manera, se garantiza la vigencia del Estado de Derecho, al amparo del debido proceso, en el marco del principio de legalidad, instituciones jurídicas consagradas en nuestra Carta Fundamental.

1.3. El deber de resolver

Existe un vínculo causal que jurídicamente liga de manera indisoluble al Derecho de Petición con el Deber de Resolver, resulta una condición sine qua non, dado que la formulación de la petición tiene como objetivo esencial la resolución perentoria de lo solicitado, sin la cual, no se articula el mecanismo de intermediación para obtener de la administración una oportuna respuesta a través del ejercicio del Derecho de Petición. Debe entenderse que el Derecho de Petición genera una obligación correlativa de la

administración a favor del peticionario, cual es el Deber de Resolver por parte de la Administración, aceptando o negando motivadamente lo solicitado, dentro de un plazo establecido por la Ley, ya que de no hacerlo tornaría ineficaz esta garantía constitucional.

El deber de resolver constituye una obligación ineludible del Estado orientada a dar una solución ágil y eficaz o a contestar dentro de los términos establecidos por la Ley, las peticiones planteadas por los administrados. La agilidad con la que se resuelva las peticiones de los administrados concede valor y hace efectivo el Derecho de Petición. Opera como un mecanismo de “pesos y contrapesos”, sobre todo si a este Deber de Resolver se le confiere el atributo legal ineludible de contestar la Petición planteada dentro de un término legal, habiéndose establecido además, la condición legal a la que avoca la no contestación, es decir, el Silencio Administrativo, cuyo efecto que indistintamente se manifieste como positivo o negativo, facultará al administrado a poder ejercer objetivamente los derechos que la Ley le faculta.

Así, si es positivo, podrá utilizar los mecanismos legales para la ejecución de lo solicitado; y, si es negativo podrá interponer los mecanismos y procedimientos que tutelan su derecho para impugnarlo en sede administrativa o judicial. En este orden de ideas es al Estado al que le corresponde reparar las violaciones a los derechos de los particulares, así, si el poder público en el ejercicio de su potestad constitucional, conculca al peticionario su legítimo derecho a una respuesta ágil y oportuna, obliga al Estado a la reparación por los daños ocasionados a los particulares y al mismo tiempo le faculta a ejercer 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, conforme lo establece el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que establece:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las

acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (Asamblea Nacional, 2008, p. 12)

No existe debido proceso sin la debida motivación de las resoluciones del poder público, en las mismas se deben enunciar los principios y normas jurídicas que forman un nexo causal con los fundamentos de hecho materia de la resolución, amén de la nulidad de los referidos fallos o resoluciones por la carencia de motivación. La resolución debe decidir en forma clara y precisa sobre el fondo del asunto, o finalizar el procedimiento, haciendo imposible su continuación. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Asamblea Nacional, 2008, p. 12)

Resulta indispensable que el órgano de la administración que emite su resolución se encuentre facultado para hacerlo, es decir que tenga la competencia para resolver, aspecto éste que en derecho público se otorga en forma específica y privativa a aquel

órgano de la administración que por Ley ha sido creado para ejercer aquella potestad. El deber de resolver, se vincula fundamentalmente con la competencia, que es irrenunciable e improrrogable, salvo casos de delegación o avocación, resulta ser un elemento indispensable para la expedición de un acto válido, es decir constituye condición sin la cual la resolución emitida carece de validez. Al respecto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE (2002) establece:

Art. 84.- DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto. (Decreto Ejecutivo No. 2428, 2002, p.31)

1.4. Presencia del Derecho de Petición en las Constituciones Ecuatorianas

El derecho de petición se encuentra consagrado como norma jurídica, por primera vez en la Constitución Ecuatoriana de 1830 dictada por el Congreso del mismo año (citada por Trabucco, 1975), que establece:

Art. 66.- “Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá arrogarse el nombre del pueblo, ni hacer peticiones en nombre del pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes”. (Congreso del Estado del Ecuador, 1830, p.33)

Se faculta a cualquier ciudadano, para que en forma individual o colectiva, pueda presentar solicitudes o reclamos al poder público, prohíbe realizar solicitudes a nombre del pueblo, salvo orden expresa de autoridad pública. La historia constitucional ecuatoriana resulta ser demasiado convulsionada, con no menos de veinte textos constitucionales, en los cuales se han ido plasmando las posiciones e intereses políticos de los gobiernos de turno, antes que consolidarse en un cuerpo legal que sea una verdadera estructura jurídico-política que represente un pensamiento constitucional maduro, con instituciones jurídicas de raigambre.

Así, en cuanto al tema que nos ocupa, el Derecho de Petición, la Constitución de 1897, dictada por la Asamblea Nacional de 1897 (citada por Trabucco, 1975) establece que: “Todos tienen el Derecho de Petición ante cualquier autoridad, la que dará resolución dentro de los términos fijados por las leyes. Este derecho puede ejercerse individual o colectivamente, pero nunca a nombre del pueblo” (Asamblea Nacional, 1897, p.295), conserva la facultad de dirigir peticiones individual o colectivamente, pero nunca a nombre del pueblo, establece expresamente la obligatoriedad de la autoridad de dar respuesta a la petición planteada dentro del término señalado por la ley, lo cual significa un avance en la conformación del derecho de petición.

La Constitución de 1945, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1945 (citada por Trabucco, 1975), respecto del derecho de petición establece:

Art. 141.- El Estado garantiza: (...)

17°- El Derecho de Petición.

El funcionario o autoridad que reciba alguna solicitud no puede dejarla sin la resolución correspondiente, que será dictada dentro del plazo máximo de treinta días, salvo los casos en que la ley determine plazos especiales.

Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, más nunca a nombre del pueblo. (Asamblea Nacional Constituyente, 1945, p.385).

Se establece por primera vez en una norma constitucional el plazo máximo de treinta días para que la autoridad administrativa de respuesta a la petición planteada, y señala la salvedad para los casos en los cuales la Ley determine plazos especiales, aspecto que demuestra una intención de tutelar con jerarquía legal el derecho de petición, mantiene la facultad de dirigir peticiones individual o colectivamente, pero nunca a nombre del pueblo.

Finalmente debemos destacar que en la Constitución de la República del Ecuador (2008), el derecho de petición se encuentra consagrado en el numeral 23 del Art. 66 citado anteriormente, es importante destacar que el derecho a recibir respuestas motivadas, se encuentra legislado dentro de la institución jurídica del debido proceso, el texto constitucional sigue conservando la facultad de dirigir peticiones individual o colectivamente, pero nunca a nombre del pueblo.

La evolución histórica del derecho de petición se encuentra expresada en los diferentes artículos de las diferentes cartas constitucionales ecuatorianas, por su extensión se considera inapropiado el mencionarlos, razón por la cual, se ha referido exclusivamente aquellas normas de las constituciones que se han promulgado en la historia jurídica ecuatoriana, que a criterio del autor han marcado avances significativos en la evolución del Derecho de Petición. Los textos constituciones han sido extraídos del libro “Constituciones de la República del Ecuador”, en donde se publican las constituciones promulgadas desde 1812 hasta 1967. (Trabucco, Constituciones de la República del Ecuador, 1975)

CAPÍTULO II
PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.1. Origen y fundamentos del silencio administrativo

Desde que el hombre se organizó en colectividades se estableció un liderazgo que lo mantenían unos pocos con respecto a la mayoría del grupo, originándose una natural necesidad de los miembros componentes de aquellos colectivos de satisfacer sus necesidades a través de peticiones a quienes detentaban el poder. Estas peticiones o solicitudes han existido en las diferentes formas de organización social, inclusive en los regímenes monárquicos y absolutistas. Con la Revolución Francesa se gestó una serie de cambios profundos en lo social, político, económico, etc., que para ser implementados requirieron transformaciones estructurales en la conformación de los estados, la división de poderes y sobre todo el sometimiento a la Ley de la toda la estructura del Estado.

Debemos señalar que, es precisamente en Francia, en donde se institucionalizó por primera vez la figura del Silencio Administrativo:

En Francia, mediante un Decreto expedido el 2 de noviembre de 1864, por primera vez se estableció la figura jurídica del silencio administrativo con la finalidad de subsanar el vacío de respuesta de los ministros respecto de sus autoridades subordinadas. Posteriormente, mediante una Ley publicada el 17 de julio de 1900(artículo 3º) se generalizó la aplicación del silencio administrativo a una decisión implícita de rechazo. De esta manera, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la administración en un plazo razonable, la ley optó por presumir que la pretensión del particular había sido denegada, con el único propósito de acudir a las vías procesales en demanda de que ésta fuese satisfecha. (Danós, 2001, p.2)

Es interesante evidenciar que desde la época de la Revolución Francesa (1789) existe manifiestamente una pasividad administrativa, y que como mecanismo de protección al administrado la estructura jurídica de aquel entonces consideró la necesidad de establecer la obligatoriedad de un pronunciamiento frente a la petición del administrado, así emerge la figura jurídica del Silencio Administrativo, creada para evitar la prepotencia y la arbitrariedad de la administración, que considera mejor opción, no contestar, o contestar fuera de tiempo, incumpliendo su deber de resolver, perjudicando los intereses del administrado.

La figura del Silencio Administrativo en esencia regula, tutela, garantiza el derecho del administrado, a ejercer su derecho de petición y a obtener una respuesta por parte de la autoridad administrativa. En su origen, la ausencia de pronunciamiento por parte de la administración dentro del término que lo señala la Ley, otorgaba al administrado la calidad para presumir que la pretensión del particular había sido denegada, con el único propósito de que el administrado acuda a la vía jurisdiccional en demanda de una respuesta a su pretensión que no había sido satisfecha.

Así, la figura del Silencio Administrativo se origina cuando frente a una petición o solicitud del particular, la administración, estando por Ley obligada a contestarla, no se pronuncia dentro del término concedido para el efecto, perdiendo en virtud del tiempo su competencia para hacerlo; es decir, el proceso administrativo que debió haber concluido por mandato legal con el pronunciamiento, no se materializa de ese modo, es decir, se produce una inobservancia de la Ley por parte de la Administración, quien al perder la competencia para pronunciarse, deja que sea la propia Ley aquella que supla esa omisión, esa falta de pronunciamiento, evita el estado de indefensión por parte del administrado mediante un efecto jurídico que la propia Ley le atribuye a dicho silencio, es decir, el proceso administrativo concluye en una forma anormal, excepcional. Al respecto, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 4 de febrero de 2002, se pronunció:

(...) ha sostenido ésta Sala que el ordenamiento jurídico contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la Administración el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la Administración la de dictar resolución expresa, su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado(...)

Este fue el carácter originario de tuvo el Silencio Administrativo en su nacimiento, en su creación tuvo un efecto negativo, puesto que al configurarse la ausencia de pronunciamiento por parte de la administración, se entendía que se encontraba expedita la vía de impugnación, para que el particular haga valer sus derechos, exponga sus pretensiones ante las instancias procesales correspondientes.

La figura del Silencio Administrativo se fundamenta en varias garantías vinculadas entre sí, que se encuentran consagradas en la Constitución de la República del Ecuador

(2008), entre las cuales tenemos: El principio de respeto a los derechos garantizados en la Constitución, Art. 11, numeral 9; el principio de legalidad, Art. 226; el derecho de petición, Art. 66, numeral 23; el derecho a la seguridad jurídica, Art. 82; el debido proceso, Art. 76; responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de su actividad administrativa, Art. 233; impugnación de actos administrativos en sede administrativa o jurisdiccional, Art. 173; y, el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (1993).

2.2. Definición del Silencio Administrativo

Existen varias definiciones sobre la figura del silencio administrativo, destacamos a continuación las más relevantes:

El jurista ecuatoriano Edgar Neira (citado por Morales, 2012), define al Silencio Administrativo como:

“La omisión del deber de resolver en el que incurre determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados en los plazos previstos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo)” (p.219)

El jurista Alberto Jhayya Segovia (2011), define al Silencio Administrativo como:

Figura jurídica y modo de conclusión anormal del procedimiento administrativo que opera cuando vencido el término para resolver el reclamo, solicitud o pedido y no se ha emitido decisión o resolución al respecto, se suple la omisión, retardo o desidia en el pronunciamiento mediante un efecto jurídico que la ley le dota a dicho silencio, el mismo que puede ser positivo o negativo (p.224)

El jurista colombiano Gustavo Penagos (1977) señala que el silencio administrativo es “un hecho jurídico al cual el derecho le otorga consecuencias jurídicas”. (Penagos, 1977, p.65).

El jurista Enrique Hernández (2009), define al silencio administrativo como “una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración” (Hernández, 2009, p.75).

Con fundamento en los conceptos que sobre el Silencio Administrativo se han expuesto, se ensaya la siguiente definición: Silencio Administrativo es la técnica jurídica que suple la falta de pronunciamiento expreso, motivado y oportuno de autoridad pública competente, frente a la petición efectuada por el administrado, dejando expedita la vía procesal de impugnación (efecto desestimatorio), o producido un acto administrativo presunto (efecto estimatorio).

2.3. Naturaleza jurídica del silencio administrativo

Hemos enfatizado que el Derecho de Petición es la garantía constitucional sobre la cual se edifica la figura del Silencio Administrativo, por cuanto su razón de ser es la tutela jurídica orientada a proteger al particular de la inactividad administrativa. Así se estructuran derechos a favor del ciudadano, entre ellos, tiene su origen el derecho de petición, que constituye la esencia del Silencio Administrativo, figura que está diseñada como un mecanismo idóneo de protección y garantía al derecho fundamental de petición a favor del administrado; fundamentalmente actúa como una salvaguarda a través de la cual, frente a la incuria administrativa, a la desidia administrativa que se manifiesta en la falta o extemporáneo pronunciamiento de la administración, se activa un acto presunto, que previamente legislado otorga un efecto jurídico, positivo o negativo con relación a lo solicitado.

El silencio administrativo surge como una necesidad de precautelar los derechos y los intereses de los administrados frente a la administración. (Marienhoff, 2001), justifica su existencia, al señalar que:

La razón de ser de ésta teoría o doctrina obedece a la necesidad de que los derechos de los administrados quedasen fuera de la protección jurisdiccional de la justicia y no se les crease una situación de indefensión, lo que fatalmente ocurriría si la Administración

Pública, en lugar de resolver las peticiones de los particulares, guardase silencio, pues, entonces, no habiendo acto administrativo, los administrados no podrían impugnar lo que no existe y sus pretensiones quedarían de hecho desconocidas y sus derechos frustrados. Tal fue el origen de la doctrina del silencio en derecho administrativo. (p.197)

El silencio administrativo constituye la figura por medio de la cual se protege, se tutela en general los derechos de los administrados, y particularmente, el derecho de petición, en cuyo ejercicio se materializan solicitudes, reclamos, quejas, peticiones a la administración, que contienen un universo de necesidades de los administrados, las mismas que quedarían desatendidas por la arbitrariedad y inactividad de la administración, de no existir la figura del silencio administrativo que actúa precisamente como una garantía a favor del administrado en el ejercicio de su legítimo derecho de petición.

En principio la inactividad administrativa deja al administrado en un estado de indefensión, sus intereses permanecen inexistentes, indiferentes a la administración que al no pronunciarse evita que exista una resolución que sea susceptible de revisión; sin que el administrado tenga ninguna posibilidad de interponer acción alguna en sede administrativa o jurisdiccional, a menos que se presuma de derecho, un atributo, un efecto negativo a la petición planteada, lo cual significa un gran avance para el administrado, puesto que podrá interponer una acción de revisión sobre un acto presunto cuyo efecto negativo ya tiene vida jurídica y constituye la base para una posterior acción de revisión, es decir, se satisface la necesidad de la existencia de un acto previo para acceder vía recurso a la sede jurisdiccional. Tal fue el efecto negativo que fue atribuido en principio al silencio administrativo.

Eduardo García de Enterría (2001) atribuye un valor agregado al efecto negativo que se le atribuye al silencio administrativo y sostiene que “la administración podía eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva; en tal caso el particular afectado por la inactividad de la administración quedaría inerme ante ella, privado de toda garantía judicial” (p.89).

El efecto positivo del silencio administrativo resulta ser una modificación que difiere mucho de su original efecto negativo, tutela el derecho de petición constituyéndose en una garantía para el administrado que le otorga un contenido de aceptación sobre la petición planteada, la misma que no es susceptible de modificación por ulterior resolución de la administración y debe ser únicamente ejecutado. Sus características y efectos serán estudiados detenidamente en el desarrollo de la presente investigación.

En conclusión, la razón de ser del silencio administrativo es evitar el abuso y la prepotencia de la administración, investida de poder e indolente frente a las peticiones de los administrados. Al respecto, Gustavo Penagos (1977) sostiene que “El fundamento del Silencio Administrativo, tanto negativo como positivo, es evitar la arbitrariedad de los funcionarios y la injusticia que origina la abstención de la administración al no resolver” (p.72)

En nuestro ordenamiento jurídico, el silencio administrativo se encuentra estructurado en el derecho al debido proceso y el derecho de petición, garantías fundamentales a favor de los ciudadanos que se encuentran consagrados en los artículos 76 y en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente.

Del derecho de petición se desprende que para la administración, la “regla”, el “deber ser”, lo constituye la resolución de las peticiones planteadas, en tanto que, la “excepción” lo constituye el Silencio Administrativo, del cual se deriva un acto administrativo presunto, al cual la Ley le atribuye un efecto jurídico positivo o negativo a la petición planteada por el administrado, conforme el legislador lo haya determinado previamente. La garantía constitucional de petición genera un derecho correlativo para la administración, cual es el de resolver las peticiones planteadas. En su omisión, surge la figura del Silencio Administrativo. Los servidores públicos tienen responsabilidades en el ejercicio de sus funciones, las mismas que están normadas en la Constitución de la República del Ecuador (2008):

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán

responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. (...) (Asamblea Nacional, 2008, p.82)

A pesar de la controvertida aplicación que se generó desde su aparición en la legislación ecuatoriana, la figura del Silencio Administrativo, parece ser una de las más importantes innovaciones que se han introducido en el ámbito del derecho público de nuestro país. La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (1993), promulgada en el Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre de 1993, respecto de la figura del Silencio Administrativo establece:

Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

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

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

Art. 28-A.- La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (Congreso Nacional, 1993, p.9)

2.4. Configuración del Silencio Administrativo

El ejercicio del derecho de petición por parte del administrado, genera una obligación correlativa de atención y respuesta inmediata por parte de los poderes públicos. La propia estructura jurídica del estado se orienta a garantizar que este proceso ocurra en forma permanente, como un accionar regular que rige las relaciones de los administrados con los poderes públicos; el pronunciamiento de la administración debe cumplir ciertos requisitos de motivación y término, en estricto apego a derecho.

En éste orden de ideas se debe precisar que la finalización de un procedimiento administrativo puede producirse en forma regular, cuando concluye con un acto administrativo expreso, cuya resolución de fondo debidamente motivada, dentro de término legal, ha sido emitida por autoridad competente; en tanto que, concluye en forma irregular, cuando no proviene de acto administrativo expreso que resuelva materia alguna, por caducidad, por desistimiento del solicitante, por incuria administrativa, en cuyo caso estamos frente al Silencio Administrativo en donde la Ley suple su inercia mediante una presunción estimatoria (efecto positivo) o dejando al administrado la vía expedita para el ejercicio de la impugnación (efecto negativo).

El jurista Alberto Jhayya Segovia, al definir la figura del Silencio Administrativo, precisa que es un “(...) modo de conclusión anormal del procedimiento administrativo (...)”, (Jhayya, 2011, p.224), criterio acertado que se debe rescatar en virtud de que el poder público está obligado a pronunciarse oportuna y expresamente sobre cualquier solicitud, petición o reclamo, bajo prevenciones de Ley, conforme el tercer inciso del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993), que prescribe que si la máxima autoridad administrativa comprobare que un funcionario de inferior jerarquía “ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro

Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento” (Congreso Nacional, 1993, p.10).

Una vez vencido el término para que el poder público se pronuncie, conforme el citado Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993), que al respecto dice: “(...) 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 (...)”(Congreso Nacional, 1993, p.9), es la propia Ley la que suple esta falta de pronunciamiento, omisión producida por la administración que otorga un carácter estimatorio, es decir un efecto positivo a la solicitud, petición o reclamo; se ilustra el presente criterio con el pronunciamiento de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Pg. 2555, Quito, 4 de febrero de 2002.

(...) es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia, que considera además que si la Administración no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable (...)

De ésta manera, se configura el Silencio Administrativo Positivo, cuyo origen es un incumplimiento de la ley por parte de la administración, es una “anormal” o “irregular” forma de terminación del procedimiento administrativo en el trámite de un reclamo, solicitud, petición o queja, opera y hace efectiva la garantía del derecho de petición y la correlativa obligación del poder público de otorgar oportuna y motivada respuesta. Desde su origen en Francia, el legislador otorgó a la inactividad administrativa un contenido jurídico que evidentemente suple a la incuria del poder público. La figura del Silencio Administrativo es una garantía que tutela el derecho de petición del administrado, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario y que podría originar un proceso de conocimiento, más bien constituye una presunción de derecho, que faculta el impulso de una acción de ejecución, conforme se ha expresado

en la abundante jurisprudencia existente que en materia de Silencio Administrativo que ha conformado criterio de triple reiteración y por tanto de obligatorio cumplimiento.

2.5. El principio de legalidad

La Corte Constitucional para el período de transición, mediante sentencia No. 001-09-SCN-CC, Caso No. 002-08-CN, 2009, dice: “El principio de legalidad en su origen fue proclamado por primera vez en la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 –Magna Charta Liberatum- y en la Constitución Criminal de Carolina Germánica de 1532” (p.15). Se puede identificar, junto a éstos antecedentes, la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) y la Revolución Francesa (1789), como aquellos acontecimientos cuyas connotaciones histórico-jurídicas lograron abrogar el totalitarismo, despotismo y la arbitrariedad monárquica imperante, poniéndole un límite a aquel poder desmedido a través de una institución jurídica que se la denominó “principio de legalidad”.

El carácter volitivo de la conducta humana, hace necesario que a través de la norma positiva previamente legislada, se asocie una sanción para aquellos comportamientos ilícitos, esta lógica fundamentada en el aforismo jurídico de –Von Feurevach, 1801- (citado por la Corte Constitucional, sentencia No. 001-09-SCN-CC, Caso No. 002-08-CN, 2009) “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”, constituye el principio de legalidad que inevitablemente se encuentra vinculado con el carácter sancionador y que regula los diferentes ámbitos del derecho. La Constitución de la República del Ecuador (2008), recoge el principio antes señalado y lo enuncia de la siguiente manera:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Asamblea Nacional, 2008, p.34)

Para efectos de juzgamiento esta norma realiza una distinción textual entre infracciones penales, administrativas y de otra naturaleza, con lo cual se reconoce a la vía administrativa su poder sancionador. Podemos afirmar que, en materia administrativa, el poder encuentra su límite en la Ley, por tanto, en el contexto del Derecho Público, en el cual se encuentra contenido el Derecho Administrativo, todos los actos de la Administración Pública han de ejecutarse en el marco de la Ley, no pudiendo ir más allá de lo que aquella dispone, es decir, tiene un carácter mandatorio. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador (2008) determina:

Art.226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Asamblea Nacional, 2008, p.80)

En virtud de lo señalado debe quedar claro que el principio de legalidad goza de jerarquía privilegiada por tener rango constitucional, todas las actuaciones de la Administración Pública deberán sujetarse a éste principio y a toda la normativa de menor jerarquía que vinculan a la Administración Pública en su ejercicio de la potestad pública y su actuación concreta en beneficio de la colectividad.

Contrariamente, en el marco del Derecho Privado, la actuación de los ciudadanos se encuentra regulada por el principio mediante el cual se les reconoce una capacidad que les permite ejecutar todo aquello que la norma no lo prohíba, la Constitución de la República del Ecuador (2008) determina:

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

29. Los derechos de libertad también incluyen:(...)

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. (Asamblea Nacional, 2008, p.31)

El Dr. Marco Morales Tobar (2011), página 142, identifica plenamente las diferencias que en el ámbito del principio de legalidad existen tanto para el derecho público como para el privado. Para el efecto, el tratadista Dromi (citado por Morales, 2011) establece

que el concepto de competencia “propio del Derecho público, es análogo al de capacidad en el Derecho privado, pero no idéntico. Se diferencian en que, mientras en Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma (...) La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no estatal; es decir, puede haber actos estatales cumplidos con incompetencia (Dromi, 2006, p.361)” (p.142).

Los funcionarios públicos estarán sujetos a evaluación, actuarán con observancia y sometimiento estricto a la Ley, en la búsqueda del bien común, en el contexto de los principios de eficacia, calidad, desconcentración, transparencia, etc. Al respecto, el Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Asamblea Nacional, 2008, p.80).

2.6. La motivación de las resoluciones de los poderes públicos

Vinculado con el deber que el poder público tiene de resolver las peticiones, solicitudes o quejas planteadas por los administrados, la motivación constituye una garantía fundamental que permite al administrado conocer las bases esenciales sobre las cuales se fundamenta la autoridad pública para emitir un pronunciamiento en el ejercicio de su competencia. La base filosófica sobre la cual se edifica la garantía de la motivación radica en el derecho irrenunciable que tiene el administrado a conocer sobre los fundamentos en los cuales se basa el pronunciamiento o acto de su interés, máxime cuando se ven afectados sus derechos subjetivos; sin motivación, el administrado estaría sujeto a la voluntad de quien ejerce el poder público, sujeto a resoluciones arbitrarias, prepotentes e injustas, la motivación es un requisito esencial que determina una relación de la causa y el objeto del acto, como acertadamente se pronuncia la Corte Constitucional mediante Resolución No. 011-2002-AA.

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 el 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.

La motivación consiste en la articulación coherente que vincula los hechos fácticos concatenados con la norma jurídica mediante una argumentación lógica que construye un camino inequívoco hasta concluir con un pronunciamiento o resolución. Resulta necesario que la autoridad administrativa explique el porqué las normas jurídicas que se invocan en la motivación son aplicables a los hechos que se analizan, a la materia de fondo objeto de análisis. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional mediante sentencia No. 0025-12-SEP CC:

Para que una motivación sea constitucional, debe comenzar por establecer los antecedentes del asunto sobre el cual se va a resolver. El antecedente presenta el caso y sirve de base para el desarrollo de los argumentos que debe sustentar la decisión.

La motivación, garantía consagrada en la Constitución, en el ámbito del debido proceso, tutela el derecho del administrado de conocer a plenitud los argumentos sobre los cuales el poder público realiza su pronunciamiento, de ésta manera, la motivación se constituye en un elemento de fondo, sustancial, que contribuye a otorgar validez al pronunciamiento de autoridad competente. Resulta muy ilustrativo el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, en el cual se señala tres requisitos que toda motivación ajustada a derecho debe contener: razonabilidad, lógica, comprensibilidad, características esenciales que como las refiere la precitada sentencia, estructuran una resolución correctamente motivada. El referido pronunciamiento se encuentra emitido mediante sentencia de la Corte Constitucional No. 227-12-SEP CC, y señala:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad tome la decisión, exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y

la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto. Por otra parte, en cuanto al requisito de la lógica que debe contener toda sentencia, es preciso establecer que el mismo tiene relación directa con la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permiten construir un juicio de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución en base a las circunstancias fácticas que presenta cada caso. Este elemento debe regirse sobre la base de los hechos puestos a consideración del juzgador, de modo que, mediante la recurrencia de las fuentes del derecho aplicables al caso, se obtenga una sentencia con un criterio jurídico que integre aquellas fuentes con el producto de su conocimiento y los hechos fácticos del caso.

Resulta relevante citar el Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que establece:

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos(...)

9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

10. Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte. (Asamblea Nacional, 2009, p.3)

Se señalan varias garantías constitucionales como el debido proceso, la motivación, la comprensión efectiva, pone de relevancia y define estos principios procesales, con un direccionamiento claro hacia la ciudadanía como destinataria de las resoluciones de los poderes públicos. La resolución deberá ser clara, objetiva, articulada entre el hecho y la norma jurídica aplicable. De igual manera, el Art. 31 de la Ley Modernización del Estado (1993), señala que “todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser

motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios” (Congreso Nacional, 1993, p.11).

La motivación debe estructurarse de forma tal que los hechos fácticos se encuentren justificadamente concatenados con las normas y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano; la falta de adecuada motivación ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución conforme el Art. 122 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2002), establece que “(...) la falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución (...)” (Decreto Ejecutivo No. 2428, 2002, p.45). Resulta indispensable la relación circunstanciada y coherente que fundamente la pertinencia de la normativa jurídica aplicable a los hechos que se analizan.

2.7. El debido proceso

Es una garantía constitucional y principio fundamental rector de todo proceso judicial o administrativo, sus preceptos deben ser cumplidos en toda fase e instancia del proceso para garantizar el imperio de la legalidad como premisa básica del accionar de los poderes públicos. Es la sucesión de las etapas procesales con sujeción y cumplimiento de las garantías constitucionales, limitando el exceso del poder público.

El debido proceso constituye un principio orientado a dotar al ciudadano de garantías básicas que permiten tutelar los derechos de las partes procesales tanto en el ámbito judicial como administrativo, así, el derecho a la legítima defensa, a ser escuchado en igualdad de condiciones, la presunción de inocencia, el principio universal de legalidad, la valoración de las pruebas en su integridad, entre otras, forman parte del conjunto de garantías procesales básicas.

La garantía del debido proceso, constituye la piedra angular del derecho procesal, garantiza un proceso justo, equitativo, el derecho a la defensa, en apego estricto a

derecho bajo prevenciones de ley. Se encuentra consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y establece:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...). (Asamblea Nacional, 2008, p.34)

La juridicidad es una de las garantías del debido proceso de mayor relevancia, la arbitrariedad y el despotismo de quien detenta el poder público se encuentra limitado por la Ley, en un estado de “derechos y justicia” el sometimiento a la ley por parte de la administración y los administrados, materializa la subordinación de los poderes públicos a la supremacía de la norma constitucional.

El derecho a la legítima defensa, que inicia con la práctica de la citación, para el establecimiento del legítimo contradictor o titular del derecho subjetivo amenazado o conculcado que garantiza el ejercicio de la defensa en cualquier estado o grado del proceso, en especial el sancionador, para la realización de la justicia. El derecho a ser escuchado oportunamente, en igualdad de condiciones, a presentar instrumentos probatorios, por cuanto la defensa se la realiza con argumentos fácticos y jurídicos que deben ser valorados en su integridad por la autoridad administrativa o judicial, con el

objeto de que las pruebas presentadas sean evaluadas y se tenga mayores elementos de convicción que permitan tener una visión integral de la causa objeto de análisis.

Constituye garantía básica del debido proceso la motivación de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales, y en general de toda decisión que afecte derechos subjetivos del administrado. La motivación constituye un mecanismo de control de la arbitrariedad, así se pronuncia la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 9 de noviembre de 1999, señala que la motivación es “(...) 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 (...)”. La autoridad administrativa o el juez, debe vincular los hechos fácticos que se analizan con la norma jurídica aplicable al caso, en forma clara, coherente, realizando un análisis de fondo sobre la materia objeto de estudio y resolución. Su omisión es el ejercicio de la arbitrariedad.

En cuanto al procedimiento administrativo que en el marco del principio de legalidad, faculta al administrado al ejercicio de su legítimo derecho de petición, que genera una obligación correlativa a la administración de oportuna y motivada respuesta, procedimiento que así ejecutado justifica la regularidad en el cumplimiento de norma expresa por parte de la administración pública. Sin embargo, si la administración no emitiere pronunciamiento expreso oportuno y motivado, conforme mandato legal, concurre la figura del Silencio Administrativo Positivo, que frente a la incuria administrativa, origina un acto presunto cuyo efecto positivo es un atributo que le confiere la propia ley, generando un derecho autónomo a favor del peticionario para concurrir dentro de término legal a exigir la ejecución del efecto positivo de su petición, en sede administrativa o ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante una acción que será de ejecución y no de conocimiento, sin que la emisión de pronunciamiento administrativo extemporáneo o acto administrativo ulterior pueda conculcar el derecho que ha nacido a favor del peticionario.

El incumplimiento de las garantías señaladas en el procedimiento descrito, al amparo del principio de juridicidad, de legalidad, constituye una violación al debido proceso, institución jurídica que tutela el ejercicio de sus derechos al administrado, otorgando garantías suficientes en el marco de sus relaciones con el poder público. Cabe señalar que la irregularidad que caracteriza al incumplimiento de la ley por parte de la administración se encuentra señalada en constitución, y en la Ley de Modernización del Estado, acarrea responsabilidades administrativas, civiles culposas e inclusive indicios de responsabilidad penal, autoriza a la máxima autoridad administrativa a comunicar al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

2.8. El principio de responsabilidad de la actividad administrativa

La falta de pronunciamiento o extemporánea respuesta por parte de la autoridad administrativa a la petición, solicitud o queja del administrado, origina la pérdida de competencia del poder público para pronunciarse. Hay que relevar que la autoridad administrativa se encuentra por ley obligada a pronunciarse, a emitir oportuna y motivada respuesta, su incumplimiento violenta el derecho de petición y la correlativa obligación del poder público de emitir oportuna y motivada respuesta. Recordemos que el ámbito público, el funcionario se encuentra obligado a ejecutar exclusivamente lo que la norma dispone.

El pronunciamiento emitido en forma extemporánea, es decir, posterior al término de 15 días que concede el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993), acarrea su nulidad de pleno derecho, conforme lo establece el literal a) del Art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE (2002), que establece la nulidad de pleno derecho para “aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo (...)”(Decreto Ejecutivo No. 2428, 2002, p.33). En virtud de ésta norma, la autoridad administrativa pierde competencia para pronunciarse en razón del tiempo decurrido.

La incuria administrativa acarrea responsabilidades para los funcionarios públicos obligados a pronunciarse, al no ejecutar el mandato legal al que se encuentran

obligados. Los funcionarios públicos tienen responsabilidades en el cumplimiento de sus deberes por la acción u omisión cometida en ejercicio de sus funciones, bajo prevenciones de ley en el establecimiento de responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Al respecto el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados 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. (Asamblea Nacional, 2008, p.82)

El tercer inciso del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993) citado anteriormente, señala la obligación que tiene la máxima autoridad administrativa para comunicar al Ministerio Fiscal sobre la suspensión o negativa de resolver un procedimiento administrativo dentro del término de 15 días contados a partir de su presentación e iniciar el enjuiciamiento correspondiente.

Finalmente es indispensable relevar el derecho que tiene el Estado de repetir el pago, en contra de los delegatarios, concesionarios y en general de los funcionarios públicos que en el ejercicio de la potestad pública, por sus acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones, hubieren acarreado perjuicios económicos en contra del Estado. Se reconoce un poder público solidariamente responsable y se establece el derecho del Estado para repetir en contra de los funcionarios responsables del perjuicio económico ocasionado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Al respecto el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (Asamblea Nacional, 2008, p.12)

CAPÍTULO III
ALCANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1. El silencio Administrativo y el Acto Administrativo

El acto administrativo constituye el medio a través del cual la administración pública emite su voluntad en uso de su potestad cuyo origen y límite es la ley. La arbitrariedad, el despotismo, el totalitarismo encuentran su límite en la ley, aparece el estado con un concepto moderno de desconcentración de poder, el sistema de pesos y contrapesos, al mismo tiempo surge la necesidad del derecho para regular el accionar de los poderes estatales equilibradamente divididos. El bien común como fin supremo del estado se lo busca materializar otorgando competencias y facultades a la administración pública que a través de actos administrativos ejercen orden, mando y facultad reglamentaria, en el ejercicio de la potestad administrativa sometida a la ley.

Sin que sea el acto administrativo materia esencial del presente trabajo investigativo, se considera importante como mecanismo de profundización en el silencio administrativo, realizar una referencia superficial sobre el acto administrativo, pues el silencio administrativo constituye precisamente la ausencia de voluntad expresa de la administración frente a la petición del administrado, silencio ante la cual la ley atribuye un contenido estimatorio o desestimatorio. Existen varias definiciones sobre el acto administrativo, destacamos a continuación las más relevantes:

El tratadista Patricio Secaira (2004) define al acto administrativo como “la declaración unilateral de voluntad que expresa la administración pública y que genera efectos jurídicos directos e inmediatos” (p.44).

Roberto Dromi (1997) define al acto administrativo como “actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos” (p.57).

El tratadista Agustín Gordillo (2004) define al acto administrativo como una “declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (p.97). Se ha escogido a propósito ésta definición, por cuanto a nuestro criterio describe en forma precisa los elementos del acto administrativo los mismos que resultan muy útiles al momento de comparar con

los elementos acto presunto que se genera con el silencio administrativo, materia esencial de la presente investigación.

3.1.1. En el acto administrativo

Dentro de la formación del Acto Administrativo es fundamental que sea expresado a través de una declaración, que es una creación intelectual que lo exterioriza la administración pública, que tiene fuerza vinculante y obligatoria por imperio legal, puede ser verbal o escrita y expresa el parecer, la intención, la decisión que sobre determinado asunto toma la administración pública. En esta declaración se encuentra implícita la voluntad que es la capacidad originada en la ley que tiene la administración pública para decidir sobre asuntos de su competencia, la misma que se encuentra subordinada a la Constitución y la ley, es decir, es la capacidad de “dar, hacer o no hacer”, que se ve materializada a través de la expresión de la voluntad administrativa.

Es unilateral, por cuanto solo y exclusivamente al órgano administrativo titular de aquella competencia que se origina en la ley, le corresponde pronunciarse sobre determinado aspecto propio de su competencia, atendiendo estrictamente al ordenamiento jurídico imperante, inicia con la petición del administrado.

La referida competencia originada y regulada dentro de un marco legal, le pertenece al órgano administrativo competente, y en ningún caso a la persona que ejerce su titularidad, quien ejerce esas competencias lo hace en virtud de la calidad que representa, como titular de un órgano administrativo, legitimado por su respectiva nominación debidamente otorgada. El acto administrativo es válido si es otorgado por la función administrativa en ejercicio de la potestad estatal establecida por la ley.

Los actos administrativos emitidos por la administración pública, en nuestro ordenamiento jurídico gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad mientras no hayan sido declarados nulos por autoridad competente, por tanto, la definición en análisis de Gordillo, guarda estrecha relación con nuestra legislación vigente, efectivamente, el acto administrativo produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

3.1.2. En el acto presunto

Cuando los efectos positivos o negativos del Silencio Administrativo están previamente expresados en la Ley, la misma que se presume conocida por todos conforme el Art. 13 del Código Civil (2005) que establece: “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna” (p.7), máxime por los funcionarios de la Administración Pública, quienes conocen exactamente cuál es el contenido que la Ley otorga a su falta de pronunciamiento dentro del término concedido para el efecto, éste Silencio, sin duda configura un Acto Administrativo Presunto, la omisión de pronunciamiento es sustituida por una aprobación amparada en la Ley, una presunción de derecho, en donde se produce a favor del administrado efectos jurídicos directos e inmediatos.

En efecto, la voluntad se ve materializada por el silencio administrativo guardado frente a la petición del administrado, por cuanto la propia Ley a atribuido previamente un contenido positivo o negativo a la incuria administrativa, es decir, la Ley contesta si la Administración no lo hace oportunamente para garantizar los intereses del administrado. Así, la administración conoce que su omisión de pronunciamiento, su silencio constituye una declaración de la voluntad, cuyo contenido ha sido atribuido previamente por la propia Ley. Oportuno es citar al autor Gustavo Penagos, quien define al silencio administrativo como “un hecho jurídico al cual el derecho le otorga consecuencias jurídicas” (Penagos, 1977)

Es unilateral, por cuanto la incuria administrativa es imputable única y exclusivamente a la autoridad administrativa ante quien se interpuso la petición, no interviene ningún ente o instancia administrativa diferente que pudiera distraer, condicionar o evitar su pronunciamiento, sino exclusivamente la autoridad ante quien se la interpuso. De tal manera que la voluntad así expresada por ministerio de la Ley, como consecuencia de la omisión de pronunciamiento del órgano administrativo, cumple también con la unilateralidad que es un elemento propio del Acto Administrativo. Esta ausencia de pronunciamiento expreso por parte de la administración, puede asimilarse a un

pronunciamiento tácito, al acto administrativo presunto, que se deriva del silencio administrativo originado en la inactividad administrativa.

En este orden de ideas es necesario destacar que el ente administrativo ante quien se dirige la petición, debe cumplir una condición indispensable, tener la capacidad decisoria, por ser el titular de la competencia que en forma exclusiva otorga el estado a través de la Ley para conocer la materia de la petición, principio que lo recoge el Art. 87 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE (2002) que establece que "(...) no operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto" (p.31) y en el literal b) del artículo 129 íbidem, que establece como causas de nulidad de pleno derecho los actos administrativos que sean "dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio" (p.48); es decir, es necesario el pronunciamiento de órgano competente.

Ahora bien, el Acto Administrativo en nuestro ordenamiento jurídico goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, salvo que se trate de un acto que contenga vicios invalidadables o causas de nulidad que desvirtúen su presunción de legitimidad, elementos éstos que constituyen materia de obligatorio examen para el juzgador puesto que conforme lo prescribe el Art. 10 del Código Civil (2005) que establece que "en ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo" (p.7) contendrá la decisión pública expedida, la misma que debe ser debidamente notificada a su destinatario final, el administrado, en cuyo caso su efecto jurídico será directo e inmediato.

Para el caso concreto de nuestro ordenamiento jurídico, cuando se ha configurado el Silencio Administrativo, vencido el término legal, cuyo efecto es positivo, se genera un derecho autónomo e independiente de cualquier antecedente o pronunciamiento posterior de autoridad administrativa, resolución que al no ser ejecutada en forma inmediata en sede administrativa, faculta al administrado para impulsar en sede judicial una acción de ejecución que haga cumplir aquello que el silencio guardado por la administración ha dado origen.

De ésta manera, mientras el juicio de conocimiento se lo impulsa con el objeto de obtener una determinación o declaración de un derecho, el proceso de ejecución inicia con la certeza de que el derecho reclamado por la parte ha sido declarado por sentencia, se encuentra firme, en cuyo caso solo cabe su ejecución, su materialización, corresponde en efecto a la acción de ejecución.

En materia administrativa, el derecho subjetivo originado en el silencio administrativo toma esta calidad, se encuentra firme, puede entenderse como una pretensión insatisfecha cuyo cumplimiento está sujeto, por imperio legal, conforme el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil (2005) al mandato de la autoridad juzgadora cuya facultad de administrar justicia “consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes” (p.1), es decir, el cumplimiento del contenido del acto presunto cuya aceptación se ha originado en el silencio administrativo puede ser impuesto aun por la fuerza.

Los doctrinarios en su gran mayoría coinciden en que el silencio administrativo negativo o acto presunto desestimatorio, no constituye un verdadero acto administrativo, al contrario, lo consideran como una ficción de acto que se estructura por el transcurso de un término legal y que otorga al peticionario el derecho para acceder, en sede administrativa, al agotamiento de la vía; y, en sede judicial, a la revisión del acto. En tanto que, respecto del silencio administrativo positivo o acto presunto estimatorio, existe uniformidad entre los doctrinarios con el criterio de que constituye un verdadero acto administrativo; pues tiene un contenido que otorga un derecho subjetivo a favor del administrado, el mismo que no puede ser modificado por ulterior acto o pronunciamiento extemporáneo.

3.2. Silencio administrativo negativo

Una gran mayoría de doctrinarios coinciden en señalar que el silencio administrativo negativo no constituye un verdadero acto administrativo, afirmación que la compartimos puesto que su configuración como acto presunto desestimatorio no constituye un acto administrativo, puesto que, nacido como consecuencia del transcurso del tiempo que

decurre entre la presentación de la petición y el término que la ley concede a la administración para resolver, la incuria administrativa y su falta de respuesta no genera efecto jurídico de ninguna naturaleza, no resuelve la materia o contenido de fondo de la petición, ausente de contenido, no constituye un verdadero acto administrativo, sino apenas constituye un requisito sin el cual el contenido de su petición no podrá ser conocido ni revisado en sede jurisdiccional.

En este orden de ideas, el silencio administrativo negativo constituye una ficción jurídica, no constituye un acto administrativo, puesto que si con el silencio administrativo se evita conocer y resolver la materia de fondo de la petición, se deja al administrado en el mismo estado en el que inicialmente estuvo al momento de incoar su solicitud, salvo por la garantía o certeza que se desprende a favor del administrado de que su petición puede ser conocida y revisada en sede jurisdiccional. Así lo ratifica la resolución de la Corte Constitucional 1064, Registro Oficial Suplemento 104 de 19 de Febrero del 2009.

(...) QUINTA.- Con relación a la concurrencia de la ficción jurídica del silencio administrativo argumentado también por la recurrente, la Sala estima necesario aclarar que 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 arbitraran 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 sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir la ausencia de toda actividad volitiva de la administración, ante lo cual no era admisible proceso interpretativo alguno destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente (...)

Que objeto tiene la petición si antes de ser planteada el peticionario ya es titular de una situación que el Silencio Administrativo Negativo únicamente la confirma, es decir, no cambia en lo absoluto la situación jurídica del peticionario, excepto porque configura un requisito para concurrir a la vía jurisdiccional; en cuyo caso, si en la vía administrativa el silencio administrativo negativo es regla y el positivo excepción, constituye una pérdida de tiempo para el peticionario concurrir a sede administrativa, cuando podría acceder directamente a realizar su petición en sede jurisdiccional para obtener una resolución perentoria, firme y definitiva.

Por todos los argumentos expuestos se entiende que mayoritariamente los doctrinarios coinciden en señalar que el silencio administrativo negativo no constituye un verdadero acto administrativo, porque no resuelve nada, no cambia la situación jurídica del administrativo; y, si se le quiere atribuir un valor, representa apenas un tibio requisito para que el administrado plantee su petición en sede jurisdiccional, claro está, sin el cual, no podría acceder a dicha vía, constituyendo un dilatado proceso primero en sede administrativa y luego el sometimiento de resolución en sede jurisdiccional, que va en desmedro de los genuinos intereses del administrado, garantizados por la Constitución.

En este orden de ideas se debe considerar que de ninguna manera se podría definir al silencio administrativo negativo como un acto administrativo, todo lo contrario, existe la ausencia total de un elemento fundamental como es la expresión de la voluntad de la administración. El silencio administrativo negativo constituye una ficción legal cuyos efectos son exclusivamente procesales, por lo tanto, inclusive, configurado el mismo, ¿Qué proceso interpretativo podría ejecutarse sobre ésta ficción jurídica si no expresa absolutamente nada?

Concluyendo, no siendo el silencio administrativo negativo un acto administrativo, sino todo lo contrario, la ausencia de éste, por cuanto adolece de uno de sus elementos esenciales como es la expresión de la voluntad, representa la ausencia de toda actividad administrativa, por tanto no podría generar ningún efecto para el administrado, ni jurídico, ni material ni de ninguna otra naturaleza, constituye un requisito meramente procesal, puesto que a lo único que se limita es a abrir una vía de recurso, en sede

jurisdiccional, en donde el administrado si podrá obtener una resolución firme sobre su petición o reclamo.

3.3. Silencio administrativo positivo

El derecho de petición que conforme nuestro ordenamiento jurídico lleva implícito una obligación correlativa de resolver para la administración, constituye una garantía para el administrado, consiste en la obligación que tiene la administración de pronunciarse expresamente, en forma oportuna y fundamentada sobre la petición o reclamo planteado. El peticionario busca una respuesta, una aprobación, una autorización, etc., que no la obtiene por la inactividad de la administración. En efecto, la incuria administrativa violenta la garantía fundamental del administrado consagrada en la Constitución.

En la actualidad tenemos el fruto de una evolución histórica en donde, del original silencio administrativo negativo, que se entiende como negativa de lo solicitado, ha evolucionado hacia la figura del silencio administrativo positivo que le atribuye un contenido de aprobación, aceptación o autorización de la petición planteada, por cuanto ha decurrido el término que la Ley concede para pronunciarse motivada y oportunamente. La figura del Silencio Administrativo se encuentra prescrito en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993) antes citado, señala un término de quince días para pronunciarse sobre la petición del administrado y establece que, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la petición ha sido aprobada y que el reclamo ha sido resuelta en favor del peticionario.

El carácter positivo que la Ley atribuye al Silencio Administrativo es la garantía que a favor del administrado opera cuando su derecho constitucional de petición ha sido vulnerado por la inactividad administrativa, es decir, la Ley tutela el derecho del administrado a obtener una resolución sobre su petición planteada, de ésta manera opera el contenido favorable que la Ley atribuye a la incuria administrativa, aprobando, aceptando, autorizando lo solicitado por el administrado, cuando dentro del término de Ley la administración no se ha pronunciado.

Configurado el silencio administrativo positivo, en virtud del tiempo decurrido sin pronunciamiento de la administración, se origina un acto administrativo presunto, al cual la Ley le otorga un efecto positivo, cuyo contenido acepta o aprueba lo solicitado por el peticionario., es decir, la Ley contesta positivamente si la Administración no lo hace en forma oportuna y motivada, para garantizar los intereses del administrado. Este criterio se ve fortalecido con lo expresado en la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2555, Quito, 4 de febrero de 2002:

(...)Ha sostenido esta Sala que el ordenamiento jurídico contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la Administración el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la Administración la de dictar resolución expresa, su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado; es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia, que considera además que si la Administración no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable (...)

Este contenido estimatorio es la expresión de la voluntad, necesaria para que se considere al silencio administrativo positivo como un verdadero acto administrativo, claro está, presunto, y que se diferencia diametralmente del silencio administrativo negativo, que como se había indicado, no tiene contenido alguno, constituye una mera ficción legal de efectos netamente procesales.

David Andrés Harpelín (citado por Morales, 2012) afirma que “la operatividad del silencio administrativo positivo da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un verdadero acto administrativo. Podría decirse que en el Derecho administrativo el acto presunto genuino es precisamente el surgido del silencio positivo” (p.215).

Cabe señalar que cualquier pronunciamiento resolutorio que se encuentre fuera del término legal que la Ley otorga a la administración para resolver, es nulo de pleno derecho, no modifica en lo absoluto el contenido positivo del acto presunto otorgado a favor del administrado, el mismo que no puede ser modificado o conculcado por ulterior acto o pronunciamiento extemporáneo, pues constituye un derecho subjetivo nacido a su favor por efecto de la configuración del silencio administrativo positivo.

3.4. Contenido y efectos del silencio administrativo

Para entender en su esencia la institución del silencio administrativo, es indispensable evidenciar su propósito fundamental, que justifique su razón de existir, así, a continuación se enuncia algunos aspectos que se considera de relevancia: El silencio administrativo es la causa que genera un efecto fundamental, cual es la generación un acto administrativo, presunto, autónomo e independiente inclusive de las causas que lo generan, que sustituye a la autorización o aprobación que el peticionario pretende, y atiende positivamente la solicitud del administrado. En esencia el efecto positivo de la inactividad administrativa, constituye una garantía tutelada a favor del administrado, cuando la administración no resuelve en forma expresa la petición planteada, es decir, el derecho de petición consagrado en la constitución genera una obligación correlativa de la administración, de resolver expresa, motivada y oportunamente.

El efecto del silencio administrativo positivo se torna muy peligroso para la administración lenta e indiferente, que no cumple su objetivo esencial, su falta de agilidad la vincula inevitablemente a una presunción legal positiva e irrevocable. El Silencio Administrativo Positivo no constituye, per se, objetivo de nuestra legislación, no persigue otorgar un efecto positivo a la incuria administrativa frente a la petición de los administrados, sino fijar un límite a su inactividad.

Los derechos generados para el administrado mediante el acto administrativo presunto que se genera como consecuencia del silencio administrativo, no podrán ser extinguidos ni menoscabados por ningún otro acto administrativo que se emita con posterioridad a la autorización presunta obtenida. El acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo, al igual que el acto administrativo expreso, tiene la

calidad de legítimo y ejecutorio, salvo que se encuentre viciado de nulidades que hagan imposible la convalidación del mismo, destruyendo su presunción de legitimidad. La condición de ejecutividad del acto presunto analizado, hace viable el reclamo de su cumplimiento inmediato en sede administrativa o jurisdiccional a través de una acción de ejecución y no de conocimiento, pues el acto administrativo expreso o presunto, conforme lo establece la legislación vigente, produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

Será indispensable que el acto presunto, nacido del silencio administrativo positivo, sea idóneo, es decir que no contenga ningún vicio que entrañe nulidad de pleno derecho, como aquellos que se encuentran enumerados taxativamente en los Art. 94 y 129 del ERJAFE (2002). La anulación y extinción del acto administrativo presunto y legítimo, declarativo de derechos y no anulable, requerirá de la declaratoria de lesividad para el interés público, pronunciado por la administración mediante impugnación interpuesta ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, siempre que el referido acto no haya sido reclamado en ejecución.

3.5. Vicios que impiden la convalidación del acto

Es necesario destacar que conforme se ha analizado, una vez configurado el Silencio Administrativo en virtud del término legal trascurrido, se da lugar al nacimiento de un acto presunto cuyo contenido es positivo que aprueba la solicitud, pedido o reclamación, es decir, resuelto a favor del peticionario.

En cuanto al alcance del Silencio Administrativo, que configurado da origen a un acto presunto, se debe señalar que para su validez, existen límites, el mismo debe ser ajustado a derecho, para que pueda ser legítima su presunción de legalidad, y pueda ser tutelado por el órgano jurisdiccional. El juzgador no debe ocuparse de los antecedentes de hecho que fueron materia de trámite en la vía administrativa. Corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo juzgar la validez del acto presunto en función de los presupuestos fácticos y jurídicos que son base de la pretensión del administrado.

Es claro que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y de ejecutividad, en este contexto también se ubican los actos presuntos originados en el Silencio Administrativo. Sin embargo, el legislador con mucho acierto ha incorporado un importante contenido, en el que señala aquellos vicios que no son susceptibles de convalidación del acto presunto y por tanto ocasionan su nulidad. Al respecto los artículos 94 y 129 del ERJAFE (2002) enumeran taxativamente aquellos vicios que impiden la convalidación del acto; y, los actos de la Administración Pública que ocasionan nulidad de pleno derecho.

De esta manera, para que el acto presunto cuyo efecto positivo se ha derivado del Silencio Administrativo logre la tutela jurídica y mantenga su status de presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad, debe ser “regular”, conforme se pronuncia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2010, fallo de triple reiteración, publicado en el Registro Oficial No. 220:

(...) CUARTO: en lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha reiterado que el juzgador está en el deber constatar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que hacen posible la ejecución del acto administrativo presunto. Estos requisitos son: 1) Los requisitos materiales o sustanciales concernientes a que el acto administrativo presunto - derivado del silencio administrativo- sea un acto administrativo regular. Según la doctrina y la legislación comparada, el acto administrativo regular es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Es decir que respecto de los actos administrativos regulares no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido, no son regulares. por ejemplo, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley. La revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extensión de los actos administrativos en razón de su legitimidad: sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo, nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se puede sostener que se han generado derechos para el administrado,

pues está en la lógica jurídica que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la administración puede transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, **si** un acto administrativo regular, explícito o presunto, contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad, por último, este análisis de la regularidad del acto administrativo presunto se realiza en función de las razones de orden jurídico, pues las razones, fácticas deben ser revisadas en sede administrativa; 2) los requisitos formales tienen que ver con la certificación otorgada por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término que da lugar al silencio administrativo positivo, para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprenden de los actos administrativos presuntos (...)

El requisito material o sustancial de no contener causales de nulidad, y el requisito formal consistente en la certificación de la autoridad administrativa, sobre la fecha de vencimiento del término de pronunciamiento señalado por la ley para la configuración del Silencio Administrativo, que se origina en la incuria administrativa, o en su defecto constancia procesal judicial de requerimiento de aquella certificación. Así, el conocimiento y la competencia que avoca la jurisdicción contencioso administrativa goza de legalidad y legitimidad, su resolución no contraría la normativa imperante en nuestro sistema jurídico, normativa que por imperio legal, no podría ser menoscabada por interés subjetivo ilegítimo alguno.

3.6. Límites del silencio administrativo positivo

La aplicación del Silencio Administrativo Positivo, se encuentra limitada en muchos aspectos por cuanto la naturaleza de la petición se aleja del derecho, o se pretende hacer efectivo hechos o derechos para cuyo ejercicio existe norma expresa o se conculque el derecho de otro, originándose un conflicto de intereses y una colisión de derechos. Para el análisis de ésta temática se debe tener claro que la pertinencia de lo solicitado mediante el Silencio Administrativo se subordina “a los elementos esenciales

del acto administrativo, los cuales de acuerdo a lo enseñado por la doctrina, constituyen la competencia, la voluntad y la forma” (Morales, Manual de Derecho Procesal Administrativo, 2011). La incompetencia de la autoridad que emita la resolución o el incumplimiento de formalidades que causen daño irreparable son causales de nulidad de una resolución o procedimiento administrativo conforme lo establece el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (1968).

De igual manera, por su capital importancia, para el presente análisis se considera la investigación realizado por el Dr. Patricio Secaira (citado por Morales, 2012), quien fija con precisión el alcance y los límites de esta figura jurídica, establece hitos y define aquellos casos en los cuales por su naturaleza no opera la figura del Silencio Administrativo, estudio que se lo realiza con el ánimo de enriquecer el meritorio trabajo del referido autor. El presente trabajo fija su atención en una orientación eminentemente práctica sobre la figura del Silencio Administrativo y su efecto positivo en nuestra legislación, con los criterios de partida señalados, se busca analizar, profundizar y enriquecer el tema con doctrina y jurisprudencia existente.

3.6.1. Petición dirigida ante autoridad competente contraria a derecho

El alcance de la figura del Silencio Administrativo se ve limitado por la calidad de las pretensiones incoadas, aquellas que son contrarias a derecho nulitan la resolución o el procedimiento administrativo. Así se pronuncia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia correspondiente al juicio No. 169-98:

Por otra parte, es de trascendental importancia doctrinaria referirnos a un aspecto que no toca la sentencia: la aceptación por el ministerio de la ley, debida al silencio administrativo que contempla el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, frente a la solicitud inicial presentada por el actor. Es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución; ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo

alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen. Así consta de sendos fallos tanto del Consejo de Estado Francés como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, y evidentemente tiene indiscutible trascendencia en nuestro derecho desde la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado vigente. En el caso, es evidente que habiendo transcurrido más del término de quince días sin que se diera respuesta a la actora su petición final fue aprobada por el ministerio de la ley; más, también no es menos evidente que tal solicitud inicial pretendía el que se deje sin efecto la primera resolución de 24 de febrero de 1997, en sustitución de la cual precisamente se aprobó la resolución impugnada en esta causa. Por lo anterior, es evidente que en lo relativo a la aprobación por el ministerio de la ley no podría ser materia de resolución en este proceso; siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el ministerio de la ley de las pretensiones no contrarias a derecho presentadas ante autoridad competente, como consecuencia del silencio administrativo y en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización vigente”

3.6.2. Petición dirigida ante autoridad incompetente

La petición dirigida ante autoridad incompetente nulita la resolución o el procedimiento administrativo, así lo prescribe el literal a del Art. 59 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (1968). En este mismo sentido, el literal a del artículo 94 del ERJAFE (2002) señala que no son susceptibles de convalidación y serán nulos de pleno derecho, “(...) aquellos actos dictados por un órgano incompetente (...)” (p.94), consecuentemente será nulo todo acto administrativo presunto que se origine en el Silencio Administrativo de autoridad incompetente, como efectivamente se pronuncia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275. Quito, 4 de octubre de 2004:

(...) es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición, y que en el supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho (...)

En este orden de ideas, si la petición resultare aprobada por autoridad administrativa incompetente, la misma estuviera viciada de nulidad de pleno derecho, peor aún se puede pretender, en este escenario, obtener derecho alguno mediante Silencio Administrativo, si como se ha señalado, la petición ha sido planteada ante autoridad administrativa incompetente. Es en este sentido se ha pronunciado la Sala de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2004, Publicado en Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1.p.283:

(...). Conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley. (...)

3.6.3. El silencio administrativo en la inactividad legislativa

Será contrario a derecho que el administrado solicite tanto la aprobación como la derogatoria, reforma, revocatoria de normas jurídicas de carácter general, de la incuria legislativa no podría otorgarse un derecho al administrado con efecto positivo, aquello significaría que el administrado asume facultades legislativas, aspecto que es inaceptable. Conforme el acertado criterio del Dr. Patricio Secaira (citado por Morales, 2012) “el silencio administrativo se produce en actos inter partes, en ningún caso en actos que tengan efectos erga omnes” (p.224).

3.6.4. Falta de legitimación activa del derecho subjetivo reclamado

La falta de titularidad o legitimación activa del derecho subjetivo reclamado, que nace de la norma objetiva, hace inaplicable el efecto positivo del silencio administrativo. Si la petición o reclamo tiene que efectuarse ante autoridad competente, el peticionario debe legitimar la calidad con la que comparece, es decir, debe ser el titular del interés legítimo reclamado.

Es necesario considerar que un acto administrativo que afecta el derecho subjetivo de un peticionario, que por efecto positivo del Silencio Administrativo se ha resuelto a su favor, no podrían hacerse extensivo a otros administrados que estando en la misma situación, no han realizado la respectiva petición a la administración, el efecto del Silencio Administrativo conforme al criterio del Dr. Patricio Secaira (citado por Morales, 2012) es “inter partes” y no “erga omnes” (p.224).

Sin embargo conforme el análisis efectuado por el Dr. Marco Morales (2011), se debe considerar que cuando un derecho individual se encuentra vinculado con el de otros, se articula un interés colectivo, que se encuentra garantizado en la constitución de la república en lo referente a los derechos comunitarios, relacionados con temas ecológicos, ambientales, etc. y que bien podrían ser reclamados individual o colectivamente, sin que los efectos de una remediación cuyo impacto sea colectivo, se haya impulsado a través de una petición particular.

3.6.5. El silencio administrativo positivo en contratación pública

El contrato es el acuerdo de voluntades, por el cual cada parte queda vinculada entre si con la otra, en materia de contratación pública, su ley orgánica define con exactitud las relaciones entre las partes contratantes. En la misma se encuentran definidos procesos de contratación para consultoría, ejecución, fiscalización, etc. de la obra pública, contratación de personal, a través de concursos de mérito y oposición, emisión de nombramientos, concesiones para la prestación de servicios públicos, etc. Los procesos de contratación pública se encuentran plenamente normados en el respectivo cuerpo legal, se encuentran organizados en instancias, organismos e instituciones, considerando los ámbitos especializados de la materia, de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y

servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; de igual manera, la contratación de personal para la prestación de servicios se encuentra debidamente legislado en los diferentes cuerpos legales, en donde se encuentra definida la procedimientos de selección, concursos y contratación.

Por lo expuesto, la contratación pública goza de autonomía, independencia y facultades para actuar, pero está subordinada a su normativa propia, limitada porque sus potestades se encuentran regladas en su propia normativa, existe jurisprudencia en la cual se deja claro que la figura del silencio administrativo no puede modificar las relaciones contractuales que se encuentran previamente acordadas merced a los procesos de contratación preexistentes. La naturaleza contractual es bilateral, las condiciones de incumplimiento de contrato se encuentran previamente estipuladas y es en este contexto en el que se debe tratar sus relaciones. Al respecto se pronuncia la Sala de lo Contencioso Administrativo de Corte Suprema de Justicia mediante sentencia publicada en la Gaceta Judicial CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275. Quito, 4 de octubre de 2004:

(...). De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida(...)

En torno a las relaciones entre diferentes órganos del sector público, el Dr. Patricio Secaira (citado por Morales, 2012) señala que: “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” (p.227). En efecto, la figura del Silencio Administrativo opera como una garantía que tutela el derecho de petición a favor de los particulares, en tal virtud, ningún órgano de la administración pública podría aplicar ésta figura que como lo hemos mencionado, opera

exclusivamente garantizando el derecho de petición de los administrados, salvo los casos en que la ley expresamente lo señale.

3.6.6. El silencio administrativo positivo en apelación en sede administrativa

Para el caso en que la autoridad administrativa competente ha emitido resolución negativa sobre la petición planteada, en estricto apego a derecho, y la misma ha sido apelada en sede administrativa, el Dr. Patricio Secaira (citado por Morales, 2012), con acertado criterio señala que “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” (p.226). Al respecto la sentencia publicada en el Registro Oficial No. 337, de fecha 18 de mayo de 2004, en juicio seguido por Jorge Haz Villagómez en contra de la I. Municipalidad de Guayaquil, ratifica éste valioso criterio:

(...). El recurrente se refiere también al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, aduciendo que se ha producido el Silencio Administrativo positivo, toda vez que, según su afirmación, el Concejo Cantonal resolvió la apelación de la resolución dictada por la Comisaría Quinta Municipal en mayo 20 de 1990, luego de haber transcurrido el término de quince días del que trata la norma citada. Al respecto es necesario dejar en claro que no existe reclamo, solicitud o pedido al concejo cantonal de Guayaquil, sino apelación presentada a la Comisaría Quinta de Construcciones a ser conocida y resuelta por el órgano colegiado, apelación por la que pide a la funcionaria municipal “elevar los autos contenidos en éste expediente administrativo concediéndome el recurso interpuesto para que el Concejo revise pormenorizadamente lo que se ha actuado por parte del Comisario a su cargo”. El recurso fue aceptado, elevado al superior, el consejo, y resuelto por éste. Por tanto, al no tratarse de una petición, reclamo o solicitud dirigidas al Concejo, sino de una apelación dirigida a la Comisarías Municipal para conocimiento del Concejo, dentro de un trámite administrativo, no puede aceptarse que se ha producido el Silencio Administrativo. (...)

Se reconoce que la petición una vez absuelta dentro de término legal, ha subido en grado en sede administrativa, exclusivamente como recurso, aclara que no existe solicitud o reclamo interpuesto ante aquella instancia administrativa, la misma que se

encuentra en competencia en razón del recurso concedido, para ser conocido y resuelto en virtud de la revisión pormenorizada del pronunciamiento de instancia inferior, se realice el control de la legalidad del acto materia del recurso. Por lo expuesto, no opera la figura del Silencio Administrativo para el caso de apelación en sede administrativa.

3.7. Caducidad del derecho para proponer la acción en la vía jurisdiccional

El aspecto medular del análisis se centra en el término que el peticionario tiene para concurrir al órgano jurisdiccional para hacer valer su derecho, nacido en el acto presunto que como efecto del Silencio Administrativo se ha generado. Al respecto, existe norma expresa, el Art. 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo (1968) señala:

Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años. (Congreso Nacional, 1968, p.20)

El artículo en referencia es claro y señala que el término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa se cuenta desde el siguiente día al de la notificación con la resolución administrativa que se impugna, en cuyo caso estamos frente a un acto administrativo expreso. Nos queda entonces el término de cinco años para aplicarlo al acto administrativo presunto originado en la figura del Silencio Administrativo, que si bien no se menciona taxativamente en el mencionado artículo, lo deja contemplado dentro de las “otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo”. Al respecto existe jurisprudencia, es relevante el fallo de triple reiteración emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 23 de junio de 2010, fallo de triple reiteración, publicado en el Registro

Oficial No. 220, que determina el término de cinco años para ejercer el derecho originado en el acto presunto derivado del Silencio Administrativo.

(...). Respecto de los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (esto es, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionados con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos v los hechos administrativos(...)

Huelga un comentario sobre éste término, que nos parece extremadamente extenso, y que coloca a las instituciones del sector público en un régimen de inseguridad, a merced de abusos de los administrados, prestándose inclusive para deformaciones en la interpretación de la materia de la acción impugnada e inclusive dejando un espacio para que los propios Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo puedan ser inducidos a error por parte del administrado en la materia sujeta a conocimiento. En nuestro criterio éste término debería ser revisado. Hay que tomar en cuenta la caducidad de la acción ante los tribunales contencioso administrativos para ejercer el derecho derivado del Silencio Administrativo, este derecho no puede ser permanente e indefinido. Al respecto existe pronunciamiento expreso mediante fallo de triple reiteración, publicado en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 1104. Quito, 31 de enero de 2007:

(...). La intervención de los Tribunales Distritales, para atender las pretensiones del actor dirigidas a hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo, es posible únicamente si no ha caducado el derecho de acción (...)

3.8. La perención o caducidad de la competencia

El Silencio Administrativo tiene su origen en la incuria administrativa, en la falta de resolución frente a la petición del administrado. Para resolver nuestro ordenamiento jurídico establece un término, dependiendo de la vía administrativa, tributaria, etc. Esta falta de pronunciamiento a través de una resolución provoca, como se establece en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993), que toda solicitud planteada a una autoridad pública deberá ser resuelta “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” (Congreso Nacional, 1993, p.9).

La falta de resolución por parte de la autoridad ante quien se planteó la petición, pronunciamiento que debe ser emitido dentro del término que la Ley concede, produce la caducidad de la facultad resolutoria, sin que pueda tener valor jurídico de ninguna naturaleza cualquier pronunciamiento efectuado fuera del referido término, pues la autoridad ha perdido competencia para resolver por el transcurso del tiempo, volviendo nulo cualquier pronunciamiento extemporáneo.

En cuanto a la caducidad del derecho que tiene la autoridad en virtud de la petición planteada por el administrado para resolver dentro del término legal establecido, una vez decurrido, sin resolver, en rigor a la norma legal se produce la pérdida o extinción de su competencia para resolver, el término referido es preclusivo, es decir, no puede realizarse ningún pronunciamiento después de su vencimiento, significa el cierre de un término que otorga una facultad para resolver, que al no haber sido ejercida, por ministerio de la ley, deja nula la posibilidad de recuperación de aquella facultad o competencia.

Esta falta de pronunciamiento, origina, como condición sine qua non, el nacimiento a la vida jurídica de un acto presunto que otorga al administrado un derecho subjetivo autónomo e independiente de las condiciones que lo originaron, el mismo que no puede ser afectado por resolución posterior que conculque el derecho que ya nació precisamente por haber transcurrido el término para resolver, habiendo consecuentemente caducado la competencia de la autoridad para resolver. El derecho subjetivo nace de la norma objetiva. El término, en este caso, como lo define Ramírez (1974), es perentorio, “denominado también fatal, pues, necesariamente, una vez vencido, extingue el derecho” (p.272) (Ramírez, 1974), en nuestro caso extingue la competencia para resolver.

CAPITULO IV
SENTENCIA QUE EJECUTA LO ACEPTADO POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

4.1. Sentencia que ejecuta lo aceptado por el silencio administrativo

JUICIO No. 255-2010-SENTENCIA.- Conjuez Ponente, Marco Machado Clavijo Cuenca, 27 de diciembre de 2012.- Las 09h00 VISTOS: Alí Alberto Méndez Romero como representante legal de la compañía TRECONCIV CIA. LTDA. comparece ante este Tribunal el 16 de agosto de 2010 con la demanda (fs. 31 a 43) que endereza en contra del Estado ecuatoriano y de la Agencia de Regulación y Control Minero del Ecuador pretendiendo que en ejecución del derecho que se ha configurado a su favor como consecuencia del silencio administrativo, le sea devuelta la máquina que dice le ha sido ilegalmente decomisada (por dicha Agencia); hace cita, al efecto, de abundante jurisprudencia relacionada con el acto administrativo presunto y acompaña la copia certificada del expediente de requerimiento judicial N° 153-2010 tramitado en este mismo Tribunal y destinado a comprobar la ocurrencia del silencio administrativo (fs. 1 a 30). La máquina en cuestión, identificada como una pala cargadora marca DOOSAN modelo MEGA 300-V, chasis N° DWKHLACOC75003592, motor N° D1146TA-705240LA, ha sido decomisada el 8 de julio de 2009 conjuntamente con una excavadora KOMATSU de otro propietario al momento de cumplirse una inspección ordenada la víspera por la Dirección Nacional de Minería sobre actividades presuntamente ilegales de la empresa MALIMA S.A. desplegadas en el sector Monjashuayco de la parroquia El Cabo, cantón Paute, provincia del Azuay, maquinaria que luego de su aprehensión ha sido trasladada a los patios de la Policía Nacional ubicados en el sector Ochoa León del cantón Cuenca. La Procuraduría General del Estado ha comparecido (fs. 51-52) por medio de su Director Regional en el Azuay doctor César Augusto Ochoa Balarezo señalando que si bien la doctrina y la jurisprudencia reconocen la figura del silencio administrativo como originaria de un accionar procesal autónomo, solo opera en cuanto se cumplan ciertas condiciones o presupuestos válidos, que le corresponde al actor probar tal derecho y sustentar la ilegalidad del actuar administrativo, esto es, la retención arbitraria de la maquinaria que dice le ha sido decomisada. Con esos antecedentes, opone a la demanda, unas en subsidio de otras, las excepciones de negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, de improcedencia de la acción en los términos en que ha sido planteada, de

falta de derecho del actor para proponerla porque no se ha producido “ninguna omisión ilegítima”, de ilegitimidad de personería pasiva y de falta de legítimo contradictor. A su vez el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM doctor Diósgrafo Tulio Chamba Villavicencio, tras haber presentado el expediente administrativo del caso (fs. 60-201) ha comparecido para dar contestación a la demanda (fs. 203-206) donde indica que en efecto el 8 de julio de 2009 y al cumplirse una inspección sobre terrenos ocupados por la empresa Plantaciones MALIMA S.A. la maquinaria fue decomisada por disposición de la doctora Ledy Zúñiga Rocano, entonces Directora Nacional de Minería y que fue entregada a la Policía Nacional, abriéndose el expediente N° 2371 en contra de dicha empresa por presunta explotación minera ilegal; menciona, como antecedente, que el órgano intervino por conocer, a través de una denuncia recibida en enero de 2009, que se estaban explotando de manera ilícita y anti técnica materiales de construcción del lecho del río Paute en el sector San Pedro de Los Olivos poniendo en riesgo así la estabilidad del remanente del dique de La Josefina que podría colapsar por erosión del suelo, como en riesgo a los habitantes del sector. Tras hacer cita de las disposiciones constitucionales que declaran al Estado como titular de los recursos naturales no renovables y de su obligación de evitar los impactos ambientales negativos, así como hacer cita de disposiciones normativas de la Ley de Minería y su Reglamento como base de la legitimidad de su actuación, y de referirse a jurisprudencia y doctrina acerca del silencio administrativo, la ARCOM formula estas excepciones: negativa llana, pura y simple de los fundamentos de la demanda, falta de personería jurídica de la actora, falta de legítimo contradictor, improcedencia de la acción, legitimidad de los actos administrativos e incompetencia del juzgado en razón de la materia. Las excepciones planteadas para oponerse a las pretensiones del actor serán abordadas a lo largo de este fallo. Trabada la litis, a petición de parte se ha abierto un término de prueba, dentro del cual se han practicado las que solicitaron las partes. Siendo el estado de la causa el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: PRIMERO: El artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República consagra a favor de las personas el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades “y a recibir atención o respuesta motivadas”, es decir, fundadas en derecho con debida explicación de las razones por las cuales se acepta o se niega la solicitud. El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, regulando tal derecho, establece que la respuesta debe darse dentro del término de

quince días o del que se fije en otras leyes, previendo un efecto principal para el caso de omisión, así: “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”, pero, además, otro efecto de carácter penal cuyas consecuencias podrían derivar en responsabilidad de la autoridad remisa o en la de funcionarios inferiores, como surge con nitidez del texto de los dos últimos incisos de la misma norma legal en cita. En el primer caso se configura un acto administrativo presunto de cuyo examen debe ocuparse la jurisdicción contenciosa administrativa en caso de demanda, por así determinarlo el artículo 38 de la misma ley especial mencionada y el precedente jurisprudencial publicado en la Gaceta Judicial Serie XVI N° 15, pp. 4208 a 4212 (Resoluciones N° 321-97, N° 169-98, N° 195-99) que por tener triple reiteración se constituye en obligatorio para la interpretación y aplicación de las leyes, conforme al segundo inciso del artículo 19 de la Ley de Casación. Otro tanto aparece del texto del numeral 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, que atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y la resolución de las demandas propuestas contra los actos, contratos y hechos administrativos expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público, de modo que queda fuera de toda duda que el Tribunal de actuación es competente para resolver la causa, tanto más cuanto que, para el caso, el segundo inciso del artículo 150 de la Ley de Minería dice, a la letra: “Las controversias que pudieran suscitarse entre los sujetos de derecho minero y las autoridades administrativas en materia minera, serán resueltas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo”; SEGUNDO: El trámite dado a la causa ha respetado el ejercicio de los derechos de acción y contradicción según los principios constitucionales del debido proceso y no adolece de causas de nulidad, motivo por el cual se declara su validez; TERCERO: De acuerdo con la jurisprudencia nacional sobre el silencio administrativo, largamente desarrollada a tono con la doctrina aceptada sobre el tema, de aquel surge un derecho autónomo que ya no debe considerarse en relación con los antecedentes de hecho y cuyo contenido no puede ser más discutido ni contradicho sino únicamente cumplido ya mediando reclamo administrativo, ya en la vía contencioso administrativa por medio de un juicio de ejecución, y no de un juicio de conocimiento. La misma jurisprudencia ha depurado su perspectiva sobre el contenido esencial del derecho de petición y del originado como consecuencia del silencio administrativo, así

como del modo de reclamarlo, siendo de particular interés, en este punto, las resoluciones N° 31-2007 (Jorge Brito-Ministerio de Defensa, 31 de enero de 2007), N° 176-07 (Samuel Castro-Banco Central, 16 de abril de 2007) y N° 457-07 (Félix López-Presidencia de la República, 16 de noviembre de 2007), además de la N° 984 (Julio Serrano-Alcalde de Quito, RO 220, 23 de junio de 2010), expedidas por la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo. Estos fallos nos dan a conocer, en cuanto al tema aquí abordado: a) Que el efecto principal del silencio administrativo consiste en originar un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente la solicitud del administrado; b) Que, como ocurre con los actos expresos, el acto administrativo presunto se ha de tener como legítimo y ejecutivo, salvo que se trate de un acto irregular por la existencia de vicios invalidadables o causas de nulidad que destruyen la presunción de su legitimidad; c) Que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto de aceptación presunto, porque éste es regular y ha generado derechos a favor del peticionario; d) Que la revocatoria y extinción del acto administrativo presunto y legítimo solo es posible mediante acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente, mientras no haya sido reclamado de ejecución; e) Que la condición de ejecutividad del acto presunto permite reclamar el cumplimiento de su contenido ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo a través de pretensiones de orden material; y, f) Que, incluso y como efecto colateral previsto por la Ley de Modernización del Estado, es posible pronunciar, aun de oficio, la procedencia de sanciones administrativas y judiciales contra los funcionarios públicos por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionen al Estado por su falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones; contenido jurisprudencial que ha de ser tomado en cuenta en este fallo; CUARTO: Como la principal excepción a la regularidad del acto presunto es la existencia de vicios no subsanables, cabrá pronunciar la improcedencia de la acción ejecutiva cuando se presenten las causales de nulidad que se encuentran en la ley; para el caso –y dada la naturaleza del órgano accionado y lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Minería-, las que establece el artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE; esto es, la nulidad de los actos administrativos que sean violatorios de los derechos y garantías constitucionales, los dictados por autoridad incompetente, los que tengan un contenido imposible, los que constituyan infracción penal o sean su consecuencia, los dictados

con agravio del debido proceso, los “actos expresos o presuntos” contrarios al ordenamiento jurídico o prohibidos por él y los violatorios de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa. Por tanto, el derecho de contradicción de la autoridad judicialmente demandada en juicio de ejecución de lo aceptado por silencio administrativo ha de ser ejercido –y, en su caso, examinado por el juez-, en función de la existencia de tales vicios de nulidad o, como se describe más adelante, de la inexistencia de los requisitos materiales y formales del acto ejecutable; QUINTO: La jurisprudencia que se invoca dice, en cuanto a lo primero, que el acto presunto derivado del silencio administrativo debe ser regular, de modo que merezca la protección jurídica que se desprende de la presunción de su legitimidad y que no contenga causas de nulidad, “pues es evidente que no es posible admitir los actos nulos de pleno derecho porque afectan al orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo”. Así, continúa, el vicio que entraña la nulidad de pleno derecho del acto presunto ha de ser de tal modo manifiesto o evidente, que hace imposible que la omisión de la autoridad administrativa pueda transformar en lícito lo que originalmente es ilícito, y que el juez pueda dar valor a lo que nunca lo tuvo. Por fin, tampoco es posible que el juez pretenda ocuparse de los antecedentes de hecho que debieron resolverse en la vía administrativa, porque ello no corresponde a un juicio de ejecución sino a uno de conocimiento; en realidad, el tribunal contencioso administrativo se limita a verificar la regularidad del acto presunto en función de las razones de orden jurídico que consten en la petición del administrativo, pues solo de aquellas “se ha de derivar la cobertura legal para solicitar lo que efectivamente se pide” y para, finalmente, imponer su ejecución. En cuanto a lo segundo, esto es a la exigencia de cumplimiento de los requisitos formales, la misma jurisprudencia dice que el instrumento previsto para hacer posible el ejercicio de los derechos derivados del acto presunto de aceptación del reclamo es el certificado otorgado por la autoridad acerca de la fecha de vencimiento del término, que la muy probable desatención para otorgarlo podía subsanarse mediante requerimiento judicial y que habían de presentarse tales constancias documentales al iniciar el proceso de ejecución, “aunque no hayan sido atendidas por la Administración”. La Corte Suprema añade un comentario, de lamentable aplicación al manejo burocrático nacional: “Se debe hacer notar que es usual que la Administración, en lugar de señalar una fecha en la que venció el término para resolver las peticiones de los administrados, efectúe alegaciones de variada índole; este hecho es irrelevante,

a efectos de la constatación del requisito formal, que tiene sentido si se considera que es el medio idóneo para determinar con nitidez la petición respecto de la cual se sostiene, en el proceso, que se han generado los efectos del silencio administrativo”. En ese escenario, el rol procesal de las partes y del juez puede delimitarse así: el actor debe justificar que existió una petición debidamente fundada en los hechos y el derecho, que cumplió las diligencias administrativa y judicial para obtener el certificado que acredite el vencimiento del plazo y que sus pretensiones de ejecución deben estar vinculadas con el contenido del acto presunto de aceptación. El demandado, por su parte, no puede oponerse sino con las excepciones de cumplimiento de lo pedido (es decir, con una suerte de extinción de la obligación reclamada), o con la de ausencia de requisitos formales y sustanciales de procedencia de la acción. Y el juzgador, a su vez, tiene la obligación de calificar la concurrencia de los requisitos formales (sometiéndola, desde luego, al principio constitucional que proclama que no puede sacrificarse la justicia por su omisión) y, fundamentalmente, a la concurrencia de los requisitos sustanciales de la acción intentada (la condición ejecutiva y ejecutable del acto), de modo que al resolver conforme la sustancia del proceso de ejecución, admita las pretensiones del actor, o las rechace “si encuentra que no están sustentadas en el acto administrativo presunto o si alguna de las defensas o excepciones del demandado están fundadas en derecho y en los hechos”. Esta delimitación procesal de la controversia se ha denominado, en la misma jurisprudencia, *thema decidendum*;

SEXTO: Se hará ahora referencia a los procesos y procedimientos cautelares, de conocimiento y de ejecución, en razón de que su contenido tiene aplicación en la solución de la controversia (referencia que hacemos a partir del artículo “¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?” por Lorena Cascante, Revista Iuris Dictio Vol. 1 N° 1, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, enero 2000); así: a) El proceso de conocimiento –llamado también declarativo o cognitivo- tiene por finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de constitución de una relación jurídica, la producción de “una declaración de certeza sobre una situación jurídica” (Enrique Vécovi) o una acción “en que se procura tan solo la declaración o determinación de un derecho” (Eduardo Couture); lo cual supone que el juez entre, precisamente, en conocimiento de la controversia del derecho debatido, reclamado por una parte y negado o desconocido por la otra, y diga el derecho o, lo que es lo mismo, haga jurisdicción. El juicio de conocimiento, fundado en la razón y en la sensata

valoración de la prueba, puede terminar con la declaración o negación del derecho reclamado, la condena o determinada prestación del obligado, o la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, como ocurre, por ejemplo, en los casos de adquisición o extinción de dominio, de declaración de paternidad o, incluso, de condena penal; casos todos en los cuales la sentencia, por habilitación legal, es susceptible del recurso de casación. Un ejemplo típico de juicio de conocimiento, en nuestra materia, es la acción contencioso administrativa subjetiva o de plena jurisdicción, destinada a amparar judicialmente el derecho subjetivo presuntamente negado, desconocido o no reconocido por la administración pública, declarando la ilegalidad e, incluso, la nulidad, del acto administrativo impugnado y ordenando las prestaciones del caso; b) El proceso de ejecución, a diferencia del juicio de conocimiento que concluye con la determinación o declaración de un derecho, inicia con la certidumbre de la declaración; tiene lugar cuando los derechos controvertidos entre las partes han sido comprobados en sentencia o se dan por fijados por mandato de ley, en cuyo caso no cabe sino su realización, ejecución o materialización; ya no estamos ante una pretensión discutida que requiere la declaración por parte del juez, sino ante una “pretensión insatisfecha” (Carnelutti) cuyo cumplimiento puede imponerse aun por la fuerza, dado que el ejercicio de la jurisdicción comprende la facultad de “hacer ejecutar lo juzgado”; la resolución en esta clase de procesos, en mérito de seguridad jurídica, no es susceptible de casación, como sí lo son los juicios declarativos. El proceso de ejecución es naturalmente subsecuente al ejercicio jurisdiccional propiamente declarativo o inicia directamente cuando la ley atribuye un valor indiscutible al título que origina la acción, como los llamados títulos ejecutivos o, en nuestra materia, el acto presunto de aceptación de lo reclamado originado por silencio administrativo; y, c) El proceso cautelar, calificado por algunos como un proceso subordinado o intermedio (Véscovi, Calamandrei) y por otros como un proceso autónomo, tiene por objeto asegurar la cosa litigiosa o los resultados del juicio, resultados que, por ser usualmente demorados, ponen en riesgo la eficacia de cumplimiento del derecho o de la obligación reclamada. Las medidas cautelares son necesariamente temporales y supeditadas a los resultados del juicio; son reales cuando se aplican sobre las cosas, como por ejemplo la prohibición de enajenar, el secuestro y la retención, y personales cuando lo son sobre las personas, como la prohibición de ausentarse del lugar del juicio u otras que corresponden a la materia penal. Como se

verá a lo largo de este fallo, estas categorías resultan aplicables a la presente controversia; SÉPTIMO: El actor ha propuesto su demanda de ejecución de lo aceptado por el silencio administrativo acompañando el expediente habilitante incorporado a fojas 1 a 30 inclusive, de cuyo contenido se desprende el cumplimiento de los requisitos formales pertinentes; así: a) El 9 de abril de 2010 ha entregado en la oficina de Gestión y Custodia de Documentación del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables el oficio fechado la víspera mediante el cual, a través de procurador judicial, solicita al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Minero doctor Diósgrafo Chamba Villavicencio la devolución de la cargadora marca DOOSAN modelo MEGA 300-V, chasis N° DWKHLACOC75003592, motor N° D1146TA-705240LA que dice ser de su propiedad y le ha sido incautada el 8 de julio de 2009 de los terrenos de la empresa MALIMA S.A; b) El 11 de mayo de 2010, por medio del mismo procurador, ha solicitado a la autoridad se le confiera una certificación que acredite que la petición anterior no ha sido contestada dentro del término señalado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y, c) El 12 de mayo, alegando falta de respuesta, ha acudido al Tribunal N° 3 de lo Contencioso Administrativo para que se haga el requerimiento judicial de acreditación del silencio administrativo, emitiéndose el 13 del mismo mes la respectiva orden judicial. Este requerimiento, a su vez, ha sido contestado el 14 de julio de 2010 con narración de los antecedentes de hecho, la protesta de legitimidad de las actuaciones administrativas del caso en base a normas constitucionales, legales y reglamentarias y la formulación de la solicitud de que se deseche la demanda de certificación de vencimiento del término “por cuanto se evidencia que el acto ilícito realizado por los señores Corina y Máximo Trelles conllevan un procedimiento cuya sanción de ser el caso, estaría contemplada en el Art. 57 de la Ley de Minería” (los ciudadanos en mención serían arrendatarios de terrenos de la empresa MALIMA que empleaban la maquinaria en actividades mineras presuntamente ilícitas). Como se ve, a pesar que la autoridad requerida tampoco cumple la orden de acreditar ante el juez la producción del silencio administrativo, ello no impide la acción judicial de cumplimiento porque, como se razona en el Considerando Quinto, lo procedente es que el actor presente las correspondientes constancias documentales al iniciar el proceso de ejecución, “aunque no hayan sido atendidas por la Administración”. Por lo demás, aunque al contestar la demanda en el presente juicio se ha hecho protesta de que anteriormente el actor identificó la maquinaria de su propiedad con los

datos de otra de las incautadas y el actor ha admitido tal error inicial, el hecho objetivo es que el expediente que se acompaña a la actual demanda se refiere explícitamente a la cargadora DOOSAN de las características descritas en la parte expositiva de este fallo; OCTAVO: Previo a examinar la cuestión de fondo, esto es el cumplimiento de los requisitos materiales para la procedencia de la acción intentada, el Tribunal pasa a referirse a las demás excepciones planteadas por los demandados, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. Así, tenemos:

1. Con los documentos que obran del proceso se prueba que la compañía limitada TRECONCIV se halla legalmente constituida y registrada (fs. 258 a 266), que su representación legal se encuentra a cargo del gerente ingeniero Alí Alberto Méndez Romero (fs. 45) y que la compañía es propietaria del bien reclamado de devolución (fs. 44), de modo que no se configura la falta de personería jurídica de la empresa actora ni de su representante, actor de este juicio;
2. La demanda se ha enderezado en contra del Estado ecuatoriano y de la Agencia de Regulación y Control Minero, a cuyo nombre y representación han comparecido, en su orden y de conformidad con las pertinentes disposiciones constitucionales y legales el delegado de la Procuraduría General del Estado y el Director Ejecutivo de ARCOM; de modo que tampoco existe la ilegitimidad de personería pasiva que se reclama, ni la de falta de legítimo contradictor;
3. La compañía actora ha comparecido por medio de procurador judicial en la vía administrativa ante el Director Ejecutivo de ARCOM para reclamar la devolución de la máquina, y posteriormente ha comparecido a través de su representante legal para formular la acción judicial en contra de la misma Agencia y del Estado ecuatoriano llamado a responder de los actos de sus funcionarios y empleados; como ambos derechos, el de petición -de naturaleza administrativa-, y el de acceso a la jurisdicción – de naturaleza judicial- se encuentran garantizados constitucionalmente a favor del ciudadano, no es admisible la excepción de falta de derecho del actor;
4. Tal como se razona en los Considerandos Primero y Tercero de este fallo, el silencio de la autoridad pública al ser requerida para atender oportunamente una solicitud de un administrado no solo es ilegítimo sino incluso, en determinados casos, constitutivo de infracción penal por infringir el derecho constitucional de petición. Así lo entiende el legislador cuando, precisamente al regular la administración minera, dice en la Séptima Disposición General de la Ley de Minería: “Los funcionarios y servidores públicos que por cuya omisión operó el silencio administrativo serán sancionados administrativa y

civilmente, según la gravedad de la falta. En caso de comprobarse presunciones de responsabilidad dolosa del funcionario que por cuya omisión operó dicho silencio administrativo, se podrá presentar la acción judicial penal. En caso de no emitirse en los términos indicados en los artículos de la presente ley los actos administrativos correspondientes se producirá el silencio administrativo, el mismo que deberá ser establecido mediante resolución por la instancia judicial competente”. Por los motivos indicados, no cabe la excepción de improcedencia de la demanda fundada en la inexistencia de omisiones ilegítimas. En la especie, incluso, la autoridad pudo haber ofrecido al administrado una respuesta oportuna y motivada que niegue expresamente su pedido de devolución de la máquina en razón de que habría sido empleada en la comisión de un ilícito minero, esto es porque mediaban poderosas y muy comprensibles razones de oposición fundadas en el interés público, como las que ARCOM exhibió al ser requerida de acreditación del silencio administrativo e, incluso, al contestar la demanda en el presente juicio de ejecución; 5. La excepción de “legitimidad del acto administrativo” planteada por ARCOM no guarda sindéresis con el thema decidendum, cuya delimitación parte precisamente de la presunción de legitimidad del acto nacido del silencio de la autoridad; en cambio, si la referencia es a lo actuado al momento de la aprehensión de la máquina, hay que recordar que por la índole de la controversia no cabe vinculación con los antecedentes de hecho y, por lo mismo, con la calificación de su legitimidad o ilegitimidad; 6. La excepción de “negativa llana, pura y simple” de los fundamentos de la acción implica el traslado de la carga de la prueba al actor, sin embargo de lo cual y como se ha dicho reiteradamente, a éste solo le corresponde acreditar la formación del acto presunto y el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para reclamar su ejecución judicial, precisamente porque dicho acto se reputa legítimo hasta que el juez, por causas de nulidad, se pronuncie por su inexistencia; y, 7. La excepción de incompetencia del juzgador por razón de la materia no se ha explicado ni demostrado, además de que ya fue absuelta en considerandos anteriores; NOVENO: Queda, pues, el examen del cumplimiento de los requisitos materiales del caso; esto es, si la ejecución de lo aceptado comportaría violación de ley (y, consecuentemente, declaratoria de improcedencia de la acción) porque, como lo dice la jurisprudencia invocada, como ocurre con los actos expresos, el acto administrativo presunto se ha de tener como legítimo y ejecutivo, salvo que se trate de un acto irregular por la existencia de vicios invalídables o causas de nulidad que

destruyen la presunción de su legitimidad; causas cuyo examen es obligatorio puesto que, por principio recogido por el artículo 10 del Código Civil, “en ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”. La postura fundamental de la ARCOM, manifestada con amplia y reiterada alegación de defensa, es que, por cumplimiento de los deberes de la entonces denominada Dirección Nacional de Minería y al advertir que en terrenos de la empresa MALIMA se realizaba una explotación ilícita y anti técnica de materiales de construcción con riesgo para la estabilidad del sector, tuvo que proceder al decomiso de la maquinaria que se empleó para cometer la infracción, como se lo faculta la ley; mientras que la Procuraduría General del Estado ha dicho que le corresponde al actor sustentar la ilegalidad del actuar administrativo, esto es, la retención arbitraria de la máquina que dice le ha sido decomisada. El examen del juzgador, se reitera, no se detiene en los antecedentes de hecho sino, por la índole de la controversia, debe centrarse en la verificación de la regularidad del acto administrativo presunto, es decir de su validez por ausencia de causas de nulidad, así:

1. La falta de competencia de la autoridad actuante o requerida es abordada por el ERJAFE al menos en dos normas: la del artículo 87 que establece que “no operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto”, y la del literal b) del artículo 129, que dice que son causas de nulidad de pleno derecho los actos administrativos que sean “dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio”, nulidad que también está determinada por el literal a) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Empero en la especie no se ha alegado la supuesta incompetencia de la autoridad reclamada, ni podría habérselo hecho válidamente porque, así como ha actuado en la aprehensión de la maquinaria, debió atender la solicitud de devolverla o, en su caso, de procesar administrativamente al propietario, conforme las atribuciones que le confieren los artículos 7, 8 y 9 literal m) de la Ley de Minería y 8 literal l) y 96 de su Reglamento; 2. El supuesto de que la devolución de la máquina vincula con un ilícito minero o hasta penal configuraría, al menos teóricamente, la causa de nulidad de pleno derecho prevista por el literal d) del ya mencionado artículo 129 del ERFAJE que invalida los actos “que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”; posibilidad que merece, por tanto, este detenido examen: a) La autoridad minera dice haber aplicado el artículo 99 del Reglamento de la Ley de Minería, que le faculta el decomiso de la maquinaria. La

norma dice: “Art. 99.- Explotación ilegal, decomiso y remate.- La Agencia de Regulación y Control Minero de oficio o mediante denuncia, iniciará los procedimientos del caso si al momento de la inspección determinare la existencia de explotación ilegal, y, procederá a la inmediata suspensión de las actividades, al decomiso de la maquinaria con la que se estuviere cometiendo la infracción y de los minerales explotados, los mismos que quedarán bajo custodia de un depositario designado por la autoridad o de la Policía Nacional, conforme se establezca en el acta respectiva. De comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la infracción sus autores, cómplices y encubridores serán sancionados mediante resolución motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Minería. Respecto de los bienes decomisados, se procederá a su remate, de conformidad con la normativa que para el efecto expida la Agencia de Regulación y Control Minero”. Y el artículo 57 de la ley dice, a su vez: “Art. 57.- Juzgamiento y sanciones.- La explotación ilegal o el comercio clandestino de sustancias minerales, calificado por la autoridad administrativa, será sancionado con el decomiso de la maquinaria, equipos y los productos objeto de la ilegalidad y el cobro de un valor equivalente al total de los minerales extraídos ilegalmente, sin perjuicio de las acciones penales que se deriven de estas infracciones. Sanciones que serán aplicadas a todo sujeto minero. Se garantiza el debido proceso. Las afectaciones al ambiente y el daño al ecosistema y biodiversidad producidos a consecuencia de la explotación ilícita o invasiones, serán considerados como agravantes al momento de dictar las resoluciones respecto del amparo administrativo”. En la especie, tal como se evidencia por los datos procesales se tiene que la ARCOM no ha procesado administrativamente al actor de este juicio, ni ha impuesto a ninguna persona en resolución final el decomiso de la maquinaria supuestamente empleada en la comisión de la infracción minera. Tal se desprende, por una parte, de la certificación expedida el 25 de enero de 2011 por el Coordinador Regional de la ARCOM en Cuenca ingeniero Galo Sánchez Aguilera, donde se dice que “Revisados los expedientes y documentos que reposan en los archivos de esta Dependencia se constata que NO existe expediente administrativo seguido en contra del señor Alí Alberto Méndez Romero” (fojas 315), y se desprende, por otra parte, de la razón actuarial del 21 de noviembre de 2012 (fojas 386), que acredita que no se ha presentado a este Tribunal el documento que le fue requerido en auto dictado el 13 del mismo mes, es decir, la resolución administrativa que hubiere impuesto el decomiso definitivo de la máquina

reclamada. Estas omisiones hacen evidente al examen del juzgador (aun asumiendo que el decomiso original es legítimo y que el propietario pudo ser señalado como presunto infractor) que existe agravio del derecho a ser juzgado en plazo razonable y que la retención de hecho de la máquina reclamada no es asimilable a una sanción autorizada por la ley; b) El derecho administrativo sancionador y el derecho penal, por ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado, comparten los mismos principios; en ambos casos y en términos generales debe establecerse, por una parte la existencia material de la infracción sancionable con respeto del principio de legalidad y tipicidad y, por otra parte, la responsabilidad del acusado, con respeto de la garantía de presunción de inocencia y, en general, de las normas del debido proceso. El decomiso de los productos de la infracción, así como el de materiales, maquinaria e instrumentos empleados en su comisión tiene la calidad de sanción o pena que, como es obvio, debe ser impuesta al expedirse la resolución sancionadora, y no al inicio del procedimiento. El Código Penal, aplicable al caso de modo supletorio según lo prescribe el artículo 3 de la Ley de Minería, dice que son penas comunes a los delitos y las contravenciones la multa y el comiso especial, mientras el artículo 160 del también aplicable Código de Procedimiento Penal dice que las medidas cautelares reales son el secuestro, la retención y el embargo, con la circunstancia adicional de que, como ocurre en general en derecho público, la interpretación extensiva se encuentra expresamente prohibida en materia penal, en donde solo cabe la interpretación literal y restrictiva, según se desprende de los artículos 4 del Código Penal y 15 del Código de Procedimiento Penal. No existe, en rigor jurídico, la figura de decomiso como medida cautelar, esto es una de efecto y duración temporal hasta que se sustancie y resuelva el procedimiento administrativo sancionador, y si tal posibilidad pudiera surgir al tenor del artículo 99 del Reglamento de la Ley de Minería, ha de ser entendida en el contexto de la ley y no de manera aislada, a riesgo de inaplicación por agravio del principio de jerarquía normativa de que trata el artículo 425 de la Constitución. Así, por ejemplo el propio Reglamento en cita, al regular la actuación de la autoridad en materia de amparo administrativo solicitado por un titular de derechos mineros, dice en el artículo 103 que se pueden solicitar y ordenar “medidas cautelares” como el “decomiso de maquinarias, equipos y materiales extraídos”, las cuales pueden adoptarse “al momento de aceptar a trámite la solicitud”, esto es, al iniciar el procedimiento; y, en otro caso –conforme al segundo inciso del artículo 95- mantenerse la suspensión de la actividad minera “hasta cuando

se subsane la causa que la motivó”; c) El comiso o decomiso es una sanción común a las infracciones penales (artículo 51 del Código Penal) y puede ser aplicada también en materia administrativa o de policía con autorización de la ley, por razones más bien obvias de interés público. El decomiso “traduce una limitación a la propiedad privada en interés público que se hace efectiva como medida de policía de la propiedad, con forma jurídica de sanción judicial (penal) o administrativa (policial o contravencional), principal o accesoria, o como medida administrativa de prevención (destrucción de edificios, muros, etc.), por violación de disposiciones reglamentarias, o por razones de seguridad pública” (Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 9ª edición actualizada, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 847). El decomiso se aplica a los instrumentos empleados para cometer la infracción o sobre los objetos resultantes de ella e implica sanción patrimonial siguiendo el principio de que nadie puede obtener enriquecimiento con infracción de la ley. Si las cosas comisadas son peligrosas, cabe destruirlas y si no lo son, pueden consagrarse al dominio público o, en otro caso, rematarse, dando al producto el destino previsto por la ley, sin que en ningún caso implique indemnización. En el caso de las infracciones mineras en el Ecuador el decomiso no pierde su naturaleza punitiva pues, como lo dice el artículo 57, dichas infracciones se sancionan con el decomiso de la maquinaria, equipos y los productos objeto de la ilegalidad y el cobro de un valor equivalente al total de los minerales extraídos ilegalmente, sanción que, repetimos, solo puede imponerse en resolución definitiva; d) El producto del remate de las cosas comisadas, tal como lo dice el literal f) del artículo 97 del Reglamento de la Ley de Minería, “ingresará a la Cuenta Única del Tesoro Nacional” (es decir, en beneficio del Estado), fórmula que perdería legitimidad si no se impone como resultado del debido proceso, porque de no ser así se violarían también los principios de derecho que enuncian que nadie puede incrementar su patrimonio con infracción de ley, ni beneficiarse de su propia culpa; e) Resulta evidente que la autoridad administrativa ha hecho uso de una medida cautelar, a pesar del discutible empleo del término “decomiso” en el artículo 99 del Reglamento de la ley (mejor asimilable al “secuestro” preventivo, o equiparable a una aprehensión provisional), debido a que, según la naturaleza del procedimiento cautelar, este tiene por objeto el aseguramiento de la cosa litigiosa o los resultados del juicio. La cautela, por definición, es una “medida de carácter provisional tendiente a asegurar el cumplimiento de una pretensión” (Diccionario Jurídico Magno) y no puede ser impuesta como sanción. Con razón se dice

que estas medidas son “aquellas que se puede adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice; no obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado” (Diccionario Jurídico Espasa); f) En la especie el “comiso provisional” de la máquina empleada para cometer la presunta infracción, adoptado por la autoridad minera nacional, aparece como medida necesaria para evitar mayores daños en el lugar de los hechos acaecidos en el mes de julio de 2009, pero no pudo haberse mantenido válidamente sin procesar al propietario (que, por su parte y según los datos procesales, ha señalado que arrendó la máquina para ser empleada en la actividad de recuperación agrícola de suelos autorizada por el Municipio local); propietario que, aunque aparece como tercero, pudo haber sido señalado como coautor, cómplice o encubridor de la infracción minera para que se defienda, precisamente al tenor de lo que señala el artículo 99 del Reglamento de la materia: “De comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la infracción sus autores, cómplices y encubridores serán sancionados mediante resolución motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Minería”; g) La medida adoptada es y debió ser temporal y mantenerse única y exclusivamente hasta que el tercero no acusado de la infracción –y no procesado por ello- demuestre que es propietario porque, no hay que olvidarlo, la sanción de comiso se aplica sobre el patrimonio del culpable. El propietario, en tal caso, no requiere demostración de inocencia o falta de participación en el ilícito, porque ella le está garantizada por la Constitución. Guillermo Cabanellas de la Cueva (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Editorial Heliasta, Argentina, 2012), al referirse al decomiso dice: “Los códigos penales suelen tratar esta cuestión, y así, el argentino, al referirse a las penas, determina que la conducta implica la pérdida de los instrumentos del delito y de los efectos provenientes de él, los que serán decomisados, salvo que sean de propiedad de un tercero no responsable” (lo resaltado es nuestro). Sobre este tema, y reiterando lo aseverado en el literal a) de este mismo numeral, se tiene que es el propietario no procesado y no sancionado quien reclama la ejecución de lo aceptado por silencio administrativo y que, por lo mismo, el contenido del acto presunto y su materialización, es decir, la efectiva entrega de la máquina decomisada al propietario, no tiene ninguna vinculación con ilícitos administrativos o penales atribuibles al actor de este juicio o, lo que es lo mismo,

no configura la causa de nulidad de pleno derecho señalada por el literal d) del artículo 129 del Estatuto de la Función Ejecutiva, sobre los actos “que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”; y, 3. El acto administrativo presunto de aceptación de lo reclamado tampoco tiene un contenido imposible en lo moral, jurídico y material, ni aparece como violatorio de los derechos y libertades fundamentales ni de los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa; es decir, no adolece de los demás causas de nulidad de pleno derecho de que trata el artículo 129 del ERFAJE y, por lo mismo, no se ubica dentro de los supuestos de improcedencia de la demanda.- Por las consideraciones que se dejan expuestas el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES acepta la demanda y dispone que, en ejecución de lo aceptado por silencio administrativo se devuelva de inmediato a la actora TRECONCIV CIA. LTDA, en la persona de su representante legal ingeniero Alí Alberto Méndez Romero la máquina reclamada, esto es, la cargadora marca DOOSAN modelo MEGA 300-V, chasis N° DWKHLACOC75003592, motor N° D1146TA-705240LA, previa descripción de su estado y condiciones en acta suscrita por el responsable de la custodia y el propietario, que se remitirá a este Tribunal. En aplicación de los principios de celeridad, tutela judicial efectiva y colaboración establecidos por los artículos 20, 23 y 30 del Código Orgánico de la Función Judicial, ofíciase al señor Comandante Provincial de la Policía Nacional Azuay N° 6 comunicándole la parte resolutive de este fallo a fin de que ordene al custodio de la máquina en los patios del sector Ochoa León de Cuenca que proceda a su entrega al actor. Se deja a salvo el derecho del actor a plantear los recursos y acciones para determinación de responsabilidades administrativas, civiles y penales, y a salvo el derecho de la máxima autoridad administrativa del órgano demandado para poner en marcha iguales mecanismos en contra de los subordinados, en los términos de la Séptima Disposición General de la Ley de Minería y del último inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. No procede el pago de costas por parte del actor, reclamado por la Procuraduría General del Estado, por no hallarse evidencia de que litigara en las condiciones de condena establecidas por el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial. El presente fallo es susceptible de los recursos de aclaración o ampliación y, en su caso, de la acción extraordinaria de protección para

ante la Corte Constitucional. El Tribunal se ha conformado con los suscritos conjuces en virtud de haberse admitido la recusación planteada por el actor en contra de los señores jueces titulares.- Notifíquese.-

4.1.1. Antecedentes

El lunes 29 de marzo de 1993, un gigantesco deslizamiento de la montaña de Nuzhuqui, formó un dique natural de novecientos metros de longitud en el punto de convergencia de los ríos Cuenca y Jadán cuya confluencia forma el río Paute, principal fuente hídrica de la represa Daniel Palacios, que en aquel entonces contribuía con el 80% de la energía eléctrica consumida por los ecuatorianos. El deslizamiento se produjo a causa de una falla geológica preexistente, activada por intensas precipitaciones pluviales y una irracional e irresponsable explotación de personas inescrupulosas, que extraían materiales áridos del sector en una franca depredación de la naturaleza.

El Art. 72 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que el estado ecuatoriano es el titular de los recursos naturales siendo su responsabilidad evitar y mitigar los daños ambientales que afecten a la naturaleza. La Dirección Nacional de Minería, a través de la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, es el organismo encargado de controlar y regular la actividad minera.

4.1.2. Principios constitucionales

De conformidad con el Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), los derechos de la naturaleza se encuentran protegidos, se promueve el respeto a su existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales y procesos evolutivos naturales. El estado faculta a que personas naturales o jurídicas, colectivos, pueblos, nacionalidades, puedan promover, impulsar y exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Frente a la práctica de devastación y depredación que se ejerce sobre la naturaleza, el estado ecuatoriano asume una responsabilidad originada en la Constitución para la

restauración de los ecosistemas, y tutela los derechos de aquellas personas naturales, colectivos, pueblos, nacionalidades, que dependen de aquellos sistemas eventualmente afectados. Así lo señala la Constitución de la República cuando establece la obligación que el Estado y las personas naturales o jurídicas tienen de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de aquellos ecosistemas naturales afectados.

Concurren en el análisis del presente fallo, como figura central, el Silencio Administrativo, en torno al cual giran los derechos de la naturaleza, que son de interés esencialmente público, cuyo alcance rebasa las fronteras patrias, por cuanto la mitigación del calentamiento global y el cambio climático constituye interés mundial, pues su origen se encuentra precisamente en el ataque indiscriminado a la naturaleza por parte del hombre; por otro lado, los principios de juridicidad, legalidad, debido proceso, entre otros, desarrollados dentro del marco teórico de la presente investigación, convergen como elementos de valoración del caso en análisis. A criterio del autor, la presente sentencia objeto de análisis, representa un valioso y significativo aporte a la jurisprudencia ecuatoriana en materia de Silencio Administrativo, razón por la cual se la pone en consideración para el presente análisis.

4.1.3. Análisis jurídico administrativo

De la especie en análisis se desprende que el “8 de julio de 2009, al cumplirse una inspección sobre terrenos ocupados por la empresa Plantaciones MALIMA S.A. la maquinaria fue decomisada por disposición de la doctora Ledy Zúñiga Rocano, entonces Directora Nacional de Minería y que fue entregada a la Policía Nacional, abriéndose el expediente N° 2371 en contra de dicha empresa por presunta explotación minera ilegal; menciona, como antecedente, que el órgano intervino por conocer, a través de una denuncia recibida en enero de 2009, que se estaban explotando de manera ilícita y anti técnica materiales de construcción del lecho del río Paute en el sector San Pedro de Los Olivos poniendo en riesgo así la estabilidad del remanente del dique de La Josefina que podría colapsar por erosión del suelo, como en riesgo a los habitantes del sector”. El peligro sin duda es latente por el antecedente expuesto, además del impacto ambiental que en el supuesto cometimiento de la infracción que se

le imputa a Plantaciones MALIMA S.A., debió haberse probado y sancionado mediante el correspondiente proceso administrativo.

El fallo considera en primer término que la materia a tutelar es el derecho de petición que genera una obligación correlativa de la administración de otorgar oportuna y motivada respuesta, aspecto que se encuentra regulado por la figura del Silencio Administrativo, cuyo objetivo fundamental es generar un acto administrativo presunto y autónomo, que no tiene relación alguna con los antecedentes de hecho, que contiene un efecto positivo cuyo contenido no puede ser más discutido, solo ejecutado. Originado en la incuria administrativa, el Silencio Administrativo se configura cuando su falta de pronunciamiento, conforme el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993) excede del término de quince días, se entiende que la petición o reclamo ha sido aprobada, resuelta a favor del administrado. El efecto positivo que la legislación ecuatoriana atribuye al Silencio Administrativo, salvo norma expresa contraria, representa una evolución de ésta figura, que en su origen tenía un efecto negativo, cuyo impacto netamente procesal habilitaba el acceso a la vía de impugnación del acto en sede jurisdiccional.

La competencia del Tribunal Contencioso Administrativo se ha justificado a través del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado (1993), del numeral 4 del Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), aunque de hecho, el numeral 2 del mismo artículo, que no se lo menciona, también justifica la competencia del Tribunal. El Art. 150 de la Ley de Minería (2009) señala que es competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo resolver las controversias que pudieran suscitarse entre los sujetos de derecho minero y las autoridades administrativas en materia minera, además en el fallo se ha señalado jurisprudencia al respecto.

El acto administrativo presunto así originado, tiene la característica de ser autónomo e independiente de las antecedentes de hecho que dieron lugar a su formación, también es independiente y permeable frente a ulteriores pronunciamientos de autoridad administrativa, mediante los cuales se pretendiere conculcar el derecho que ha nacido en virtud de la configuración del Silencio Administrativo. Esta característica impregnada en el acto administrativo presunto es la que conserva la naturaleza esencial de la

garantía del derecho de petición, cuya tutela jurisdiccional hace efectivo este derecho constitucional. Es necesario destacar que en el impulso de la causa que haga efectivo el contenido positivo de este derecho que ha nacido a favor del administrado, el mismo ya no puede ser revisado ni discutido sino únicamente ejecutado, bien se lo impulse en sede administrativa o jurisdiccional en la vía contencioso administrativa, por medio de un juicio de ejecución y no de un juicio de conocimiento.

Sin embargo como bien se argumenta en el fallo en análisis, no todo derecho derivado del Silencio Administrativo es susceptible de tutela por cuanto existen vicios que invalidan y nulitan los actos administrativos presuntos, los mismos que se encuentran contemplados en la ley, y que han sido objeto de análisis en el desarrollo del presente trabajo. Para el efecto, el Tribunal Contencioso Administrativo, en materia de análisis, se sustenta en el Art. 129 del ERJAFE (2002) que enumera taxativamente los casos en los cuales los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho, entre ellos se encuentran, los que lesionen los derechos y libertades constitucionales, los emitidos por órgano incompetente, los que tengan un contenido imposible, los que constituyan infracción penal o sean su consecuencia, los emitidos con violación al debido proceso, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, los que vulneren normas legales y principios constitucionales. En consecuencia, el análisis exhaustivo de vicios invaliables que pudiera tener el acto presunto, es materia esencial de análisis del Tribunal juzgador.

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia emitida el 10 de abril de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 220 de fecha 23 de junio de 2010, dice que el acto administrativo presunto que se origina en el Silencio Administrativo debe ser “regular” para que sea merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, para el efecto establece como requisitos sustanciales, aquellos que no contienen vicios invaliables, es decir, no son regulares los actos administrativos presuntos que contienen una causa de nulidad prevista en la ley; en la referida sentencia se ejemplifica a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley; y, como requisitos formales, la exhibición del certificado otorgado por la autoridad

administrativa acerca de la fecha de vencimiento del término que configura el silencio administrativo, debe justificarse en el proceso que se ha efectuado este requerimiento en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración.

El fallo en análisis, cuida de revisar minuciosamente que en la especie sometida a juzgamiento no existan vicios invaliables que acarreen nulidad de pleno derecho, respecto de los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto materia de análisis, como lo iremos analizando, no se encuentra inmerso en ninguna de las causales de nulidad señaladas en el Art. 129 del ERJAFE (2002), en efecto, es producto del Silencio Administrativo de autoridad u órgano competente –ARCOM-, la petición efectuada por el accionante en sede administrativa tiene un contenido viable, posible de ser solicitado; la petición efectuada por el accionante en sede administrativa cumple con los presupuestos del debido proceso, se ha verificado el término de quince días en que la omisión en el pronunciamiento del órgano administrativo ha configurado el Silencio Administrativo, la acción impulsada en sede jurisdiccional se ha interpuesto dentro del término que la ley concede para el efecto, reúne los requisitos de ley y ha sido aceptada a trámite.

No se ha demostrado mediante resolución firme y motivada que el supuesto infractor – Plantaciones MALIMA S.A.- haya cometido delito en contra de la naturaleza, o su petición sea consecuencia de aquello, tampoco ha sido procesada la Compañía TRECONCIV CIA. LTDA. cuya maquinaria decomisada de su propiedad, fue arrendada a Plantaciones MALIMA S.A. para realizar trabajos de recuperación agrícola autorizado por el GAD Municipal local, pues ni siquiera se la ha juzgado, conforme se desprende del expediente del proceso en donde obra certificación que la ARCOM NO ha procesado administrativamente al supuesto infractor, ni a la Compañía propietaria de la máquina decomisada; existe certificación de fecha enero 25 de 2011, emitida por el Coordinador Regional de la ARCOM, donde se dice que “Revisados los expedientes y documentos que reposan en los archivos de esta Dependencia se constata que NO existe expediente administrativo seguido en contra del señor Alí Alberto Méndez Romero”, representante legal de TRECONCIV CIA. LTDA.

Existe razón actuarial de fecha 21 de noviembre de 2012, que acredita que la ARCOM NO presentó al Tribunal Contencioso Administrativo, la resolución administrativa requerida, que hubiere impuesto el decomiso definitivo de la máquina reclamada. Si existiere resolución, el Tribunal de Justicia NO podría ordenar la devolución de una maquinaria cuyo decomiso se hubiera dictado mediante resolución administrativa firme. La ARCOM no ajusta su actuar a derecho, no existe norma expresa que justifique mantener indefinidamente el decomiso de la maquinaria supuestamente empleada en la comisión de la infracción minera, sin que exista resolución final expresa, debidamente motivada de decomiso de la maquinaria, inobservando principios constitucionales como el de legalidad, tipicidad, debido proceso, presunción de inocencia, pues el supuesto infractor tiene aquella condición únicamente con una resolución firme en su contra.

Cabe señalar que de haberse procesado administrativamente al supuesto infractor hasta emitir resolución que cause estado, se hubiera determinado responsabilidades, establecido indemnizaciones por el daño ambiental causado, conforme lo establece el Art. 57 de la Ley de Minería (2009), con multa de doscientas a quinientas remuneraciones básicas unificadas dependiendo de la gravedad de la infracción, sin perjuicio del pago de un valor equivalente al total de los minerales extraídos ilegalmente, así como de la obligación de restauración de los ecosistemas e indemnización a las personas y comunidades afectadas; además se hubiera podido rematar la maquinaria decomisada, conforme el Art. 99 del Reglamento General a la Ley de Minería (2009).

En cuanto al requisito formal, el actor propone su demanda de ejecución de lo aceptado por el silencio administrativo, en lo principal se desprende que en abril 9 de 2010 se ha entregado en “la oficina de Gestión y Custodia de Documentación del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables el oficio fechado la víspera mediante el cual, a través de procurador judicial, solicita al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Minero doctor Diosgrafo Chamba Villavicencio la devolución de la cargadora marca DOOSAN, que dice ser de su propiedad y le ha sido incautada el 8 de julio de 2009 de los terrenos de la empresa MALIMA S.A; el 11 de mayo de 2010, se ha solicitado a la autoridad se le confiera una certificación que acredite que la petición anterior no ha sido contestada dentro del término señalado por el artículo 28 de la Ley

de Modernización del Estado; el 12 de mayo, alegando falta de respuesta, ha acudido al Tribunal N° 3 de lo Contencioso Administrativo para que se haga el requerimiento judicial de acreditación del silencio administrativo, emitiéndose el 13 del mismo mes la respectiva orden judicial.

Este requerimiento, a su vez, ha sido contestado el 14 de julio de 2010 con narración de los antecedentes de hecho, la protesta de legitimidad de las actuaciones administrativas del caso en base a normas constitucionales, legales y reglamentarias y la formulación de la solicitud de que se deseche la demanda de certificación de vencimiento del término por cuanto se evidencia que el acto ilícito realizado por los señores Corina y Máximo Trelles conllevan un procedimiento cuya sanción de ser el caso, estaría contemplada en el Art. 57 de la Ley de Minería” (los ciudadanos en mención serían arrendatarios de terrenos de la empresa MALIMA que empleaban la maquinaria en actividades mineras presuntamente ilícitas). Como se ve, a pesar que la autoridad requerida tampoco cumple la orden de acreditar ante el juez la producción del silencio administrativo”.

De lo expuesto se desprende que el actor ha cumplido con el requisito formal de constancia procesal administrativa y jurisdiccional de requerimiento a la autoridad administrativa de la certificación de haber fenecido el término de quince días señalado en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado (1993) para la configuración del Silencio Administrativo. Sin que se haya otorgado en la vía administrativa y dando contestación en sede judicial, aquello no impide la acción judicial de cumplimiento porque el actor presenta las correspondientes constancias documentales al iniciar el proceso de ejecución.

Si el decomiso de la maquinaria que se produjo en julio 8 de 2009, al amparo de lo establecido en el Art. 99 del Reglamento General a la Ley de Minería, en concordancia con el Art. 57 de la Ley de Minería, se debió haber iniciado el proceso administrativo de juzgamiento, y solo cuando se haya comprobado la responsabilidad en el cometimiento de la infracción se sancionará a los autores, cómplices y encubridores mediante resolución motivada. El Art. 57 señala que los bienes, maquinaria, etc., que sean utilizados en actividades ilegales o no autorizadas de explotación, comercialización etc.,

clandestina de sustancias minerales, serán objeto de: decomiso especial, incautación, inmovilización, destrucción, demolición, inutilización o neutralización, según el caso, que ejecute la Agencia de Regulación y Control Minero contando con la colaboración de la Policía Nacional y subsidiariamente de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la ARCOM no impulsó el proceso administrativo de juzgamiento iniciado en contra de Plantaciones MALIMA S.A., pues no se cuenta con resolución en el caso; para la compañía TRECONCIV CIA. LTDA. ni siquiera se inició proceso administrativo alguno, conforme así lo certifica su representante legal, peor aún se puede haber emitido resolución final en la que se decomise la maquinaria utilizada en el cometimiento de la supuesta infracción minera, así se evidencia cuando no se ha presentado al Tribunal conforme lo requirió a la ARCOM, la resolución administrativa que hubiere impuesto el decomiso definitivo de la máquina reclamada. La ARCOM omitió impulsar el procedimiento administrativo en contra de TRECONCIV CIA. LTDA., conculcando su derecho a ser juzgado en plazo razonable, más aún, la retención de la máquina reclamada no se sustenta en norma legal alguna.

El decomiso de la maquina efectuado en la inspección realizada el día 8 de julio de 2009, adoptado como medida cautelar para evitar que se continúe ejecutando la supuesta infracción minera, se encuentra amparado en el Art. 99 del Reglamento General a la Ley de Minería (2009), en su inciso segundo se señala que “de comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la infracción, sus autores, cómplices y encubridores serán sancionados mediante resolución motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Minería” (p.28). La resolución motivada que cause estado en el proceso iniciado es aquella que comprueba la responsabilidad en el cometimiento de la infracción minera, que ratifica la medida de decomiso de la máquina, ejecutada en la inspección practicada. Más si no se ha emitido pronunciamiento en contra del supuesto infractor, mal puede mantenerse la medida de decomiso en forma indefinida, máxime que la maquina no es de propiedad del supuesto infractor sino de un tercero –TRECONCIV CIA. LTDA.- compañía contra la cual no existe proceso de juzgamiento alguno.

La medida cautelar no puede quedar sin resolución indefinidamente, aquella tiene fuerza imperativa de manera temporal exclusivamente, hasta cuando se conoce y resuelve la materia de fondo sobre la cual se quiere garantizar su cumplimiento, precisamente a través de la imposición de ésta medida. Al respecto la legislación ecuatoriana es clara, hace efectivo el principio constitucional de la seguridad jurídica a través del Art. 923 del Código de Procedimiento Civil (2005), que imperativamente señala que caducan las medidas cautelares “si dentro de quince días de ordenadas, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal” (p.192), inclusive otorga derecho a reclamar daños y perjuicios. Mayor seguridad jurídica otorga el referido artículo cuanto establece la caducidad de la medida cautelar si la demanda dejare de continuarse o impulsarse durante treinta días. Este artículo deja ver que la propia ley evidencia con claridad la necesidad de que la materia de fondo cuyo cumplimiento se quiere asegurar a través de imposición de la medida cautelar requiere resolución en el menor tiempo posible y de ninguna manera podría quedar sin resolución indefinidamente.

En conclusión: Obra del proceso que NO existe expediente administrativo en contra de la compañía TRECONCIV CIA.LTDA., que NO se exhibió por parte de ARCOM, resolución administrativa que hubiere impuesto el decomiso definitivo de la maquinaria reclamada, a pesar de requerimiento expreso del Tribunal Contencioso Administrativo, que la compañía TRECONCIV CIA. LTDA. ha justificado legalmente ser propietaria de la máquina de la cual reclama su devolución, que la referida compañía no ha sido no procesada ni sancionada porque NO existe ni proceso administrativo, ni resolución motivada que cause estado en su contra, que el acto presunto que se origina en el Silencio Administrativo ha sido examinado por el Tribunal Contencioso Administrativo, con el objeto de analizar su regularidad, de que NO existan vicios inconvalidables o causales de nulidad de aquellas contenidas en el Art. 129 del ERJAFE, que destruyan el carácter legítimo y ejecutivo del acto administrativo presunto originado en la inactividad administrativa, que cumple los requisitos sustanciales o materiales, que con la acreditación documentada de la petición y solicitud de certificación de término concluido a la autoridad administrativa además del requerimiento judicial efectuado se ha cumplido con el requisito formal, el Tribunal juzgador en sentencia ha ordenado la devolución de la máquina a la compañía TRECONCIV CIA. LTDA.

Las consideraciones expuestas en el presente análisis revelan que el acto presunto materia de la presente causa no contradice precepto legal alguno y tampoco vulnera normas legales o principios constitucionales que pudieran nulificar la acción interpuesta. Cabe señalar que a criterio del autor del presente análisis, el decomiso original es legítimo, se encuentra amparado en el Art. 99 del Reglamento General a la Ley de Minería (2009), sin embargo la ARCOM NO sustancia el proceso administrativo que lo inicia en contra de Plantaciones MALIMA S.A.; pero en el caso de la compañía TRECONCIV CIA.LTDA. ni siquiera inicia proceso alguno, no existe resolución en su contra, tornándose en ilegal el decomiso indefinido sin resolución que cause estado en contra de la mencionada compañía, puesto que no existe norma jurídica que lo sustente, es una clara violación a la seguridad jurídica y al debido proceso. Consecuentemente la compañía TRECONCIV CIA. LTDA. se encuentra agraviada, conculcada en su derecho a ser juzgada por ARCOM oportunamente y que la retención de hecho de la máquina reclamada no es asimilable a una sanción autorizada por la ley.

En la sentencia acertadamente se ordena la devolución exclusivamente de la cargadora reclamada a través de la presente acción, marca DOOSAN, propiedad de la compañía TRECONCIV CIA. LTDA., se aplica el efecto inter partes, propio del Silencio Administrativo, puesto que en el libelo de la demanda se informa al Tribunal Contencioso Administrativo que la cargadora DOOSAN fue decomisada junto con una excavadora KOMATSU de otro propietario.

La sentencia es diligente, en cuanto ordena comunicar la parte resolutive de éste fallo, al Comandante Provincial de Policía del Azuay N° 6, a fin de que disponga al custodio proceda con la entrega de la máquina al actor. Este aspecto es muy relevante por cuanto este alto Tribunal de Justicia está ejerciendo una tutela judicial efectiva del derecho del actor, aplicando el principio de celeridad en la fase ejecutoria del fallo, administra justicia y ejerce su jurisdicción, en cuanto materializa su “(...) potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (...)” (Código de Procedimiento Civil, 2005, p.1), aspecto que es descuidado en otros fallos, en donde para ejecutar lo juzgado se hace necesario interponer varias acciones en donde la falta aplicación de la potestad

juzgadora referida convierte a la ejecución del fallo, en otro proceso, al cual los abogados solemos llamar “fase ejecutoria”.

Los funcionarios públicos están obligados a reparar los daños que por acción u omisión causaren a los particulares en el ejercicio de sus cargos, el Tribunal de Justicia está señalando expresamente las acciones que el actor o la máxima autoridad administrativa pueden impulsar en el establecimiento responsabilidades administrativas, civiles culposas o indicios de responsabilidad penal, máxime la repetición del pago contra el funcionario público causante del daño producido.

4.2. Sentencia que rechaza demanda de ejecución del silencio administrativo

Expediente de Casación No. 267. Registro Oficial Suplemento 17 de 13-may.-2005 Estado: Vigente. EFECTOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO. Expediente 267, Registro Oficial Suplemento 17, 13 de Mayo del 2005. Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, Quito, a 4 de octubre del 2004; las 10h00. VISTOS (251/03): El ingeniero Juan Claudio Robalino Gándara, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el recurrente, en contra del Consejo Provincial de Pichincha, sentencia en la cual se rechaza la demanda por improcedente. Sostiene el recurrente que en la sentencia impugnada se han infringido las siguientes disposiciones: artículos 20 de la Constitución Política del Estado; 15, 88 y 1964 numeral 2 del Código Civil; 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y 28 de la Ley de Modernización del Estado; infracciones que a criterio del recurrente han configurado las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del Art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación y aplicación indebida de las indicadas normas, según el detalle señalado en el libelo. Con oportunidad de la calificación del recurso se estableció la competencia de la Sala para conocerlo y resolverlo, precedente procesal que no ha variado, por lo que habiendo concluido el trámite establecido por la ley para la casación en el presente caso, es procedente que se dicte sentencia, a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Ante todo, con exclusivos propósitos doctrinarios, vale la pena referirnos a la argumentación que en torno a la no aplicación del silencio administrativo para el caso

hace el Juez "a quo". Es del todo evidente que esta Sala en numerosos fallos, ha hecho suya la doctrina de la línea jurisprudencial de la escuela española según la cual: "la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho" (Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava edición, EDITORIAL CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 590), lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición, y que en el supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho. Es necesario hacer esta aclaración porque bien puede ocurrir que la afectación de lo aceptado por el silencio administrativo alcance únicamente a la ilegalidad en cuyo caso evidentemente el silencio sí tendría efecto. Desde luego lo anteriormente expresado que limita un tanto el criterio expuesto en el considerando cuarto del fallo recurrido, de ninguna manera reforma lo señalado respecto a la falta de efecto del silencio administrativo en lo referente a materia contractual. En verdad éste fue creado como un mecanismo que permita continuar el proceso contencioso administrativo pese al silencio de la administración ante la solicitud de reforma o revocatoria de una decisión previa adoptada por ésta; y todos los tratadistas del derecho administrativo han considerado y han estudiado lo referente al silencio administrativo dentro de los efectos del acto administrativo; cuya característica esencial consiste en lo que tan acertadamente la jurisprudencia francesa denominó la resolución previa, libremente adoptada unilateralmente por la administración. De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida. Claro está que en la ejecución de los contratos bien puede ocurrir que aparezcan materias o asuntos que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes, caso éste en el cual sí tendría aplicación la institución del silencio administrativo, pero insistimos si de lo que se trata es de modificar o reformar condiciones constantes en el contrato, no se puede

pretender que las mismas hayan sido reformadas como consecuencia del silencio administrativo positivo.-

SEGUNDO: Si bien en un juicio, en el cual se ha alegado el silencio administrativo no siendo este procedente debe dejarse sin valor tal argumentación, no por ello el Juez deja de estar obligado a juzgar de la materia, aplicando las pruebas que sobre ella se hayan presentado conforme a derecho dentro del proceso, y si no lo ha hecho, es evidente que el Juez en tal evento no ha resuelto todos los puntos de la litis y por consiguiente, en tal circunstancia bien puede el afectado deducir recurso de casación en aplicación de la causal cuarta de las señaladas en el Art. 3 de la Ley de Casación.-

TERCERO: Establecidos estos parámetros generales, aplicándolos al caso tenemos que en el mismo se deduce recurso de casación por la existencia en unos casos de falta de aplicación y en otros de aplicación indebida de las disposiciones legales señaladas configurándolas dentro de las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación y al efecto sostiene que las normas infringidas son el Art. 20 de la Constitución Política del Estado, norma esta que regula la responsabilidad extracontractual de los entes públicos limitándolos a dos casos concretos: la prestación deficiente de los servicios públicos y la actuación de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. En ninguna de las dos posibilidades se encuadra una reclamación tendente a obtener el pago de alegados trabajos extraordinarios efectuados por el actor dentro del cumplimiento de las relaciones contractuales. El Art. 1588 del Código Civil quizás es el que más trascendencia tiene en el presente caso, cuando asegura que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", esta reafirmación del valor de las normas contractuales tiene plena concordancia con lo expresado respecto a la improcedencia del silencio administrativo como fuente de reforma de las disposiciones contractuales. Pero dejando de lado este aspecto vale la pena averiguar si se dio en el caso un consentimiento mutuo que haya invalidado lo constante, a nivel de detalle, en el contrato, cuando se especifica, de obra en obra, los precios unitarios que han de pagarse en cada caso. Es evidente que la función del fiscalizador, por su estricta naturaleza, se encamina a garantizar el cumplimiento de todas las especificaciones constantes en el contrato; es una de las cláusulas exorbitantes que se mantiene como indispensable en la contratación pública moderna. Solo por excepción en los casos que hubiera una duda sobre la aplicación de

ciertos elementos técnicos, puede cumplir la función de resolver sobre la aplicación en sitio de tales elementos. Pero esta facultad excepcional y únicamente para el caso de una evidente duda técnica no puede originar cambios en las especificaciones contractuales; de haber necesidad razonablemente apreciada de los cambios técnicos que originen la exigencia de aumentos o disminuciones de obra que signifiquen cambios en las especificaciones contractuales, la opinión del fiscalizador aunque conste en el libelo de obra, no puede producir el cambio pretendido sino es confirmada por el representante técnico de la entidad, y no se puede sostener que se realizó la obra antes de obtener tal confirmación o negación porque la naturaleza de la obra a ejecutarse era tal que debía realizarse; pues en tales circunstancias lo procedente era suspender la ejecución en tanto no se tenga la confirmación o negación del representante técnico autorizado de la entidad contratante y en tal evento la observación del fiscalizador constante en el libro de obra únicamente sirve para justificar el aplazamiento en la ejecución. El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, que también ha sido mencionado como infringido se encuentra dentro de la sección de las pruebas y señala que éstas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica; sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La última parte de la norma es la que indudablemente exige que pese a la existencia de determinadas circunstancias, como la necesidad de ejecución de ciertos trabajos extras, éstos no pueden ser considerados como elementos determinantes para exigir el pago de los mismos si previamente no se han cumplido las exigencias contractuales y legales para la validez de los cambios en las especificaciones, que se exige y a la que nos hemos referido en el considerando anterior. Y esto tiene especial trascendencia e importancia en tratándose de la contratación pública, la cual si bien parte como toda convención, de la concertación de voluntades, sin embargo el campo de autonomía de las mismas se halla limitado por las disposiciones específicas señaladas en la ley y en el contrato. No se puede, por ejemplo, por más que sea imprescindible y necesario realizar ampliaciones o aumentos de obra sin que previamente se realicen por escrito los contratos complementarios o supletorios siguiendo el trámite establecido en el capítulo séptimo de la Ley de la Contratación Pública; y de realizarse tales trabajos no podría legítimamente realizarse el pago de las obras ejecutadas en contraposición de las disposiciones legales, circunstancias estas que difieren totalmente de lo que ocurriría en la contratación

privada y que por lo mismo limitan el ejercicio de la sana crítica en toda su extensión. El Art. 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en verdad consagra la legalidad del uso de los medios de prueba establecidos por el Código de Procedimiento Civil con excepción de la confesión judicial, pero su apreciación por el Juez debe estar condicionada a las circunstancias que se detalla con anterioridad, de tal forma que no se puede asegurar que ha existido una aplicación indebida de la norma cuando los medios de prueba, que serían plenos en la contratación privada, no adquieren la misma trascendencia en la pública por la falta de solemnidades o condiciones establecidas en la Ley de Contratación Pública. Y en cuanto al Art. 1964 del Código Civil que regula lo referente a los contratos de construcción de edificios en forma expresa, en el numeral dos, exige que en circunstancias desconocidas se haga autorizar por el dueño en caso de que éstos ocasionaren costos no previstos y ya al referirnos al papel de la fiscalización establecimos cuando se ha de considerar que se cumple esta exigencia legal, y es más, la misma dice que si el dueño, no el fiscalizador, se rehúsa se podría concurrir ante el Juez para que éste establezca si ha debido o no preverse recargo de obra y fije el incremento de precio que por esta razón corresponda, condición esta, propia de la contratación privada y que sin embargo jamás se cumplió en los trabajos extras realizados por los actores. Finalmente en cuanto a la pretendida indebida aplicación del Art. 28 de la Ley de Modernización, que se refiere al silencio administrativo nos hemos referido en extenso al inicio de este fallo.-

CUARTO: Del análisis anterior, que lo realizamos pese a no haberse propuesto la causal pertinente, se puede llegar a la conclusión de que quizá se produjeron obras para cuya realización lamentablemente no se adoptaron las medidas conducentes para que conforme a la normatividad específica de la contratación pública, deban ser reconocidas y pagadas por el demandado, por lo cual el recurso de casación carece de fundamento. En consecuencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Heredia Moreno, José Julio Benítez A., y Clotario Salinas Montaña, Ministros Jueces y Conjuez Permanente, respectivamente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia. RAZON: Las tres copias que anteceden son iguales a su original.-Quito, a 21 de octubre del 2004.Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

4.2.1. Antecedentes

El ingeniero Juan Claudio Robalino Gándara, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el recurrente, en contra del Consejo Provincial de Pichincha, sentencia en la cual se rechaza la demanda por improcedente. El Estado Ecuatoriano, a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), su Reglamento (2008) y sus abundantes Resoluciones emitidas tanto por el INCOP, por su organismo reemplazante SERCOP, con sus plataformas informáticas, regula las instancias y los organismos que intervienen en el ámbito de la Contratación Pública.

4.2.2. Principios relacionados al ámbito de la contratación pública

Resulta esencial ubicar a la Contratación Pública como un sistema que regula y articula a todas las instancias, organismos e instituciones en las esferas de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; su propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula su ámbito de aplicación, sus órganos e instancias que se encuentran plenamente definidos en su propia Ley, sin que se pueda admitir injerencia alguna de otros entes, jurisdicciones o competencias a éste ámbito que se insiste se encuentra regulado por su propia Ley que tiene el carácter de orgánica.

4.2.3. Análisis jurídico administrativo

La Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia rechaza por improcedente la demanda planteada por el Ing. Juan Claudio Robalino Gándara en contra del Consejo Provincial de Pichincha, de la misma se interpone recurso de casación, el mismo que calificado para conocerlo y resolverlo es

aceptado a trámite por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Con mucho acierto la Sala inicia analizando el cumplimiento de los requisitos formales y los materiales o sustanciales, previo a que se determine si el acto presunto que se deriva del silencio administrativo corresponde a autoridad competente para conocer y resolver la materia de la petición planteada. Para que el efecto positivo del Silencio Administrativo sea ejecutable, es indispensable que la petición haya sido planteada ante Autoridad Administrativa competente para conocer y resolver la materia de la petición planteada. De la especie se desprende que se cumple éste requisito.

En este orden de ideas, el Art. 129 del ERJAFE (2002) citado anteriormente, enumera taxativamente las causales de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos expresos y que conforme jurisprudencia y doctrina aceptada, se hace extensivo para los actos presuntos, como aquellos que se derivan del Silencio Administrativo, es decir que constituya un acto administrativo presunto “regular”, pues para que se estime procedente la protección jurídica que se deriva de la presunción de legitimidad, se requiere precisamente que no contenga vicios inconvalidables, que siendo manifiestos, serían nulos y por tanto, no merezcan la tutela jurídica, por ejemplo, los actos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley.

Para el caso materia de análisis resulta de trascendental importancia resaltar que aquello que se solicita modificar a través de la figura del Silencio Administrativo es un contrato celebrado entre el Ing. Juan Claudio Robalino Gándara y el Consejo Provincial de Pichincha, por tanto se enmarca en el contexto de la contratación pública, materia que se rige por su propia normativa legal. La naturaleza contractual es bilateral, las condiciones de incumplimiento de contrato se encuentran previamente estipuladas y es en este contexto en el que se debe tratar sus relaciones y sus incidentes.

Conforme el Art. 1454 del Código Civil (2005), “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. (Congreso Nacional, 2005, p.287). Contenido del

cual se deduce que la obligación es un elemento esencial del contrato, obligación que es acordada expresamente mediante estipulación que obliga a las partes intervinientes. Así contrato es el acuerdo de voluntades, por el cual cada parte queda vinculada entre sí con la otra.

Aspecto fundamental en torno al cual gravita la materia en análisis constituye el efecto contractual contenido del Art. 1561 del Código Civil (2005), “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Congreso Nacional, 2005, p.302) el contrato constituye ley para las partes contratantes, el mismo NO puede ser modificado unilateralmente, salvo consentimiento mutuo de las partes o por causas legales. La ley no prevé otro mecanismo de modificación contractual.

El Art. 9 de Constitución de la República del Ecuador (2008) señala: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Asamblea Nacional, 2008, p.12). Al existir un contrato público, legamente celebrado, con cláusulas claras y específicas que son previas al inicio del cumplimiento de las obligaciones que las partes han contraído y por las cuales quedan vinculadas, el mismo es ley para las partes intervinientes; con las consideraciones expuestas se deduce en forma inequívoca que el efecto positivo del Silencio Administrativo NO podría modificar un contrato que para su celebración ha cumplido con todos los elementos y requisitos legales sustanciales para su suscripción, las cláusulas estipuladas en el contrato materia de análisis se encuentran revestidas de pleno valor jurídico, conforme a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Asamblea Nacional, 2008, p.38). Debe entenderse, salvo norma expresa o cláusula estipulada en el propio contrato, o por consentimiento de las partes, que el contrato legalmente suscrito NO es susceptible de modificación.

Especial mención merece el ámbito de la contratación pública que en nuestra legislación se rige por su propio marco normativo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), su Reglamento (2008) y las múltiples resoluciones que

se han dictado, caracterizan a éste ámbito con una dinámica permanente, pero que sin duda establecen el marco normativo, alcance y límites legales sobre los cuales se estructura la contratación pública en nuestro país. Resulta entonces contrario a derecho tratar de modificar un contrato mediante una petición planteada ante autoridad competente que adolece de oportuna respuesta.

Los procesos que en el ámbito público corresponden a la contratación para consultoría, adquisición, ejecución y fiscalización, de la obra pública, y muchos más ámbitos que son objeto de contratación, se encuentran claramente definidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, y las múltiples resoluciones que se han dictado, no olvidemos que el INCOP, Instituto Nacional de Contratación Pública, hace pocos meses ha sido sustituido por el SERCOP, Servicio Nacional de Contratación Pública, que para automatizar estos procesos a incorporado la plataforma informática SOCE, Sistema Oficial de Contratación del Estado, administrado por el SERCOP.

Los principios y objetivos en los cuales se fundamenta la contratación pública, enunciados en el Art. 4 de la Ley Orgánica para el Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) entre otros son: “legalidad, trato justo, calidad, igualdad, oportunidad, vigencia tecnológica, transparencia, publicidad,(...)” (p.3), de tal manera que desde la publicidad de los pliegos a través del portal informático, pasando por incorporación de las ofertas a través de la misma herramienta informática, la publicación de los resultados y la adjudicación del respectivo contrato, es público, bajo normas contextuales pertinentes claras, fórmulas de reajuste de precios estipuladas, presupuestos de obra y cronogramas valorados, cálculo de desagregación tecnológica, seguimiento a la ejecución contractual, generación de planillas de obra en relación con el avance de obra.

En este orden de ideas, en lo referente a rubros nuevos y cantidades adicionales constituyen parte de la contratación pública, siempre y cuando sus cláusulas previamente estipuladas lo contemplen, previo informe de los fiscalizadores de obra, existiendo inclusive la posibilidad de contratos complementarios si su naturaleza lo permite, aspectos descritos que hacen posible una modificación contractual en el marco

de la normativa pertinente, mas como hemos manifestado el efecto positivo del silencio administrativo es ajeno a la contratación pública, pues bajo esta figura NO es posible modificar un contrato público que se rige por normativa propia, conforme se ha expuesto.

En conclusión, con mucho acierto se rechaza el recurso de casación interpuesto, con el cual, se confirma la sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, sentencia en la cual se rechaza la demanda interpuesta por el Ing. ingeniero Juan Claudio Robalino Gándara en contra del Consejo Provincial de Pichincha por improcedente, se debe dejar claro que la contratación pública goza de autonomía, independencia y facultades para actuar, conforme se ha analizado, se encuentra subordinada a su normativa propia, al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en la propia sentencia materia del presente análisis expresamente manifiesta que:

“(...)es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida(...)”

Por lo expuesto queda claro que se encuentra delimitado con precisión el alcance, aplicación y límites de la figura del Silencio Administrativo, con fundamento en el estudio realizado por varios doctrinarios ecuatorianos, en el presente trabajo se ha identificado y profundizado aquellos casos en los cuales por su naturaleza NO opera la figura del Silencio Administrativo.

CONCLUSIONES

- El Derecho de Petición se encuentra consagrado en el constitucionalismo ecuatoriano desde el año 1830. En una suerte de evolución histórica, al momento se yergue como el derecho que los ciudadanos en forma individual o colectiva tienen para dirigir solicitudes, peticiones, quejas a las autoridades que forman el poder público y a recibir respuestas motivadas, sin que se pueda realizar peticiones a nombre del pueblo.
- El Silencio Administrativo es la figura jurídica que regula el Derecho de Petición, establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
- El Derecho de Petición genera para la administración una obligación correlativa de emitir respuesta o pronunciamiento expreso, motivado y oportuno.
- La falta de pronunciamiento por parte de la administración por un término superior al concedido por la Ley, configura el Silencio Administrativo, que deja al administrado la vía procesal expedita para el ejercicio de la impugnación -efecto negativo-; o, que da origen a un acto administrativo presunto con un contenido favorable al peticionario, de aprobación de lo solicitado -efecto positivo-.
- El objetivo fundamental de la figura del Silencio Administrativo es generar un acto administrativo presunto, autónomo, que contiene un efecto positivo, que aprueba o autoriza lo solicitado por el administrado.
- La falta de resolución de la autoridad administrativa dentro del término legal concedido, –quince días conforme el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado-, configura el Silencio Administrativo, que suple al proceso que resuelve autorizar o aprobar lo pedido.
- El derecho subjetivo nacido de la norma objetiva, que se origina a favor del administrado, no puede ser conculcado, ni por ulterior acto administrativo, ni por pronunciamiento extemporáneo del órgano administrativo.
- El acto administrativo presunto, goza de la presunción de legitimidad y ejecutividad, salvo que el mismo sea irregular, es decir, que se encuentre viciado de nulidad de pleno derecho.

- Para que el acto administrativo presunto, sea válido y legítimo, debe ser regular, es decir, cumplir con los requisitos sustanciales o materiales; y, formales.
- La calidad de legítimo y ejecutivo del acto administrativo presunto, es aquella que permite reclamar al petionario, mediante acción de ejecución y no de conocimiento, el cumplimiento de su contenido, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.
- El acto administrativo presunto, legítimo y ejecutivo, puede ser revocado exclusivamente mediante acción de lesividad, mientras no se haya reclamado en ejecución.

RECOMENDACIONES

- El plazo de cinco años para proponer la demanda ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para el caso de los actos administrativos presuntos derivados del Silencio Administrativo, redundaría en la garantía procesal a favor del administrado, en desmedro de la administración pública. A criterio del autor éste plazo debe ser revisado.
- Es necesario una mayor profundización en materia de Silencio Administrativo, de ésta manera se puede tener la certeza que no todo contenido otorgado por ésta figura jurídica es ejecutable. Así se libera una importante carga procesal que recae en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del país.
- Es necesario que se haga un esfuerzo a nivel nacional para unificar criterios y superar una serie de ambigüedades en la aplicación de la figura del silencio administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Dromi, R. (1997). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Ciudad Argentina Tercera Edición.
- García de Enterría, E. y. (2001). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava Edición*. Buenos Aires Argentina.
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa.
- Hernández, E. (2009). *Administración Pública*. Quito-Ecuador: Ediciones Legales.
- Jhayya, A. (2011). *Diccionario Administrativo*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marienhoff, M. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires Argentina: Tercera Edición.
- Menendez, R. Ä. (2001). El Control Judicial de la inactividad de la Administración. *AFDUAM, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* .
- Morales, M. (2012). *Derecho Procesal Administrativo* . Loja-Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, Ediloja Cía. Ltda.
- Morales, M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Talleres CEP, Primera Edición.
- Penagos, G. (1977). *El Silencio Administrativo*. Bogotá-Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ramírez, J. (1974). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Claridad S. A. Séptima Edición.
- Secaira, P. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo* . Quito-Ecuador: Editorial Universitaria.
- Trabucco, F. (1975). *Constituciones de la República del Ecuador*. Quito-Ecuador: Editorial Universitaria, Universidad Central.
- Danós Ordóñez, J. (2001). Silencio Administrativo. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/187160762/Silencio-Administrativo>
- Constitución de la República del Ecuador, publicada mediante Registro Oficial 449, de fecha 20 de octubre de 2008.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado mediante Registro Oficial 536 de fecha 18 de marzo de 2002.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada mediante Registro Oficial 349 de fecha 31 de diciembre de 1993.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada mediante Registro Oficial 338 de fecha 18 de marzo de 1968.

Código Civil, publicado mediante Registro Oficial Suplemento 46 de fecha 24 de junio de 2005.

Código de Procedimiento Civil, publicado mediante Registro Oficial Suplemento 58 de fecha 12 de julio de 2005.