

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**“El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación,
visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativa”**

LCDA. ADRIANA ISABEL DUQUE ROMERO

DR. WLADIMIR GARCÍA VINUEZA
DIRECTOR

Quito, Noviembre de 2012.

**Cuando el momento por fin ha llegado agradezco
A mis padres Gloria y Fabián(+) por siempre haber creído en mi,
A mi esposo Gonzalo por ser mi apoyo y maestro,
A mis hijas Diana María, María José y María Isabel
por ser mi inspiración y aliento, y
A mi director doctor Wladimir García por la paciencia demostrada.**

GRACIAS

**El silencio produce efectos jurídicos
cuando quien calla pudiendo y debiendo hablar, no lo hace.**

**En este caso se entiende que
consiente la persona que guarda silencio:
Qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur.¹**

¹ Fórmula general tomada de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga, CURSO DE DERECHO CIVIL, Tomo I, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1945, página 387. *Sic*, voz latina que significa “el que calla parece consentir”

Extracto

Debemos recordar que parte importante de la democracia en todas las sociedades es que el administrado, en libre ejercicio de sus derechos, pueda concurrir ante la administración con cualquier petición personal o comunitaria, tendiente a la satisfacción de sus necesidades. De la misma manera la administración está en la obligación de responder ágilmente esos requerimientos. Pero como nuestra sociedad no es perfecta y las instituciones tendían a contestar tarde o nunca, el legislador, para precautelar los requerimientos de la comunidad, se vio en la obligación de crear el Silencio Administrativo que enfrente el Derecho de Petición con la Obligación de Resolver, para que el administrado tenga siempre una respuesta.

Tanto las reformas constitucionales realizadas a la Constitución de 1979, como la Constitución de 1998 y la vigente de 2008 han permitido que se de validez y se construyan precedente jurisprudenciales. Razón esta para que, partiendo de un análisis general de las fuentes del Derecho Administrativo, efectuemos un estudio de la Jurisprudencia como fuente primaria y secundaria, e instrumento para llenar los vacíos de la ley.

En este trabajo se realizará una investigación sobre el Silencio Administrativo Positivo y su forma de aplicación, porque aun cuando éste es casi tan antiguo como el mismo Derecho Administrativo y ha sido doctrinariamente explicado, no hay en nuestra legislación un procedimiento claro, detallado y preestablecido de ejecución de esta institución.

El objeto principal será entonces recurrir a la Jurisprudencia Contencioso administrativa para llenar los vacíos legales dentro de la institución del Silencio Administrativo Positivo, porque esa fuente de derecho aporta con elementos importantes para contestar de manera coherente ¿para qué?, ¿cuándo?, ¿cómo? y ¿dónde? aplicarlo. Esta investigación no cubrirá un hueco en el conocimiento ni pretende formular una nueva teoría o interpretación, su valor girará alrededor de las aplicaciones prácticas del tema.

Índice

Extracto	iv
Introducción	7
Capítulo I.....	9
EL SILENCIO ADMINISTRATIVO	9
1.1. Antecedentes.	9
1.2. El Derecho de Petición y la Obligación de Resolver	10
1.3. El Silencio Administrativo.- Concepto y Naturaleza Jurídica.....	13
1.4. Clasificación del Silencio Administrativo	17
1.4.1. Silencio Administrativo Negativo.....	17
1.4.2. Silencio Administrativo Positivo.....	21
1.5. Fundamento Jurídico del Silencio Administrativo Positivo. Desde la perspectiva de la Constitución de 1998 y de la Constitución del 2008, frente a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993.	22
1.6. Características del Silencio Administrativo Positivo	33
1.7. Requisitos para que el Silencio Administrativo Positivo opere.....	36
Capítulo II	45
LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO LEGAL ECUATORIANO	45
2.1. Fuentes del Derecho Administrativo. Generalidades.	45
2.1.1. Clases de Fuentes del Derecho Administrativo.	46
2.1.1.1. Fuentes Positivas o Primarias.....	46
2.1.1.1.1 Constitución de la Republica del Ecuador.....	48
2.1.1.1.2. Los Tratados y Convenios Internacionales.....	50
2.1.1.1.3. Las Leyes.....	50
2.1.1.1.4. Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distrital.....	55
2.1.1.1.5. Los Decretos y Reglamentos.....	57
2.1.1.1.6. Las Ordenanzas.....	61
2.1.1.1.7. Los Acuerdos y Resoluciones.....	64
2.1.1.1.8. Las Instrucciones y Circulares.....	65
2.1.1.1.9. Los Manuales Administrativos.....	65
2.1.1.2. Fuentes Racionales o Secundarias.....	66
2.1.1.2.1. La Costumbre.....	66
2.1.1.2.2. La Doctrina Jurídica.....	70
2.1.1.2.3. Los Principios Generales del Derecho.....	71
2.1.1.2.4. La Jurisprudencia.....	72
2.2.1. Concepto.....	74
2.2.3. Órganos Generadores de Jurisprudencia Administrativa.....	76
2.2.3.1. Órganos Administrativos.....	76
2.2.3.1.1. Procuraduría General del Estado.....	78
2.2.3.1.2. Contraloría General del Estado.....	81
2.2.3.1.3. Servicio de Rentas Internas.....	82
2.2.3.2. Órganos Judiciales.....	86
2.2.3.2.1. Corte Constitucional.....	89
2.2.3.2.2. Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.....	91
2.2.3.2.2.1. Jurisprudencia Referencial o Indicativa.....	95
2.2.3.2.2.2. Jurisprudencia Obligatoria.....	96
2.2.3.2.2.2.1. Resoluciones Obligatorias con fuerza de ley.....	96
2.2.3.2.2.2.2. Fallos de Triple Reiteración.....	97
Capítulo III.....	105
APLICACIÓN PRÁCTICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO DESDE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	105
3.1. Casos en los que el administrado no puede acogerse al Silencio Administrativo Positivo ...	106
3.2. Término para que sea exigible.....	108
3.3. Agotamiento de vía administrativa previo a interposición de recurso judicial.....	109

**El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación,
visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativa**

3.4.	Competencia.....	111
3.5.	Trámite Judicial.....	114
3.6.	Caducidad del derecho para proponer la acción.....	116
3.7.	Requisitos para aplicar el Silencio Administrativo Positivo	117
3.7.1.	Requisitos Materiales o Sustanciales.....	117
3.7.2.	Requisitos Formales.....	119
3.8.	Rol de los sujetos procesales en el proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos	122
3.9.	Efecto del silencio administrativo positivo	124
3.9.1.	Acto Administrativo Presunto y Autónomo.....	125
3.9.2.	Acto Legítimo.....	126
3.9.3.	Acto Ejecutivo.....	128
3.9.4.	Efecto Colateral de origen legal.....	128
3.10.	Reforma de un acto administrativo presunto.....	130
	CONCLUSIONES.....	132
	RECOMENDACIONES	135
	BIBLIOGRAFIA.....	137

Introducción

Parte substancial de la democracia en todas las sociedades es que el administrado, en libre ejercicio de sus derechos, pueda concurrir ante la administración con cualquier petición personal o comunitaria, tendiente a la satisfacción de sus necesidades. De la misma manera la administración está en la obligación de responder ágilmente esos requerimientos. Pero como nuestra sociedad no es perfecta y las instituciones tendían a contestar tarde o nunca, el legislador, para precautelar los requerimientos de la ciudadanía, se vio en la obligación de crear el Silencio Administrativo que enfrentó el Derecho de Petición con la Obligación de Resolver, para que el administrado tenga siempre una respuesta.

“La cuestión es importante porque concierne no sólo al cumplimiento de deberes y obligaciones de la Administración Pública, sino también a las garantías jurisdiccionales de los administrados.”²

Luego de la descripción general que se realizará de la institución de la Positiva Ficta y debido a la escasa normativa que sobre el Silencio Administrativo Positivo existe en nuestro país, la jurisprudencia y la doctrina son los medios idóneos que pueden ser usados para dar luces sobre el alcance, casuística y procedimiento de esta institución administrativa.

Es por eso que los perfiles completos de la figura del Silencio Administrativo Positivo se dibujarán claramente cuando se analicen algunos criterios emitidos por los Tribunales de nuestro país.

El senda que recorreremos evidenciará la manera en que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han ayudado a erigir un corpus jurisprudencial sobre el contenido del artículo 66 numeral 23 de nuestra Constitución y del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Su papel queda realzado por el carácter integrador de sus sentencias.

² Rafael Bielsa, DERECHO ADMINISTRATIVO, 6ta. Edición, Ed. La ley, Buenos Aires, 1964, página 51.

Con este trabajo se pretende elaborar un extracto de razonamiento e interpretaciones judiciales, recopilar y analizar sentencias interesantes, dictadas desde el año 2007, que permitirán ejemplificar en la práctica diaria como opera el Silencio Administrativo. Esta compilación permitirá organizar el procedimiento a seguirse, y esa información así ordenada podrá usarse como una guía básica para el inexperto, dando luces sobre su aplicación correcta y el procediendo a seguirse para que no se vea vulnerado el Derecho de Petición del administrado.

Parafraseando a David Cienfuegos Salgado conviene reconocer que “...en esta vastedad jurisprudencial queda expresada la importancia del silencio administrativo positivo, a la vez que se pone de relieve la necesidad de sistematizar tal acervo, para que el ejercicio del silencio administrativo se realice dentro del marco básico necesario para asegurar su efectivo cumplimiento.”.

Capítulo I

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1.1. Antecedentes.

Debido a su propia naturaleza e instinto de supervivencia, desde tiempos inmemorables, el ser humano tiene la necesidad urgente e imperiosa de satisfacer sus carencias e íntimos anhelos, por mano propia o elevando peticiones a un superior mas poderoso.

En un inicio, en las sociedades más primitivas, ese poder era ejercido por la fuerza y quien lo ostentaba estaba en la posibilidad de otorgar dádivas. Posteriormente con la aparición de la religión y el inicio del culto a un ser divino, omnipotente y salvador, el hombre también direcciona hacia allá sus ruegos. Así, las suplicas diseccionadas a la divinidad, que reina en lo espiritual, se refuerzan con solicitudes de gracias a señores o monarcas que mandan y gobiernan en el ámbito material.

Parecería ser que el primer texto escrito sobre esta relación dios-hombre lo encontramos en la Biblia, en los versículos 7 y 8 del capítulo 7 del Evangelio de San Mateo que dice:

“Pidan y se les dará; busquen y hallarán; llamen y se les abrirá la puerta: Porque el que pide, recibe; el que busca, encuentra; y se abrirá la puerta al que llama.”.

Posteriormente el “[...] principio *pedid y se os dará* deja de ser referente para con la divinidad y empieza a ser desarrollado ante las autoridades sacerdotales primero y luego ante las autoridades militares o de gobierno,”³

La facultad de los súbditos de dirigir solicitudes graciabes es incorporada en textos jurídicos como la Carta Magna impuesta al rey Juan Sin Tierra de Inglaterra de 1215 o la Petition of Rights de 1628 de Gran Bretaña, replicada luego en la Declaración de Derechos

³ David Cienfuegos Salgado, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO, Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México, UNAM, generado 3 de agosto de 2012, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1336>, página 5.

del Hombre y del Ciudadano dictada como preámbulo de la Constitución Francesa del 24 de junio de 1793.

Como una cosa es “pedir” y otra completamente distinta que se “atienda o conceda la petición”, la evolución de los derechos ha ligado estos dos actos distintos, ya que el uno debe ser la consecuencia del otro. Así si es el caso de que un ciudadano interponga una petición ante la autoridad, esta deberá atenderle, positiva o negativamente, pero en ningún caso deberá dejar sin respuesta al solicitante.

En el Estado moderno se reconoce explícita y ampliamente que los ciudadanos tienen la facultad de participar en la vida pública y el gobierno de sus comunidades, mediante el reconocimiento de derechos políticos y garantías como la de petición y el derecho de respuesta.

Con la evolución de las sociedades, la autoridad ha pasado de ser ejercida por el poder de un solo hombre a constituirse en todo un enorme aparato burocrático pleno de órganos o entes públicos con algunas cabezas. Por ello el derecho de petición de los administrados y la obligación de resolver de la administración han parecido diluirse entre la negligencia del funcionario y la incapacidad de un aparato estatal anhelante de modernización, guardando silencio frente a peticiones, reclamaciones, solicitudes y recursos interpuestos para su conocimiento y resolución. Así con el afán de proteger al ciudadano contra la administración, al débil contra el fuerte, el legislador le ha dado efecto jurídico a esa falta de atención creando la institución del Silencio Administrativo.

1.2. El Derecho de Petición y la Obligación de Resolver.

La potestad que tienen los ciudadanos de intervenir libremente en la toma de decisiones del gobierno local o nacional en los asuntos en los que consideran se ven afectados sus intereses, como una forma activa y directa de ejercer la democracia participativa, ha permitido que esa facultad se vea reconocida en el Derecho de Petición, “[...] aparece como un mecanismo de acción cívica, por cuanto garantizaba al ciudadano su acceso a la

acción de gobierno”⁴. Tal y como lo afirma el tratadista mexicano David Cienfuegos Salgado, “el Derecho de Petición que era ayer un derecho imprescindible en las relaciones gobernante-gobernado, es ahora entendido como un mecanismo natural de convivencia entre gobierno y ciudadanos o habitantes”.

El Derecho de Petición, según Jaime Vidal Perdomo, “es la facultad política de poder dirigirse a las autoridades, de cualquiera de las tres ramas del poder público...buscando que ellas se pronunciaran en la dirección solicitada por los peticionarios [...]”⁵, y en otras palabras es “[...] el derecho que tienen los particulares o administrados de acceder a las instancias públicas para efectuar peticiones o presentar reclamos”⁶.

La mayoría de Constituciones del mundo reconocen este Derecho de Petición, así en la vigente Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, en el Capítulo Sexto del Título II, Derechos, aparece el subtema o subtítulo “Derechos de Libertad”, en cuyo artículo 66, numeral 23, se reconoce y garantiza a las personas:

“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*”. (La cursiva es mía)

Hay que destacar también el texto legal que sobre el derecho de petición se incluye en la ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de Iniciativa Privada, que en la oración inicial del inciso primero del artículo 28 dice:

“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 [...]*” (La cursiva es mía)

⁴ David Cienfuegos Salgado, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO, *Óp. cit.*, página 41.

⁵ Jaime Vidal Perdomo, DERECHO ADMINISTRATIVO, Undécima edición, Ed. Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1997.

⁶ Joffre Campaña Mora, SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, Revista Jurídica online de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales y Políticas, generado 24 de julio de 2012,

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/homenajes/EdmundoDuranDiaz/Hom_Sobre_El_Silencio_Administrativo.pdf, página 72.

Es de anotar que en la redacción del texto constitucional y del texto legal se evidencia que “[...] este derecho no se agota en la simple posibilidad de acudir a las autoridades, sino que impone a ellas el deber de pronunciarse, no sólo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente lo conforme a derecho.”⁷ Es decir, que el Derecho de Petición del administrado no es solo tener la capacidad de solicitar, reclamar o recurrir, sino que implica necesariamente la Obligación de Resolver por parte de la administración, tal como prescribe el numeral 23 artículo 66 de la Constitución de la República al dar al administrado el derecho “[...] a recibir atención o respuestas motivadas.” y en el término máximo previsto en la Ley. Es así que la Obligación de Resolver de la administración o el Derecho a la (de) Respuesta que tiene el administrado es la consecuencia natural del Derecho de Petición.

La atribuciones otorgadas a la administración por el ordenamiento jurídico, tienen como objetivo que ésta cumpla con su cometido eficientemente, por lo que los órganos de la administración “[...] están en la obligación de proceder conforme a las necesidades del servicio”⁸, derivando de allí el deber de pronunciarse.

Así la Obligación de Resolver es el deber de la administración de tramitar las peticiones de los ciudadanos y de contestar concediendo o negando lo pedido según su libre apreciación, con “un pronunciamiento de carácter jurídico; no arbitrario ni carente de fundamento, sino conforme a derecho”⁹, es decir, con la debida motivación, entendiendo a ésta como la referencia y cita de las normas que la amparan, de los hechos particulares del caso, así como la relación coherente entre éstas y aquellos, y dentro del término previsto en la Ley, para evitar eventuales acciones que pudieren conllevar la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución, complementando de esa manera al Derecho de Petición.

⁷ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, Publicado: 24 de Noviembre de 2005, 08h49. Última actualización: 8 de Abril de 2008, 05h15, Generado: 24 de Julio de 2012, 16h00,

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2682&Itemid=426

⁸ Enrique Sayagués Laso, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, 8va. Edición, Ed. Clásicos Jurídicos uruguayos, Montevideo, 2002, página 434.

⁹ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA. *Óp. cit.*

Ahora, si un individuo interesado presenta una solicitud, reclamación o recurso a cualquier órgano o servidor público sobre las materias que son de su competencia, pero por la inactividad de la Administración no se le da respuesta, positiva o negativa, oportuna y motivada, se produciría una lesión al Derecho Constitucional de Petición.

Recogiendo la afirmación de David Cienfuegos, sobre el hecho de que “la administración pública tiene la obligación de responder expresamente todos los procedimientos que ante ella se tramiten y, además, debe notificar oportunamente de la resolución recaída. Aquí el término oportunamente debe entenderse dentro de un plazo determinado.”, podríamos establecer que, con la intención de alcanzar una protección efectiva del Derecho de Petición y evitar que la Administración Pública se abstenga de pronunciarse cuando le ha sido formulada una pretensión, rehuendo su Obligación de Resolver y violando el Derecho de Respuesta, se consagró la institución del Silencio Administrativo.

1.3. El Silencio Administrativo.- Concepto y Naturaleza Jurídica.

De lo expuesto se concluye que el génesis del Silencio Administrativo se da cuando frente a una petición válida, legítima y legal del ciudadano, presentada para conocimiento y resolución de la administración pública, ésta, con el afán de evitar una situación incómoda, no resolvía o no notificaba lo resuelto al peticionario. El funcionario no se hacía responsable por lo solicitado, ni por su tramitación. Para evitar que la autoridad ante la que se plantea la petición o reclamo eluda su obligación de responder y que quede impune se creó este presupuesto legal, que se ha constituido en “[...] un arma para hacer efectivo el derecho constitucional de petición y contra la negligencia, desidia, inoperancia y corrupción [...]”¹⁰.

Así, en palabras de Eduardo García de Enterría, el Silencio Administrativo se da cuando “[...] ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha

¹⁰ Néstor Arboleda Terán, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA, Revista Judicial Derecho Ecuador, Generado: 15 de junio de 2010, 05H28, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2374&Itemid=426

producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo [...]”.¹¹

Por naturaleza, el Silencio Administrativo, es una aceptación o negativa tácita que nace *ipso iure*¹², concediendo *ope legis*¹³ al particular lo solicitado, y cuyo reconocimiento no precisa de pronunciamiento de la administración en tal sentido.

El Silencio Administrativo es un acto de la administración que “ostenta todas las calidades de un acto expreso”¹⁴. Es un acto negativo derivado de la omisión o del retardo en resolver, que equivale a una voluntad tácita, en el que la autoridad conoce el alcance asignado a su inacción. Es un acto presunto porque por fenecer el plazo sin que la autoridad responda, se presume que ha actuado. También es un acto derivado ya que proviene de una omisión y no de una acción. Entonces, “si consideramos el Silencio Administrativo como un acto resultan predicables las características o elementos de los actos expresos como el de ser definitivos, consentidos, etc.”¹⁵

El Silencio Administrativo es una ficción legal impuesta por el legislador y establecida en favor del administrado, porque no se presume que la Administración Pública “ha actuado o que se ha pronunciado sino que se sabe fehacientemente que se ha abstenido de hacerlo”¹⁶. En ese momento es cuando la ley acude y se establece una ficción por la que entendemos y colegimos que la administración actuó y que consecuentemente habrá o se producirán ciertos efectos.

También, el Silencio Administrativo es una garantía del gobernado-administrado, un derecho administrativo ineludible, que permite que la atención, el trámite y la resolución sea una realidad para el peticionario, y, sobre todo, es una iniciativa que puede tomarla o

¹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Ed. Civitas, 8va. Edición, Madrid, 2005, página 600.

¹² *Sic*, voz latina que significa “por ley”.

¹³ *Sic*, voz latina que significa “por ministerio de la ley”.

¹⁴ Javier Robalino, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, volumen I, no. 1, Quito, 2000, página 71.

¹⁵ Ana Carolina Cadena Barreto, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988, página 84. Y en Horacio Creo Bay y Tomás Hutchinson, AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 3ra. Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2006, página 43.

¹⁶ Ana Carolina Cadena Barreto, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, *Id.*, página 85.

no el particular, pero en ningún momento el Silencio Administrativo es una opción de la Administración, es decir que la autoridad no puede escoger entre responder y no hacerlo, porque el ente público siempre está en la obligación de emitir una resolución.

El Silencio Administrativo está configurado como una presunción legal *iuris et de iure*¹⁷, que no admite prueba en contrario, es decir que es suficiente con que se den los requisitos legalmente establecidos para que el peticionario pueda beneficiarse de sus efectos¹⁸.

Considerando que “la relación jurídica que surge entre el particular y la administración no es una relación jurídica de equivalencia e igualdad”¹⁹, el que la administración se haya abstenido de pronunciarse no es un acto banal, sino que con su pasividad ha cometido una infracción a la ley al haber perpetrado una violación a su deber de acción, la administración ha tenido una actuación incompatible con el derecho que podría provocar la indefensión del particular, equivalente a la denegación de justicia, al quedar desprotegido y huérfano frente al inmenso y omnipotente aparato estatal. De allí que esta inacción, que no es sino una “omisión” que conlleva responsabilidades al “autor” de la misma, aún más allá de la resolución del caso en favor del administrado, el administrador o la administración es sujeto de sanciones, tal y como lo establecen los artículos 42, 43, 44, 46, 52 y 53, y especialmente el numeral 34 del artículo 31 de la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dice:

Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes: [...]

34. *Establecer responsabilidades individuales administrativas*, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; *responsabilidades civiles culposas*, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, *e indicios de responsabilidad penal*, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley; [...]"(La cursiva es mía)

A decir del Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón “[...]La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto unos efectos para el silencio administrativo, no debe

¹⁷ *Sic*, voz latina que significa “de derecho y por derecho”.

¹⁸ Cienfuegos Salgado, David, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO. *Óp. cit.*, página 244

¹⁹ Ana Carolina Cadena Barreto, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 79.

llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos[...]"²⁰

Ante cualquier petición, consulta o reclamo la Administración debe dictar una decisión fundada, resolver dentro de un plazo de tiempo razonable y notificarlo al interesado, el Silencio Administrativo no le exime de su obligación de despachar - atender – resolver el trámite, sino que la Obligación de Resolver “[...] perdura aunque hayan transcurridos los plazos para la configuración del silencio[...], no cesa por el hecho que el particular haya configurado el silencio, porque tiene la obligación de resolver todas las peticiones que le plantean.”²¹ .

“Por su parte, la administración debe responder civil, penal y disciplinariamente por su conducta omisiva.”²² Así lo consagra el mismo artículo 28, incisos segundo y tercero, de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada da la posibilidad al peticionario de denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal por atentar contra el derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, las mencionadas normas dicen:

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: “Art. 28.- DERECHO DE PETICION.-[...]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

²⁰ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA, Revista Judicial Derecho Ecuador Revista Judicial Derecho Ecuador, Publicado: 24 de Noviembre de 2005, 08:49, Última actualización: Martes, 08 de Abril de 2008, 05:15, Generado: 24 Julio del 2012, 16H00, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2682&Itemid=426.

²¹ Santiago R. Gómez, CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL AMBITO FEDERAL, Fundación para el estudio y difusión del derecho comparado, Generado: 6 de Septiembre de 2012, 15H40, <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/gomez santiagoinaccion.htm>.

²² Gustavo Penagos, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Editorial Doctrina y Ley LTDA., Santa Fe de Bogotá, 1997, página 49.

Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.”

Código Penal: “Art. 212.- Impedimento del ejercicio de derecho de petición.- Será reprimido con multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiera el libre ejercicio del derecho de petición.”.

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada en el artículo 33 a su vez fija las sanciones administrativas:

“Art. 33.- SANCIONES.- El funcionario o empleado público que violare cualquiera de las disposiciones previstas en este capítulo será sancionado con la destitución de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas previstas en otras leyes.”

Todo lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 34 del artículo 31 y en los artículos 43, 44, 46, 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

1.4. Clasificación del Silencio Administrativo.

Como ya fue explicado con anterioridad, la inactividad de la Administración ante solicitudes efectuadas no resueltas tiene efectos desestimatorios o estimatorios. En el primer caso, hablamos de silencio negativo; en el segundo, de silencio positivo.

1.4.1. Silencio Administrativo Negativo.

Descrita en pocas palabras esta institución consiste en conceder efectos negativos al silencio de la Administración, de manera tal que cumplido el lapso de tiempo previsto en la ley sin resolver un asunto o recurso, la solicitud efectuada se entiende negada, y así el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente. Es una simple presunción, una ficción que la ley establece a favor del administrado.

El fundamento del Silencio Administrativo Negativo, para Ernesto García–Trevijano Garnica, es "[...] permitir a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional... el fundamento del silencio negativo hay que buscarlo en el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, es decir, en la exigencia de un acto previo para poder acceder a los Tribunales [...]"²³.

En otras palabras podría decirse que la Negativa Ficta –como también se la llama– no coarta el derecho de respuesta del usuario, sino que ayuda a ejercer el derecho a la defensa.

El alcance es meramente procesal, con el único fin de dejar abierta la posibilidad de interponer un recurso de apelación o alzada ante los tribunales “ordinarios” (sede judicial), dando accesibilidad a la justicia al tener una decisión previa ficta que recurrir.

La institución del Silencio Administrativo Negativo tuvo presencia y fue aplicado en el Ecuador hasta la expedición, durante el gobierno del Dr. Jamil Mahuad, de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 391 de 31 de diciembre de 1993, que establece en su artículo 28 la vigencia del silencio administrativo positivo.

Hay algunos casos de Negativa Ficta o Denegación Presunta, como también se llama al Silencio Administrativo Negativo, en nuestra legislación tal como:

- En los artículo 21 y 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que fuera Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004, se prevé que en caso de falta de contestación, información incompleta, alterada o falsa a la solicitud de acceso a la información existente o que repose en una institución pública, se entenderá que “se hubiere denegado en forma tácita”, habilitando al peticionario a interponer recurso de acceso a la información. Los artículos 21 y 22 del antes mencionado cuerpo legal dicen:

“Art. 21.- Denegación de la Información.- La denegación de acceso a la información o la falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado en la ley, dará lugar a los

²³ Ernesto García–Trevijano Garnica, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, Editorial Civitas, Madrid, 1996, página 22.

recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes y, a la imposición a los funcionarios, de las sanciones establecidas en esta Ley.”

“Art. 22.- El derecho de acceso a la información, será también garantizado en instancia judicial por el recurso de acceso a la información, estipulado en esta Ley, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional:

Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere *denegado en forma tácita o expresa*, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la denegatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.”

- En la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Registro Oficial Suplemento 595 del 12 de junio de 2002, aparece otro caso de Silencio Negativo cuando se impugne o se solicite reconsideración a resoluciones sobre responsabilidades u órdenes de reintegro, al no darse contestación oportuna se entenderá como denegación tácita, así el artículo 85 de la ley invocada dice:

“Art. 85.- Denegación Tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. *Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley*; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República.

Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe.” (La cursiva es mía)

- En el caso de calificación de un cesionario de minería artesanal también se prevé el silencio administrativo negativo, tal y como lo dice el inciso final del artículo 134 de la Ley de Minería, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009:

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

- El caso del actual artículo 134, anterior artículo 126, del Código Tributario, y del artículo 102 de la Ley orgánica de Aduanas merecen que nos detengamos a realizar un pequeño análisis. Nuestro actual Código Tributario fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 38 el 14 de junio de 2005 y la Ley orgánica de Aduanas a su vez fue publicada en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994. Esos cuerpos legales reconocían la existencia del silencio administrativo negativo y lo aplicaban en sus procedimientos

internos. Recordemos que la Ley de Modernización que establece la aplicación del silencio administrativo positivo fue publicada en el Registro Oficial No. 391 de 31 de diciembre de 1993, es decir, en fecha anterior a la de los primeros cuerpos legales mencionados.

Luego de un interesante análisis, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia *“concluye expresando que se ve claramente que en todo ámbito jurídico, incluido el tributario el legislador ha regulado el derecho de petición consagrado en la Constitución Política, dando resolución favorable al administrado cuando ocurra el silencio de la Administración. Expresa que conocida claramente la intención del legislador, las normas del Código Tributario sobre los efectos jurídicos del silencio administrativo han quedado modificadas.”*²⁴ En otras palabras cualquier norma *“que se opongan a la mentada Ley y a las que se expidan con posterioridad sobre silencio administrativo, quedan reformados, como en realidad ha ocurrido, lo que ha cambiado el efecto del silencio administrativo que desde entonces es de naturaleza positiva.”* Con esa consideración estaría reformado el artículo 134 del Código Tributario y el artículo 102 de la Ley Orgánica de Aduanas, así como cualquier otra ley, reglamento o norma inferior que se haya sustentado en esos artículos, como por ejemplo el literal h) del artículo 3.0.8 del Reglamento Tarifario de las Autoridades Portuarias, el literal h) del artículo 3.0.8.2. del Reglamento Tarifario de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, el literal h) del artículo 3 del Reglamento de Tramite de Usuarios de Terminales Petroleros

- También encontramos silencio administrativo negativo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial 338 de 18 de Marzo de 1968 sobre la que estimamos estaría también tácitamente derogada por la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que en su artículo 31 dice:

“Art 31.- Al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente:

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.*
- b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.*

²⁴ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8., Quito, 4 de febrero de 2002, Página 2555.

c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.

Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial.” (La cursiva es mía)

Para algunas legislaciones, como la española, el hecho de que el Silencio Administrativo tenga efecto Negativo es la regla, tal y como lo prevé Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, pudiendo el particular recurrir a los jueces sin sujeción de plazos²⁵. De idéntica manera ocurre en Argentina, que así lo considera en el artículo 10 Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina de 1972. Así también en el artículo 40 del Código Contencioso–Administrativo de 1989 de la República de Colombia, y en el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos de 1994.

Es comprensible y hasta lógica la opinión emitida por el abogado Joffre Campaña Mora cuando dice que si “[...] nuestro sistema siguiera reglándose por la institución del silencio administrativo negativo equivaldría a desconocer el derecho de petición y con ello se atendería contra uno de los fundamentos constitucionales del Estado de derecho.”²⁶

1.4.2. Silencio Administrativo Positivo.

Al Silencio Positivo también se lo ha llamado Positiva Ficta. Se hace efectiva al conceder efectos positivos al silencio de la Administración, es así que si la administración no ha resuelto el asunto o recurso dentro del plazo de tiempo previsto en la ley, la solicitud presentada se entiende aceptada.

Se justifica la existencia del silencio positivo por la necesidad “[...] de dar agilidad administrativa a determinados sectores (que pueden ser concebidos con una mayor o menor amplitud), evitando los perniciosos efectos que la desidia de la Administración puede tener

²⁵ Resolución STC 171/2008 del Tribunal Constitucional español.

²⁶ Joffre Campaña Mora, SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. *Óp. cit.*, página 76.

sobre la operatividad de dichos sectores o ámbitos [...]”²⁷. Desde la implantación del Silencio Administrativo Positivo en 1993 se ha evidenciado cambios positivos en cuanto a la prontitud de los funcionarios en la evacuación de trámites, podríamos decir que actualmente la inacción es una excepción.

Puntualizando brevemente podemos anotar que si el descuido, la negligencia o la omisión de la Administración Pública suplanta la respuesta que debía emitir ésta, es entonces que, en este caso, el silencio equivale al acto administrativo que estaba obligada a pronunciar, ya que hay la ficción de que la petición se ha resuelto favorablemente.

Esta garantía administrativa se aplica como regla en nuestro país y en Chile²⁸. El Silencio Administrativo Positivo en el Perú²⁹ tiene una ley especial aplicable a todos los procesos administrativos solicitados por los usuarios ante las entidades del sector público. La Comunidad Económica Europea en su recomendación³⁰ para los países miembros relativa a las políticas de simplificación administrativa sugiere la aplicación del Silencio positivo en las peticiones que requieran resolución formal.

1.5. Fundamento Jurídico del Silencio Administrativo Positivo. Desde la perspectiva de la Constitución de 1998 y de la Constitución del 2008, frente a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993.

El Derecho de Petición aparece en la legislación ecuatoriana, elevado a derecho constitucional ya desde la primera Constitución de la República del Ecuador de 1830,

²⁷ Ernesto García-Trevijano Garnica, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. *Óp. cit.*, página 23.

²⁸ Ley N° 19880, que establece los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, Capítulo V “Disposiciones finales”, artículos 64° al 66°, promulgada el 22 de mayo del 2003 y publicada el 29 del mismo mes y año

²⁹ Ley del Silencio Administrativo, publicada el 7 de Julio del 2007 en el diario oficial El Peruano, Ley No 29060, en vigencia desde enero de 2008.

³⁰ 28 de mayo de 1990, publicada en el diario oficial de las Comunidades Europeas, número L 141/56, de 2.6.90.

siendo presidente el venezolano general Juan José Flores, cuando dentro de Los Derechos Civiles y Garantías consta el artículo 66 que reza: “Todo ciudadano puede *reclamar respetuosamente sus derechos*³¹ ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuanto considere conveniente al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá abrogarse 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”, y luego en el artículo 125 del mismo cuerpo legal dice: “El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo.”

Pero no fue sino hasta el gobierno del general Ignacio de Veintimilla, en la Constitución de 1878, en su artículo 17, que, a más de estipular el derecho de petición, expresamente se dispuso la obligación del Estado de responder en un plazo determinado, pero sin fijar ese plazo, cuando se dejó sentado que:

“Art. 17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos: La libertad personal; y, en consecuencia: 1. No hay ni habrá esclavos en la República y se declaran libres los que pisen su territorio; 2. Queda abolido el reclutamiento forzoso para el servicio de las armas; 3. Y a nadie se puede exigir servicios forzosos que no estén impuestos por la ley; 4. Hay libertad de reunión y de asociación sin armas, para objetos no prohibidos por las leyes; y, 5. *Todos tienen el derecho de petición ante cualquiera corporación o autoridad, y el de obtener la resolución respectiva.*” (la cursiva es mía)

Podemos ver una importante innovación en el numeral 17 del artículo 141 de la Constitución velasquista de 1945, al establecer un plazo máximo de 30 días para resolver la petición del recurrente, así estipulaba:

“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 determina plazos especiales. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, más nunca en nombre del pueblo.”.

El 31 de diciembre de 1946, durante la segunda administración de José María Velasco Ibarra, cuando se expide la Décimo Sexta Constitución y dentro de las Garantías Individuales Comunes (Léase: Garantías Individuales para nacionales y extranjeros), en el numeral 12 del artículo 187, se contemplaba que “La libertad de petición por escrito,

³¹ La cursiva es mía.

individual o colectiva, ante cualquiera autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente,...”. Enseguida dentro de la sección de Garantías Especiales para los ecuatorianos, el numeral 2 del artículo 188 preveía la posibilidad de plantear “El derecho de petición ante los mandatarios, de manera oral y colectiva, en desfiles u otras manifestaciones públicas, pacíficas y sin armas, previo permiso de la autoridad correspondiente”. En todo caso, se diferenciaba el tratamiento entre nacionales y extranjeros y las garantías reconocidas a cada uno.

Por otra parte, de la revisión de las disposiciones constitucionales de la época se puede apreciar que las peticiones eran consideradas de dos clases: la petición formulada por escrito y la petición que podía realizarse oralmente, además se puede establecer que la primera podía ser individual o colectiva, y la segunda solo colectiva.

El Ecuador vivió la última etapa dictatorial entre 1970 y 1979; y, sin embargo de ello, para el retorno a gobiernos democráticos, los gobernantes que dirigieron el país entre 1976 y 1979, promovieron un referéndum constitucional que se efectuó el 15 de enero de 1978, del cual derivó la aprobación de la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1979 mediante Decreto Supremo 0 y publicada en el Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

Esta Constitución y sus posteriores reformas y codificaciones reconocían el Derecho a dirigir quejas y peticiones. En el texto original, dentro del Título II, De los Derechos, Deberes y Garantías, Sección I, De los Derechos de la persona, en el artículo 19 se determinaba:

“Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías: [...] 9. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo, y a recibir la atención o repuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley”

En la Constitución de la República de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del mismo año, en su artículo 23 numeral 15, se reconocía también:

“Art. 23.- [...] 15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”.

La vigente Constitución regula en una única disposición, en un solo numeral, el Derecho de Petición y la Obligación de Responder, el mismo que es la base constitucional para la aplicación del Silencio Administrativo contemplado en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La Constitución de la República en vigencia, en su Título VI denominado “Derechos de Libertad”, capítulo sexto, su artículo 66, inscrito dentro de lo que podríamos considerar la parte dogmática de nuestra Carta Magna porque reconoce los derechos de los ciudadanos, en su numeral 23, reconoce y garantiza a las personas:

“Art. 66.- [...] 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”.

Los textos constitucionales de 1979, 1998 y de 2008 tienen tres partes claramente apreciables. Una primera que alienta el derecho de petición de los gobernados. Una segunda que se ocupa de la obligación/derecho de respuesta: “[...] una garantía otorgada al ciudadano en virtud de la cual se exige que la autoridad haga recaer un acuerdo escrito [...]”³². Y una tercera más bien de corte explicativo que limita el derecho de petición, impidiendo hacerlo “a nombre del pueblo”.

Las tres disposiciones enunciadas arrastran en un cortísimo enunciado dos derechos y dos obligaciones:

- El derecho a formular una petición y el derecho a recibir una contestación, los dos teniendo como protagonistas al ciudadano, administrado o usuario.

- Estos dos derechos desembocan en igual número de obligaciones de la administración pública o el funcionario: la obligación de respetar el ejercicio del derecho de petición, y la obligación de responder afirmativa o negativamente las peticiones planteadas, con la debida motivación, entendiéndola a ésta como la referencia y cita de las normas que la amparan, de los hechos particulares del caso, así como la relación coherente entre éstas y

³² Cienfuegos Salgado, David, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO. *Óp. cit.*

aquellos, y dentro del término previsto en la Ley, para evitar eventuales acciones que pudieran conllevar la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.

Palmariamente se dispone que este derecho pueda ser ejercido tanto individual como colectivamente a nombre propio y en ningún caso se podrá tomar el nombre *del pueblo*, como un conglomerado no especificado. No queda claro si sucedería de igual manera con términos como la comunidad, la población, los hombres y mujeres, el país, etcétera. Entendemos que tales palabras para designar “grupos” estarían incluidos en la “prohibición” indicada, a menos que existiera de por medio una representación legal del compareciente.

Ninguno de los textos analizados fija límites, alcances o requisitos para el ejercicio del Derecho de Petición ni la Obligación de Resolver.

Debe anotarse que el precepto constituyente de 2008 no indica la necesidad de que la respuesta sea elaborada y notificada en un plazo que pudo haber sido descrito como oportuno, conveniente, adecuado, determinado o ágil, que hubieran permitido dejar entrever que la resolución debía darse en un plazo establecido, lo que habría aportado un nivel de seguridad y certidumbre sobre la actuación de las instituciones públicas. El tenor constitucional de 1979 y el de 1998 si bien hace referencia al “... plazo adecuado”, no determina el tiempo que deberá transcurrir para que éste se haga efectivo.

Tanto en la una como en las otras se obvió mencionar la obligación de dar a conocer al peticionario lo resuelto, es decir que se omitió la obligación de notificar con la resolución.

Aún cuando el Silencio Administrativo como tal no se encuentra ni siquiera mencionado en actuales ni anteriores preceptos constitucionales, el contenido de la norma que prevé el Derecho de Petición ha estado siempre vinculada a la Obligación de Resolver las consultas que se le planteen a la administración como sujeto obligado, y está a su vez ligada a un término para contestar que, de no cumplirse, produce inexcusablemente el Silencio Positivo o el Silencio Negativo a favor del administrado.

El concepto de Silencio Administrativo existía en nuestra legislación con anterioridad, pero considerándose solo el Negativo, es decir aquel en que frente a la petición no contestada del administrado y cumplido el plazo legal, se entendía que la petición había sido contestada desestimando el requerimiento del solicitante. Este hecho también aportaba con un beneficio para el usuario porque esa negativa ficta le permitía interponer el recuso judicial, que para su calificación requería de una respuesta contra la que recurrir o apelar. Adicionalmente todos los plazos estaban ubicados de manera dispersa y cada instrumento normativo fijaba un tiempo diferente para la respuesta. Es así, como por ejemplo, que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Tributario, la Ley de Aduanas, y la Ley de Minería tenían al Silencio Negativo dentro de sus instituciones, pero cada una con un plazo distinto, y se aplicaba solo en determinados casos.

El que nos ocupa, el Silencio Administrativo Positivo, fue recién recogido en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993, también conocida como Trole I, dentro del Capítulo III De la Racionalización y Eficiencia Administrativa, en su artículo 28, considerando que se debe garantizar “...el interés público y la equidad social mediante la dotación de normas claras y precisas, evitándose el ejercicio de facultades discrecionales...”³³ .

La Ley de Modernización se concibe como una ley especial, cuyo papel frente a la Constitución vigente en ese momento, la de 1978 reformada, era tratar los temas de la modernización y privatización que requerían de normativa específica, incluyendo los legisladores en la misma temas cortos pero que no eran susceptibles de contener en otra ley por la materia exclusiva –administrativa- de la que se trataban y por no tener nuestro país un código de procedimiento administrativo, que habría sido el cuerpo legal que les correspondía.

Con las siguientes Constituciones, la de 1998 y la actual de 2008, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada continúa teniendo vigencia y ha sido sometida a escasas reformas, mientras que las Constituciones han mantenido casi inalterado el articulado sobre el

³³ 5to. considerando de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

derecho de petición y la obligación de resolver. Hubiera sido interesante que se incluya como norma constitucional el resto del artículo 28 de la Ley de Modernización, sobre todo en lo que tiene que ver al reconocimiento de la institución del silencio administrativo y el plazo máximo de respuesta.

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada concentra en un solo cuerpo legal la normativa sobre el silencio administrativo, unificando procedimientos y plazos, el que se fije un término diferente para la obligación de responder es una excepción y ya no la regla.

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

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

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

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

Posteriormente la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de agosto de 2000, también llamada Trole II, reformó el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, instaurando un procedimiento claro para certificar el transcurso del tiempo sin contestación y por lo tanto la existencia de la aceptación tácita:

“Art. 12.- Al final del primer inciso del artículo 28 agréguese el siguiente: “Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, *una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo*, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.” (La cursiva es mía)

El requerimiento de una certificación se constituye en un obstáculo ya que esta rara vez es conferida por el funcionario, ya que implica “solicitar al mismo funcionario público que la causó [...] que otorgara la evidencia escrita de su posible infracción” penal y administrativa [...]³⁴

Es así que con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada y la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana se dan los primeros pasos que permiten hacer efectivos el Derecho de Petición y el Derecho de Respuesta enunciado en la Constitución de la República desde hace algunas décadas, derechos que han podido ser ejercidos a partir de allí por los ciudadanos, tal y como se evidencia en las resoluciones que sobre el tema han dictado los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario.

Cabe recordar que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada fue expedida el 31 de diciembre de 1998 y la Ley para la Promoción de la Inversión el 18 de agosto de 2000, es decir son anteriores a nuestra actual Constitución de 2008, pero mantienen su total vigencia porque al menos los articulados que son de nuestro interés no han sido derogados tácita ni expresamente. Frente al temor no fundado de que esas normas desaparezcan de la legislación vigente, debemos considerar la necesidad de la aprobación de una normativa que regule de manera independiente el Derecho de Petición y el Silencio Administrativo, alejándolo de normas cuyo primordial objetivo eran viabilizar el proceso de privatizaciones del sector público e incentivar inversiones, para así asegurar su perpetuidad en el tiempo.

³⁴ José Meythaler, LA EVOLUCIÓN DEL EFECTO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA AUTORIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador, página 140, http://www.lmazabogados.com/contenido_es/images/stories/mis_imagenes/la-evo.pdf

Para los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva existe el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, creado mediante Decreto Ejecutivo 2428 y publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002, que en los artículos 1 y 2 regula la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y normas sobre responsabilidad, y aplicable a las entidades y órganos de esa función del Estado.

Este Estatuto hace una clara y más extensa descripción de la Obligación de Resolver que tiene la administración, así como también es explícito al fijar los parámetros que deben acatarse para viabilizar el Derecho de Petición y el procedimiento administrativo que origina, en aspectos como cómputo de términos y plazos, sobre los actos administrativos, que son la forma en que la administración resuelve, su forma, motivación y efectos, forma de notificar al interesado, requisitos de forma y de fondo que deben cumplir cualquier solicitud, reclamo o recurso que se le formulen³⁵.

Por considerar de capital importancia para el análisis, es necesario transcribir el artículo 115 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE que indica:

“Art. 115.- Obligación de resolver.

1. *La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma.* En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero de este numeral, los supuestos de terminación del procedimiento por acuerdo o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación o notificación previa a la administración.

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

³⁵ ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002, Artículo 118, artículos del 121 al 128, y artículo 137.

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

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

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

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

En todo caso, la Administración Pública Central informará a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, mediante comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

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

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

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

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

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

6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

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

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente.” (La cursiva es mía)

Este artículo enclavado dentro del LIBRO II, Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva del ERJAFE, hace alusión a la obligación de dictar una resolución expresa, fundada y debidamente motivada, en todos los procedimientos que se inicien en la

administración, apegándose al término de quince (15) días fijado en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada para resolver o emitir un pronunciamiento jurídicamente sustentado, pero dejando a salvo lo que prevean leyes especiales u orgánicas.

En el literal “b” del numeral tercero del artículo citado, se indica claramente que el término comenzará a correr cuando la petición, solicitud o reclamo haya sido recibida y registrada en el órgano correspondiente, siempre y cuando la misma haya cumplido con los requisitos de fondo y forma previstos en el ordenamiento jurídico; es decir siempre y cuando sea clara, esté completa, se hayan adjuntado la documentación de respaldo que no repose en la institución, se haya presentado ante la autoridad competente, se haya incluido la dirección para notificaciones, claro está que la administración es la que debe informar al administrado del incumplimiento de de esos requisitos.

Asimismo, debe destacarse que el numeral 7 del artículo 115 del ERJAFE señala como responsables de cumplir con la Obligación de Resolver, dentro del término previsto, no solo al personal que tenga a su cargo el despacho y evacuación de los trámites y procedimientos sino también a los titulares de los órganos de la administración.

Es una lástima que el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, sea solo dirigido a la Administración Pública Central y a la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, “siendo un instrumento interesante tiene un ámbito de aplicación reducido lo cual resta su efectividad”³⁶, ya que sería de mucha ayuda que las normas que regulan el Silencio Administrativo fueran de aplicación obligatoria para las otras funciones del Estado y para los Gobiernos Autónomos Descentralizados, léase Juntas Parroquiales, Distritos Metropolitanos Autónomos, Concejos Cantonales, Consejos Provinciales y Circunscripciones Territoriales, y no solo referencial como es al momento.

³⁶ José Manuel De Oliveira Alle, NORMA DISPERSA Y CONTRADICTORIA, Artículo publicado originalmente por Diario El Telégrafo del día viernes 28 de abril del 2006. Publicado virtualmente por el Instituto Ecuatoriano de Economía Política. Publicado virtualmente por el Instituto Ecuatoriano de Economía Política, http://www.ieep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=170&catid=40:economisa-y-derecho&Itemid=101

Recordemos que el ERJAFE³⁷ nace como resultado de las atribuciones otorgadas al Presidente de la República por la Ley de Modernización del Estado³⁸ para que mediante Decreto Ejecutivo reglamente "la organización y procedimientos"³⁹ de la Función Ejecutiva, hacemos esta referencia porque, a pesar del tiempo transcurrido desde su expedición, aún se discute la jerarquía que se da al ERJAFE. Para Jorge Zavala Egas "es un decreto con rango de ley o decreto-ley delegada"⁴⁰, de igual rango jerárquico que la ley; podríamos pensar que es una ley orgánica porque regula "la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución"⁴¹, siendo ese el caso de la Función Ejecutiva, pero el ERJAFE nunca constó entre las leyes elevadas al rango de ley orgánica⁴², es decir no tiene esa condición; con base en esta última consideración, a criterio de Patricio Secaira Durango, "este cuerpo normativo es inconstitucional ya que la misma Constitución asigna a los estatutos una jerarquía inferior a la ley"⁴³. En la práctica administrativa el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, es considerado un reglamento.

1.6. Características del Silencio Administrativo Positivo en el Ecuador.

La Positiva Ficta tiene como notas características las que a continuación se describen:

- En primer lugar, en nuestro país el silencio administrativo sólo es susceptible de producirse frente a peticiones o recursos presentados ante autoridades públicas, tal como lo dice la primera frase del artículo 28 de la Ley de Modernización "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública...".

³⁷ Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002

³⁸ Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993

³⁹ Artículo 40 de la Ley de Modernización.

⁴⁰ Jorge Zavala Egas, EL ESTATUTO DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD, Junio 1995, Quito, página 78.

⁴¹ Numeral 1 del artículo 133 de la Constitución de la República.

⁴² Resolución 22-058 del Congreso Nacional, publicada en el registro Oficial número 280 del 8 de marzo de 2001.

⁴³ Patricio Secaira Durango, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, primera edición, Editorial Universitaria, Ecuador, 2004, páginas 76-77.

- En segundo lugar, el silencio administrativo produce un efecto generador de un acto administrativo ficto de naturaleza positiva, que se origina jurídicamente cuando la administración no responde o emite su resolución dentro del período de tiempo previamente determinado.

Siguiendo con el contenido del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada cuando se dice que el petitorio “...deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días...”, entendemos que “...si una norma consagraba un plazo especial o distinto, ese plazo especial o distinto prevalecería sobre los quince días previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización”⁴⁴.

Aún conociendo que, conforme al artículo 2 del ERFAJE, su ámbito de aplicación es principalmente (Art. 2) la Función Ejecutiva, en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en su artículo 115, dice su numeral 3 literal “b” que “Los plazos previstos en el numeral anterior se contarán: [...] b. En los iniciados a solicitud o petición del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento.”

Más adelante señala también, en el numeral 5, en qué casos se podrá suspender el plazo máximo legal previsto para resolver un procedimiento, al indicar en el literal “a” que:

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

En el literal “b” prevé que:

“Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 30 días; [...]”

⁴⁴ Joffre Campaña Mora, *SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. Óp. cit.*

Y, en el literal “c” indica que cuando:

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

- Existe una tercera característica que se refiere a la necesidad de la notificación al ciudadano con la resolución de la administración, es decir no basta con que la autoridad resuelva, es indispensable que informe de su contenido al interesado, ya que el plazo es computable desde el ingreso de la solicitud hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución adoptada⁴⁵.

Es así que aun cuando exista una respuesta se entenderá como inexistente si esta no es notificada dentro del plazo al peticionario. Claro está que la notificación es posible siempre y cuando el interesado haya hecho constar la dirección para que estas procedan, tal y como lo dice la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada en el artículo 29.

A modo de ejemplo puede citarse, una vez más, al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, instrumento que hace una amplia descripción sobre el cómo debe practicarse la notificación para que no sea vulnerado el derecho del peticionario. Dice el artículo 127 del ERJAFE:

“Art. 127.- Práctica de la notificación. 1. Las notificaciones se practicarán por *cualquier medio que permita tener constancia de la recepción* por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente. 2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación *se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud*. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación inicial se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. 3. Para que la notificación se practique utilizando *medios telemáticos se requerirá que el interesado*

⁴⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 604.

haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días plazo sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. 4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento. 5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en un diario de amplia circulación nacional. En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente. La Administración Pública Central podrá establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores [...]". (La cursiva es mía)

No sería de extrañar que, alguna autoridad de las no señaladas en el artículo 2 del ERJAFE, gobiernos parroquiales, municipales y/o provinciales, a través del mecanismo jurídico pertinente válido, pudiese prever o disponer que en las peticiones presentadas ante ella, en lo relacionado con la notificación se observare el texto del precitado artículo 127.

1.7. Requisitos para que el Silencio Administrativo Positivo opere según nuestra legislación.

Para que se produzca el Silencio Administrativo con efecto Positivo ha de partirse de los siguientes supuestos:

1. Que el interesado formule una petición en forma tal que imponga a la administración el deber legal de pronunciarse⁴⁶.

⁴⁶ Gustavo Penagos, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 114.

El concepto inicial a considerarse es ¿quién es el interesado? Partamos primero de lo que dice el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, en el que se reconoce y garantiza a las personas “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”. Este precepto nos permite inferir que puede ser una o varias personas, identificadas individualmente, porque el “dirigir peticiones a nombre del pueblo” no permite la identificación, es una generalidad que no está permitida.

Considerándolo solo como referencial para los órganos públicos que no pertenecen a la Función Ejecutiva, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERFAJE, en su artículo 107, subsanó ese vacío diciendo:

“Art. 107.- Concepto de interesado. 1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, el titular deberá demostrar tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho; b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y, c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones debidamente constituidas, representativas de intereses gremiales, económicos o sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos de la ley que se los reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, designarán mandatario común.”.

Su claridad no requiere ni amerita más comentarios al respecto.

- Para los trámites ante los entes señalados en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, las peticiones o quejas que se dirijan ante cualquier autoridad deberán ser por escrito, porque, aún cuando no está estipulado en ninguna norma, se infiere de la consideración que hace tal instrumento, al referirse a desde cuándo se contarán los plazos en los procesos iniciados a solicitud del interesado, cuando en el literal “b” numeral 3 del artículo 115 dice: “[...] desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento.”. Una petición realizada en forma verbal no puede ser registrada como ingresada en la administración.

Solo la forma escrita admite constreñir los términos, alcances y extremos de la petición formulada, al mismo tiempo que da a las partes certeza y seguridad jurídica⁴⁷.

▪ Ahora sobre el idioma en el que debería ser redactada la petición o queja, se presentan dudas: si esta debe ser escrita en castellano puesto que éste es el idioma oficial del Ecuador, conforme lo prescribe el segundo inciso del artículo 2 de la Constitución de la República, o si se permitiría el uso de idiomas ancestrales en la redacción de las peticiones, tomado en cuenta la consideración constitucional del mismo artículo 2 de que el “[...]kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural” o aquella que dice que “los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley[...]”.

El artículo 76, numeral 7, literal “f” de la Constitución de la República, cuando dice “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: [...] f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento[...]”, no nos da claridad sobre este tema porque hace referencia al derecho a la defensa y no al derecho de petición, es decir que la persona es demandada dentro de una causa y en el caso que nos ocupa es la actora, dentro de la etapa de sustanciación que es cuando el proceso está en curso que ocurre luego de la calificación de la autoridad de que la petición cumplía con los requisitos de ley.

▪ En cuanto al contenido de la petición o queja cabría remitirse a los numerales 1 y 2 del artículo 137 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERFAJE que lo detalla en los siguientes términos:

“Art. 137.- Solicitudes de iniciación. 1. Las solicitudes que se formulen deberán contener: a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones; b) Hechos, razones, fundamentos de derecho y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud; c) Lugar y fecha de la solicitud; d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; y, e) Órgano de la administración o unidad administrativa a la que se dirige. 2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en

⁴⁷ Cienfuegos Salgado, David, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO. *Óp. cit.*, página 105.

una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa [...]”.

No está demás tener en consideración el Código de Procedimiento Civil, en aquello que sea aplicable, cuando en su artículo 67 trata de la demanda dice:

“Art. 67.- La demanda debe ser clara y contendrá: 1. La designación del juez ante quien se la propone; 2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado; 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige; 5. La determinación de la cuantía; 6. La especificación del trámite que debe darse a la causa; 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y, 8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.”.

- El escrito deberá presentarse al menos por duplicado, para que acuse recibido la institución pública frente a la que se presentó, ya que este documento será de utilidad para el interesado como constancia de la fecha de presentación constituyéndose en una prueba de que efectivamente se presentó.

2. Que el funcionario público ante quien se interpone sea el competente.

- En nuestra legislación está previsto que se pueda elevar peticiones ante cualquier órgano público, pero en ningún caso tendrá garantizada la respuesta si la direcciona a entidades de carácter privado, ni aún si son vulnerados derechos humanos, en tal caso se deberá seguir la vía judicial⁴⁸.

- Ya que el Estado tiene como principal objetivo la consecución del interés público, la administración ha desplegado su campo de acción en un sinnúmero de funciones, viéndose en la necesidad de que se distribuya la titularidad de esas funciones entre los órganos que se han creado, atribuyéndole esas funciones a un ente público con preferencia de los demás y obligando a que se delimite el campo de actuación de cada órgano. Es así que la petición o queja ha de ser dirigida ante una autoridad a la que la Constitución de la

⁴⁸ Cienfuegos Salgado, David, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO. *Óp. cit.*, página 121.

República o la ley “[...] le han entregado derechos para que pueda expresar la voluntad pública relativa al caso puesto en su conocimiento.”⁴⁹.

Remitiéndonos al artículo 1 Código de Procedimiento Civil diremos que la competencia judicial “[...]es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.”

La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo y “[...]se mide en razón de: a) La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados; b) El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y, c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.”⁵⁰

Solo el ordenamiento jurídico de forma expresa distribuye la competencia⁵¹. Los órganos administrativos pueden resolver sobre un determinado asunto cuando la ley le ha dado potestad sobre el mismo, al prever los asuntos que son de su conocimiento o cuando lo delimita a determinados asuntos.

▪ La incompetencia no puede ser alegada para evitar dar contestación a la petición elevada, la obligación de responder subsiste aun cuando sea para darle a conocer al particular su incapacidad legal para proveer. Pero si esto no sucede, es decir, si el funcionario no responde dentro del plazo y la competencia de tal asunto no está radicada en ese órgano de la administración pública no “...operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto.”, tal como lo dice el artículo 87 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE

3. Que la petición o recurso cumpla con los demás requisitos previstos en la ley.

⁴⁹ Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 215.

⁵⁰ Artículo 84 al 87 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE.

⁵¹ Rafael Entrena Cuesta, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, volumen I/2, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, página 68 a 73.

Aún cuando parezca que la cantidad de requisitos que debe cumplir una petición es excesivo, y que más bien el derecho de petición de los ciudadanos debería ser más bien sencillo y flexible, adaptándose a la cotidianeidad de la población, el ciudadano solicitante, al presentarla, debe desde un inicio considerar la posibilidad de que esta no sea respondida, y como consecuencia sea aceptada por Silencio Administrativo, en cuyo caso debe cumplir también con las características que le corresponden como acto administrativo, es decir:

- Que el solicitante, reclamante o recurrente tenga legitimación activa del derecho reclamado, el derecho debe tener una vinculación directa e individual con el administrado; y que esos derechos no involucren ni afecten derechos que puedan pertenecer a otras personas⁵².
- El objeto materia de la petición debe ser un hecho posible, lícito, susceptible de ejecución, conforme a la moral pública y que no constituya delito, de conformidad con el literal “b” del artículo 94 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE,
- La petición debe adecuarse “manifiestamente” a la norma legal que se cita como sustento, tal como lo estipula el literal “c” del artículo 94 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE,
- Los actos no deben tener por objeto la satisfacción ilegítima de un interés particular,
- La petición debe estar motivada en disposiciones legales vigentes o principios jurídicos y debe incluir una explicación de la pertinencia de su aplicación y una relación coherente entre las disposiciones legales con los antecedentes de hecho anotados. Se debe considerar la garantía constitucional básica del debido proceso que consta en la Constitución de la República en el Art. 76, numeral 7, literal l que dice:

“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

⁵² Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, páginas 215 a 219.

siguientes garantías: [...] 1. 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.”.

No se debe dejar de tomar en cuenta preceptos ya mencionados como el del artículo 94 de la ERJAFE, así como el Artículo 122 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE que dice:

“Art. 122.- Motivación. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. 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. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”.

4. Que el derecho que se pretende ser reconocido sea verdadero y tenga un antecedente válido, además no haya caducado por el transcurso del tiempo. “No será entonces, a través de una petición extemporánea y de la falta de respuesta de la administración que ese derecho, fenecido por el ministerio de la ley quede restituido; pues claro está, que solamente la ley tiene al fuerza jurídica suficiente para restablecer un derecho extinto. Ni la administración ni los jueces pueden crear derechos o hacerlos renacer.”⁵³

5. Prueba de la aceptación tácita.

A criterio de José Meythaler “parecería ser que el legislador consideró que la falencia de la aceptación tácita como institución jurídica radicaba en la forma de demostrar su existencia [...]”⁵⁴. Si tomamos en cuenta el Artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada que dice que 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

⁵³ Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, páginas 215.

⁵⁴ José Meythaler, LA EVOLUCIÓN DEL EFECTO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA AUTORIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. *Óp. cit.*, página 140.

favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.”, se entendería que como única opción debemos solicitar al funcionario público que nos certifique que ha transcurrido, sin pronunciamiento, el término legal, lo que es poco probable que suceda. El empleado público enfrentaría una delicada disyuntiva: entregar la certificación y aceptar la sanción por la inacción, o ser destituido por no entregarlo.

Como la falta del certificado “incidirá en la posibilidad de recurrir judicialmente para que se ejecute ese derecho” se debe considerar diferentes formas de probar el vencimiento del término sin respuesta, no solo con la emisión de la certificación por parte de la administración. Otras posibilidades serían:

- El reconocimiento de la aceptación tácita de parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en una acción de conocimiento, previo a iniciar la acción de ejecución.
- Interponer un recurso constitucional de hábeas data para que se otorgue el certificado, amparándose en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El artículo 92 de la Constitución, dice:

“Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”

- Solicitar una constancia notarial del expediente administrativo que permita comprobar la presentación de la petición y que esta no ha sido respondido o notificado oportunamente, produciéndose el silencio administrativo positivo, ya que el notario, conforme al artículo

296 del Código Orgánico de la Función Judicial, tienen la atribución de “dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia”.

▪ Requerir una exhibición judicial para que pueda justificarse la ocurrencia del silencio, basándose en el Código de Procedimiento Civil, artículo 64, numeral 2, y en el artículo 242, que rezan:

“Art. 64.- Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:

1. Confesión judicial;
2. *Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;*
3. Exhibición y reconocimiento de documentos;
4. Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y,
5. Inspección judicial. (La cursiva es mía)

“Art. 242.- Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia.”

“Para que pueda justificarse la ocurrencia del silencio, en los dos últimos casos” pues a través del segundo, “esto es del habeas data, será factible la orden judicial para se que otorgue el certificado”⁵⁵

⁵⁵ Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 226.

Capítulo II

LA JURISPRUDENCIA

COMO FUENTE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EN EL MARCO LEGAL ECUATORIANO

El Derecho se alimenta y enriquece con la ayuda de diferentes fuentes, unas con un predominio e importancia indiscutibles y otras consideradas solo de manera subsidiaria o ejemplificativa.

Esas influencias las consideraremos en referencia con el Derecho Administrativo, es decir con aquella “parte del ordenamiento jurídico, que regula la Administración Pública, su organización y sus servicios, así como sus relaciones con los ciudadanos”⁵⁶, enfocándonos especialmente en la Jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo. El aporte de la presente exploración girará en torno al peso de la jurisprudencia dentro de una área específica del Derecho Administrativo, esto es el Silencio Administrativo y el acto presunto generado por él. El tema que se desarrolla en este capítulo es un mecanismo para entender mejor el objeto de la investigación principal.

2.1. Fuentes del Derecho Administrativo. Generalidades.

En términos generales decimos que los “hechos que dan origen a una cosa, son las fuentes de las que se extraen las motivaciones que la generan”⁵⁷. Descrito en palabras de Guillermo Cabanellas, Fuente del Derecho es aquel “principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial del Derecho positivo o vigente en determinado país y época.”⁵⁸ Como aporte personal Manuel Posso Zumárraga dice que las Fuentes del

⁵⁶ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Español, Vigésima segunda edición, España, 2001 tomo 4, página 508.

⁵⁷ Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 61.

⁵⁸ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, décimo sexta edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981, Tomo IV, página 118.

Derecho son “respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social, política y económica de un pueblo determinado [...]”⁵⁹

Entonces diremos que el fundamento primigenio que ha permitido que el Derecho Administrativo se constituya en un hecho social y jurídico concreto es la existencia misma de la sociedad, como un ente complejo y organizado, ya que esta, de forma deliberada o espontánea, fija las pautas, principios y valoraciones que darán forma a las normas que permitirán su desarrollo. Posteriormente esa misma sociedad, así formada, instaura, conciente o inconcientemente, los diversos mecanismos o fuentes que generan o desarrollan su Derecho Administrativo.

2.1.1. Clases de Fuentes del Derecho Administrativo.

Los tratadistas han hecho innumerables catalogaciones de las Fuentes del Derecho, pero creemos que la que adopta Manuel Posso Zumárraga es de las más claras y conocidas, por eso y con esa base decimos que las Fuentes del Derecho Administrativo se clasifican en:

- Fuentes Positivas o Primarias, y
- Fuentes Racionales o Secundarias.

2.1.1.1. Fuentes Positivas o Primarias.

La norma jurídica es la principal y más importante de las Fuentes del Derecho Administrativo, y esto “responde a una serie de elementos de todo tipo y a un momento histórico determinado. La ley se consagra, en los países europeos continentales, como la

⁵⁹ Manuel Posso Zumarraga, FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, publicado: 24 de Noviembre de 2005 08H32, última actualización: 4 de Abril de 2008 09H43, generado: 25 de septiembre de 2012. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2369:las-fuentes-del-derecho-administrativo-y-el-ordenamiento-juridico-vigente&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

principal fuente, en los siglos XVIII y XIX en el marco de los movimientos sociales que tienen a la Revolución Francesa de 1789 como su momento más importante.”⁶⁰

Las Fuentes Positivas o Primarias la constituyen las normas escritas del ordenamiento jurídico vigente que han sido sancionadas mediante acto de autoridad competente, y que están ordenadas según ciertos niveles de jerarquía. Esta jerarquización habitualmente se basa en la pirámide kelseniana, pero según Carlos Santiago Nino también puede depender de lo que “dispongan las propias normas del sistema”⁶¹.

Nuestra legislación fija explícitamente el orden jerárquico de las normas. Así el artículo 425 de la actual Constitución Política de la República claramente prescribe que:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados” (La cursiva es mía).

Con esa base diremos entonces que las normas de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, ordenadas jerárquicamente, son las siguientes:

- La Constitución Política del Estado,
- Los Tratados y Convenios Internacionales,
- Las Leyes (Orgánicas y Ordinarias),
- Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distritales,
- Los Decretos y los Reglamentos,
- Las Ordenanzas,
- Los Acuerdos y las Resoluciones,
- Las Instrucciones y las Circulares, y
- Los Manuales Administrativos

⁶⁰ Juan Morales O., JURISPRUDENCIA, artículo diario El Tiempo, publicado 28 de diciembre de 2008, generado 3 de octubre de 2012, 16h12. <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/582-jurisprudencia/>

⁶¹ Carlos Santiago Nino, INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984, página 154.

2.1.1.1.1. Constitución de la República del Ecuador.

Está en el sitio más alto de la jerarquía legal, y es el instrumento jurídico en el cual la sociedad, a través de sus representantes, fija sus objetivos, los mecanismos para hacerlos viables, determina y/o reconoce los derechos y garantías ciudadanas, y crea sus órganos de administración, sus atribuciones y límites.

Desde la Constitución de 1845 está fijada la supremacía constitucional sobre las demás normas del ordenamiento jurídico interno, considerándose además que cualquier otra norma de nivel inferior está obligada a guardar coherencia y no oponerse a ella, porque de hacerlo no tendrán validez legal. Cualquier derecho reconocido por la Constitución deberá ser cumplido y aplicado de forma inmediata, tanto es así que los jueces tienen la obligación de aplicar sus disposiciones incluso cuando no sea invocada.

La Constitución de la República del Ecuador, en vigencia, en su artículo 424 señala que:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (La cursiva es mía)

Y luego en su artículo 426 indica que:

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, *aunque las partes no las invoquen expresamente*.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de *inmediato cumplimiento y aplicación*. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” (La cursiva es mía)

La enmienda o reforma a la Constitución será posible solo si Corella no se altera su estructura fundamental o no suponga restricción de los derechos y garantías constitucionales, tal y como lo prescriben los artículos 441 y 442 de la Constitución de la República.

La Carta Fundamental del Estado proviene del poder constituyente o asamblea constituyente, es decir que para la emisión, expedición o creación de una nueva constitución, éste es el único órgano con capacidad para hacerlo, el mismo que, en nuestro país, para constituirse, conformarse o “instalarse”, debe ser convocado mediante consulta popular. Hecho esto y elaborada la nueva constitución, ésta será aprobada por la ciudadanía mediante referéndum. La existencia de este Poder Constituyente está prevista en el artículo 444 de la Constitución de la República que prevé que:

“Art. 444.- La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.”

Obviamente la Constitución, como ley suprema del Estado, debe ser acatada por las autoridades y servidores públicos, así como cualquier norma administrativa que se dicte debe guardar conformidad con ella. En palabras de Hernán Jaramillo Ordóñez la constitución es “[...] la fuente jurídica más relevante y trascendental perteneciente al área del Derecho público que regula la conducta y el comportamiento de los gobernantes y gobernados.”⁶²

⁶² Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, cuarta edición, editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la universidad Nacional de Loja, 1999, página 27.

2.1.1.1.2. Los Tratados y Convenios Internacionales.

Guillermo Cabanellas afirma que son tratados internacionales “todo acuerdo entre los representantes de dos o más Estados, acerca de una cuestión política (militar, territorial, de nacionalidad), económica (comercial, fiscal, aduanera, de préstamos o cambios y similares), de cortesía diplomática (los tratados de amistad y buena relación), cultural u otra de interés general para una de las partes o para todas ellas; entro de un plano de igualdad (como en los tratados de potencia a potencia) o con evidente coacción (como en los tratados de paz).”⁶³

Los tratados y convenios internacionales están en el nivel jerárquico inmediatamente inferior al de la Constitución, son infra constitucionales, y en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 426 de la Constitución de la República tienen mayor importancia, supra constitucionales, porque se conmina a los jueces, autoridades y funcionarios a aplicarlos por sobre ella, aunque no se las invoque, cuando estos reconozcan derechos que “sean mas favorables” a los ciudadanos, especialmete cuando se trata de derechos humanos.

Los tratados y convenios internacionales son fuentes del derecho administrativo en tanto en cuanto emanen de ellos normas administrativas, lo que es muy raro que se dé, y “en la medida en que contengan normas jurídico-administrativas, se convertirán en fuente directa y primaria de la rama del Derecho que estamos estudiando”⁶⁴, conforme lo indica Rafael Entrena Cuesta, en su “Curso de derecho Administrativo”.

2.1.1.1.3. Las Leyes.

⁶³ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo VIII, página 200.

⁶⁴ Rafael Entrena Cuesta, CURSO DE DERECHO ADMININSTRATIVO. *Óp. cit* página 139.

El concepto o definición de “Ley” está incluido en el artículo 1 del Código Civil, el mismo que es completamente claro y explícito:

“Art. 1.- (Definición de ley).- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.”

La Constitución de la República en su artículo 132 considera que es necesaria la expedición de una ley cuando sea preciso:

“Art. 132.- [...]”

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”

La Ley surge del poder legislativo, el mismo que tiene como atribución su aprobación conforme al trámite expresamente previsto en la Constitución. Sin embargo, la iniciativa de presentar proyectos de ley la tienen también otros entes, tal como lo prevé el artículo 134 de la Constitución de la República que nos señala que la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde a las asambleístas y los asambleístas; a quien ejerce la Presidencia de la República; a las demás funciones del Estado, en los ámbitos de su competencia; a la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones; y, a las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos así como a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional, contemplándose también que quienes presenten proyectos de ley, de acuerdo con estas disposiciones, podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.

El principio general de vigencia de la ley establecido en el artículo 13 del Código Civil que hace referencia a dos puntos importantes: la territorialidad y el conocimiento de la ley.

Dicha norma textualmente señala que *“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna.”*

La ley ecuatoriana tiene un efecto territorial, y con ello se incluye todas las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir que es aplicable y tiene vigencia solo dentro del territorio de la República del Ecuador.

La ley se presume conocida por todos habitantes, sean estos ecuatorianos o extranjeros. Esta es una presunción legal que no admite prueba en contrario, y se da por una necesidad de seguridad jurídica y por una necesidad social, *“ya que lo que se pretende es mantener el orden, la paz y la seguridad de las personas. De no existir esta norma daría lugar al caos e incertidumbre”*⁶⁵, como lo indica el autor Hernán Jaramillo Ordóñez.

Es por ello que para dar a conocer de la existencia de una ley, fijar la fecha de su promulgación, marcar el inicio de su vigencia y por ende el comienzo de su obligatoriedad, se ha previsto del mecanismo de publicación a través del Registro Oficial, tal como se prevé estipula en el último inciso del artículo 137, en el cuarto inciso del artículo 138, en el segundo inciso del artículo 139 y en el tercer inciso del artículo 140 de la Constitución de la República en vigencia, y en los artículo 5 y 6 del Código Civil, estos últimos que transcribimos por su importancia:

“Art. 5.- La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.

La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro.

La promulgación de las leyes, decretos y acuerdos relacionados con la defensa militar nacional del país, que fueren considerados como secretos, se hará en el Registro Oficial, en los talleres gráficos del Ministerio de Defensa Nacional, en una edición especial de numeración exclusiva, en el número que determine el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

La promulgación de las leyes, decretos y acuerdos relacionados con la Policía Nacional y que fueron considerados como secretos, se hará en los Talleres Gráficos nacionales adscritos, al Ministerio de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades, en una edición especial del Registro Oficial, de numeración exclusiva, por orden del señor Ministro de Gobierno y a pedido del Consejo Superior de la Policía Nacional, en el número de ejemplares que dicho Organismo estime conveniente.

⁶⁵ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 32.

La responsabilidad legal, inclusive la militar, por la edición, reparto, tenencia y conservación de los ejemplares del Registro Oficial publicados conforme al inciso anterior, corresponde al Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.”

“Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y *se entenderá conocida de todos desde entonces*. Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.” (La cursiva es mía)

Recordemos que el Registro Oficial tiene la atribución y la obligación de publicar las leyes expedidas por la Asamblea Nacional y sancionadas por el Presidente; las aprobadas por el ministerio de la ley, decretos, acuerdos, o resoluciones aprobadas por la Asamblea; los actos normativos, reglamentos orgánicos funcionales o aquellos que deben ser conocidos por la ciudadanía debido a su importancia o por orden legal, las sentencias de Casación; y, las resoluciones del Pleno y de las salas de la Corte Constitucional, conforme lo establece el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, que, en su artículo 215 señala que:

“Art. 215.- Competencia.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, el Registro Oficial tiene como atribución principal la de publicar:

- a) Las leyes expedidas por el Congreso Nacional y sancionadas por el Presidente de la República o aquellas que se aprueben por el ministerio de la ley, así como los decretos, acuerdos o resoluciones aprobados por el Congreso Nacional; no se publicarán en el Registro Oficial aquellas disposiciones formalmente denominadas leyes que no hubieren sido sancionadas por el Presidente de la República o deban entrar en vigor por el ministerio de la ley;
- b) Los actos normativos expedido por los órganos y entidades de las funciones Legislativa, Ejecutiva o Judicial, el Tribunal Supremo Electoral, incluyendo los respectivos reglamentos orgánicos - funcionales o aquellos que sin tener la calidad reglamentaria deben ser conocidos por la nación entera en virtud de su importancia política o por mandato expreso de una ley; y,
- c) Las sentencias expedidas con ocasión de los recursos de casación por la Corte Suprema de Justicia y las resoluciones del Pleno y salas del Tribunal Constitucional que versen sobre los casos contemplados en el artículo 276 de la Constitución Política de la República.”

Desde tiempo atrás se acostumbra a incluir como frase de cajón, al final de una nueva ley, que “entrará en vigencia desde la publicación en el Registro Oficial”, pero últimamente ha existido normas en las que se indica que “entrará en vigencia desde la fecha de su emisión, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial”, sucediendo a veces que no llega a publicarse, hecho que sería inconstitucional, tal como ya lo hemos visto.

Por otra parte, con la Constitución de 1998 aparece en nuestro país la distinción entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, las que se diferencian por su contenido y por el trámite diferenciado que se le da a cada una dentro del órgano legislativo.

En cuanto al contenido, la Constitución en su artículo 133 determina que serán leyes orgánicas:

“Art. 133.- [...] Serán leyes orgánicas:

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

Y serán leyes ordinarias todas las demás que no se encuentren entre las enumeradas, las cuales, de conformidad con lo previsto en el último inciso del indicado artículo, “[...] *no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.*”

El año 2001, mediante Resolución 22-058 del Congreso Nacional, publicada en el registro Oficial número 280 del 8 de marzo de 2001 se determinó que algunas leyes expedidas con anterioridad a tal fecha “tendrán la jerarquía y calidad de orgánicas”. En la actualidad, todo proyecto de ley que se determina debe tener este carácter de orgánico, ingresa, desde el momento de su presentación, para su tratamiento en la Asamblea Nacional, como tal.

En cuanto al trámite, la diferencia entre el procedimiento o mecanismo de aprobación entre una ley orgánica y una ley ordinaria radica en el número de votos de los miembros de la Asamblea Nacional que se requieren para la aprobación, expedición, reforma, derogación e interpretación de cada una. Las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de votos de los integrantes del Pleno de la Asamblea, tal y como prevé el inciso segundo del artículo 133 de la Constitución. Las leyes ordinarias requerirán mayoría simple de los votos de los integrantes de la Asamblea. Será mayoría absoluta cuando se cuente con el voto favorable de la mitad más uno de todos los miembros de la Asamblea nacional, y la mayoría será simple cuando la iniciativa cuente con la mitad más uno de los votos favorables de los y las asambleístas presentes, tal y como consta en el segundo inciso del artículo 8 de la ley Orgánica de la Función Legislativa.

“Art. 8.-[...]Se entenderá por mayoría simple el voto favorable de la mitad más uno de las y los asambleístas presentes en la sesión del Pleno; y, por mayoría absoluta, el voto favorable de la mitad más uno de las y los miembros de la Asamblea Nacional.”

La Constitución de la República en el inciso final del artículo 133 establece una jerarquización entre leyes ordinarias y leyes orgánicas y, como ya lo señaláramos, expresamente prescribe que las leyes ordinarias “[...]no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica”, es decir que estas, las leyes orgánicas, son jerárquicamente superiores a aquellas.

Las leyes en general, sean estas orgánica u ordinarias, son fuente del Derecho Administrativo, cuando estas se constituyan en leyes administrativas, es decir en “[...]aquellas normas, reglas y principios jurídicos subordinados a la Constitución política, que regulan la organización, dirección y el control de los servicios públicos, el régimen de personal o recursos humanos; los actos, simples actos, los hechos, los contratos, la competencia, la responsabilidad, las remuneraciones, los bienes del sector público, el presupuesto, etc.”⁶⁶

2.1.1.1.4. Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distritales.

“El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado regional mediante la expedición de Normas Regionales dentro de su circunscripción territorial” es competencia exclusiva de los Gobiernos Regionales Autónomos y del Consejo Regional, que es el ente que se encarga de su administración, conforme a lo expuesto en el literal a) del artículo 34 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, y al último inciso del artículo 262 de la Constitución de la República, que a su vez prevé que:

“Art. 262.- Los gobiernos regionales autónomos tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias: [...]

En el ámbito de estas competencias exclusivas y en el uso de sus facultades, expedirá normas regionales.” (La cursiva es mía)

⁶⁶ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 30.

Tal como lo prescriben el literal b) del artículo 35 y el literal d) del artículo 37 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, de acuerdo a las materias que son de competencia del gobierno autónomo descentralizado regional, pueden presentar al consejo regional proyectos de normas regionales:

- Los consejeros o consejeras regionales,
- El gobernador o gobernadora regional, y
- La ciudadanía.

La expedición de las Ordenanzas Distritales es efectuada por los gobiernos autónomos descentralizados de los distritos metropolitanos, conforme a lo expuesto en el artículo 266 de la Constitución de la República, que dice:

“Art. 266.- Los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos ejercerán las competencias que corresponden a los gobiernos cantonales y todas las que sean aplicables de los gobiernos provinciales y regionales, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias.

En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas distritales.” (La cursiva es mía)

La presentación de proyectos de ordenanzas distritales, en el ámbito de competencia del gobierno del distrito metropolitano autónomo, conforme al literal b) del artículo 88 y al literal d) del artículo 90 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, es atribución de los Concejales o Concejales Metropolitanas; del alcalde o la alcaldesa metropolitano(a); y de la ciudadanía.

Aun cuando parecen repetitivos, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece la existencia de dos derechos sustanciales a sus conciudadanos: el derecho de participación ciudadana y el derecho de iniciativa normativa, en todos los niveles de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante la formulación de propuestas, la presentación de proyectos o la solicitud de derogatoria de normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales o cantonales, acuerdos y resoluciones parroquiales, así está previsto en los artículos 303 y 309 del antes mencionado cuerpo legal:

“Art. 303.- Derecho a la participación.- El derecho a la participación ciudadana se ejercerá en todos los niveles de los gobiernos autónomos descentralizados a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos de la circunscripción del gobierno autónomo descentralizado correspondiente, deben ser consultados frente a la adopción de medidas normativas o de gestión que puedan afectar sus derechos colectivos.

La ciudadanía tiene derecho a ejercer la democracia directa a través de la presentación de proyectos de normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales o cantonales, acuerdos y resoluciones parroquiales. También tienen derecho a ejercer el control social de los actos de los gobiernos autónomos descentralizados y a la revocatoria del mandato de sus autoridades en el marco de la Constitución y la Ley.” (La cursiva es mía)

“Art. 309.- Iniciativa normativa.- *Todos los ciudadanos gozan de iniciativa popular para formular propuestas de normas regionales, ordenanzas distritales, provinciales o cantonales, o resoluciones parroquiales así como su derogatoria de acuerdo con la Constitución y ley.*” (La cursiva es mía).

Legalmente, en el literal a) del artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se establece una Garantía de Autonomía a favor de todos los tipos de gobiernos autónomos descentralizados, sean estos regionales, metropolitanos, provinciales, distritales, cantonales, parroquiales, prohibiendo a todas las funciones del Estado, autoridades o funcionarios ajenos a esos gobiernos:

“Art. 6.- Garantía de autonomía.- [...]”

a) Derogar, reformar o suspender la ejecución de estatutos de autonomía: normas regionales; ordenanzas provinciales, distritales y municipales; reglamentos, acuerdos o resoluciones parroquiales rurales; expedidas por sus autoridades en el marco de la Constitución y leyes de la República; [...]”

Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distritales son por su naturaleza fuentes de Derecho Administrativo.

2.1.1.1.5. Los Decretos y los Reglamentos.

Según Guillermo Cabanellas Decreto es la “[...] resolución que el Poder Ejecutivo, con la firma del Jefe del Estado, dicta sobre materias en que no exista o sea obligatoria la forma de ley; pero siempre que, por su importancia o permanencia, rebase la esfera de las simples órdenes, circulares, instrucciones y otras disposiciones menores de la autoridad. Constituye así la expresión de la potestad reglamentaria del gobierno.”⁶⁷

⁶⁷ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo III, página 39.

Con los decretos el Presidente de la República expresa la voluntad de la Función Ejecutiva y ejerce las funciones constitucionales, siendo parte de sus atribuciones, tal y como lo establece el numeral 5 del artículo 147 de la Constitución de la República, que dice en la parte de nuestro interés:

“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: [...]

5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y *expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control [...]/...*” (La cursiva es mía)

De igual manera está establecido en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, como una de las atribuciones y deberes del Presidente de la República el tomar las decisiones que le correspondan mediante la emisión de Decretos, así en el literal f) del artículo 11, se dice:

“Art. 11.- ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.- El Presidente de la República tendrá las atribuciones y deberes que le señalan la Constitución Política de la República y la ley: [...]

f) *Adoptar sus decisiones de carácter general o específico, según corresponda, mediante decretos ejecutivos y acuerdos presidenciales; [...]*” (La cursiva es mía)

De esta manera y por medio de los decretos “[...]se pone en vigencia normas y disposiciones relacionadas con la economía, la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, la seguridad interna y externa o se hace conocer un reglamento o una ley, y se administra el país.”⁶⁸

Actualmente nuestra legislación prevé dos tipos de decretos:

- El Decreto propiamente dicho o también llamado Decreto Ejecutivo, que es el instrumento normativo ordinario promulgado por la función Ejecutiva, suscrito por el Presidente de la República y publicado en el Registro Oficial. Tradicionalmente el Estado de Emergencia Nacional ahora denominado Estado de Excepción gozaba de un tipo exclusivo y diferente de decreto, pero actualmente ello no ocurre porque aun cuando goza de un tratamiento especial su calidad es la común, tal como la contempla el artículo 164 de la Constitución de la República:

⁶⁸ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 32.

“Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o Interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. *El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.*” (La cursiva es mía)

- El Decreto-Ley es “el acto normativo de carácter general que emana de órganos públicos a los que no les está atribuida la potestad legislativa”⁶⁹. Es una delegación legislativa constitucional que se da cuando una norma calificada de urgente en materia económica no pudo ser tratada y aprobada como ley por la Asamblea Nacional, debido a que transcurrió el plazo máximo establecido en la Constitución para su aprobación o porque la Asamblea fue disuelta por el Presidente de la República, en cuyo caso se aprueba por el ministerio de la ley o por asumir legalmente el Presidente la atribución de legislador, publicándose luego en el Registro Oficial. “Posee jerarquía jurídica similar a la ley común. Por su forma obviamente es un decreto, pero por su contenido es un ley.”⁷⁰

Textualmente las normas constitucionales antes invocadas dicen lo siguiente:

“Art. 140.- La Presidenta o Presidente de la República podrá enviar a la Asamblea Nacional *proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica*. La Asamblea deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos dentro de un plazo máximo de *treinta días* a partir de su recepción.

El trámite para la presentación, discusión y aprobación de estos proyectos será el ordinario, excepto en cuanto a los plazos anteriormente establecidos. Mientras se discuta un proyecto calificado de urgente, la Presidenta o Presidente de la República no podrá enviar otro, salvo que se haya decretado el estado de excepción.

Cuando en el plazo señalado la Asamblea no apruebe, modifique o niegue el proyecto calificado de urgente en materia económica, la Presidenta o Presidente de la República lo promulgará como decreto-ley y ordenará su publicación en el Registro Oficial. La Asamblea Nacional podrá en cualquier tiempo modificarla o derogarla, con sujeción al trámite ordinario previsto en la Constitución.” (La cursiva es mía)

“Art. 148.- La Presidenta o Presidente de la República podrá *disolver la Asamblea Nacional* cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de

⁶⁹ Patricio Secaira Durango, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 73.

⁷⁰ *Ibidem.*

forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.

Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato.

En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos periodos.

Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo.” (La cursiva es mía)

Por otra parte diremos que el Reglamento es un instrumento jurídico que “contiene un conjunto de disposiciones destinadas a ordenar y ejecutar el cumplimiento de una ley. Los reglamentos nacen y se perfeccionan por la sola voluntad de los órganos públicos competentes; contienen normas jurídicas generales e impersonales; y producen efectos subjetivos individuales.”⁷¹ El reglamento está íntimamente ligado a la ley pero subordinado a ella, porque la desarrolla, aunque hay casos de reglamentos que se dictan sin tener una ley que les inspire, sino que se emiten al amparo de potestades constitucionales.

La potestad reglamentaria constitucionalmente es ejercida por el Presidente de la República, y excepcionalmente por otros entes de la administración pública conforme a la ley, que ejecutan funciones administrativas. La Constitución de la República en el numeral 13 del artículo 147, al fijar las atribuciones de deberes del Jefe de Estado, dice:

“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: [...]

13. Expedir los *reglamentos* necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlos ni alterarlos, así como los que convengan a la buena marcha de la administración [...].” (La cursiva es mía)

Para que otros entes puedan ejercer atribuciones reglamentarias es preciso que una norma expresamente así lo autorice, como cuando el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, dice que las Administraciones Públicas Central y las otras Instituciones de la Función Ejecutiva sometidas a ese estatuto ejercen actividad jurídica y manifiestan su voluntad a través de reglamentos, entre otros instrumentos de derecho, tal como lo afirma en el artículo 64:

⁷¹ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 33.

“Art. 64.- CATEGORIAS.- *Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.*” (La cursiva es mía)

Otro ejemplo de atribución reglamentaria se da cuando la Función Legislativa a través del Consejo de Administración Legislativa, CAL, expidió los reglamentos que se requerían para el ejercicio normal y organizado de la Asamblea Nacional, según la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de la función Legislativa:

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

[...]SEGUNDA.- En un plazo de tres meses luego de la vigencia de esta ley, el CAL, expedirá todos los reglamentos internos necesarios para el funcionamiento de la Asamblea Nacional [...] /...”

Los decretos y los reglamentos son de las más importantes fuentes del Derecho Administrativo, porque por medio de ellos se expresa la potestad legislativa de la administración.

2.1.1.1.6. Las Ordenanzas.

El Estado ha otorgado ciertas responsabilidades a los entes que lo integran, para asegurar la eficacia en su labor de administrar y gobernar, como la potestad de legislar para que formule normas de aplicación imperativa entre los administrados, como las ordenanzas.

Estas normas al ser jerárquicamente inferiores a la Constitución y las leyes de la República se encuentran subordinados a ellas.

Las ordenanzas son normas de carácter general y con fuerza de ley, que rigen sobre los vecinos de una circunscripción territorial, y que regulan la organización, administración o prestación de servicios básicos, el cobro de tributos y el cumplimiento de las funciones generales o específicas de los gobiernos regionales, gobiernos metropolitanos, los gobiernos municipalidades, los gobiernos provinciales, el gobierno autónomo

descentralizados del régimen especial de la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias.

La competencia de los gobiernos provinciales de expedir ordenanzas está expresamente prescrita en el inciso final del artículo 263 de la Constitución de la República, cuando dice que:

“Art. 263.- Los gobiernos provinciales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley: [...] En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, *expedirán ordenanzas provinciales.*” (La cursiva es mía)

De manera similar, en el último inciso del artículo 264 del mismo cuerpo legal se fija la potestad legisladora de los gobiernos municipales, al indicar que éstos:

“Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que determine la ley: [...] En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, *expedirán ordenanzas cantonales.*” (La cursiva es mía)

La facultad normativa, que incluye la de dictar ordenanzas, de los otros tipos de gobiernos autónomos descentralizados está reconocida en el artículo 7 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, cuando dice:

“Art. 7.- Facultad normativa.- Para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce a los consejos regionales y provinciales concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial.
El ejercicio de esta facultad se circunscribirá al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley.
Los gobiernos autónomos descentralizados del régimen especial de la provincia de Galápagos ejercerán la facultad normativa con las limitaciones que para el caso expida la ley correspondiente.
Las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias asumirán las capacidades normativas que correspondan al nivel de gobierno en las que se enmarquen sin perjuicio de aquellas que le otorga la Constitución y la ley.”

Conforme al literal a) del artículo 47 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, es atribución de los consejos provinciales expedir ordenanzas provinciales.

Los gobiernos autónomos descentralizados tienen entre otras competencias la de expedir ordenanzas⁷² cantonales o provinciales destinadas, entre otras, a:

- Crear, modificar, exonerar o suprimir tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras,
- Crear, modificar, exonerar o suprimir tasas, tarifas y contribuciones especiales por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad,
- Crear, modificar, exonerar o suprimir tasas, tarifas y contribuciones especiales por el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción,
- Crear, modificar, exonerar o suprimir tasas, tarifas y contribuciones especiales para la regulación y captación de las plusvalías,
- Efectuar consulta previa y vigilancia ciudadana previa a la regularización, autorización y la explotación de materiales áridos y pétreos,
- La remediación de los impactos ambientales, sociales y en la infraestructura vial, provocados por la actividad de explotación de áridos y pétreos,
- Regular la administración del talento humano y establecer planes de carrera aplicados a sus propias y particulares realidades locales y financieras,
- Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de los bienes públicos, las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas,
- Expedir los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial,

La presentación de proyectos de ordenanzas es atribución⁷³ de los consejeros o consejeras provinciales, el prefecto o prefecta provincial, los concejales o concejales cantonales, el alcalde o la alcaldesa cantonal, la junta parroquial mediante proposición al consejo cantonal, y de la ciudadanía.

El órgano de gobierno de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales o cantonales son los consejos provinciales o los concejos cantonales según sea del caso y estos son los encargados de aprobar las ordenanzas provinciales o cantonales.

⁷² Artículo 55 literal e), 57 literal a), 141 inciso cuarto, 186 inciso primero, 354, 360, 429, 430, 467, y 568 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD.

⁷³ Artículos 48 literal b), 50 literal d), 58 literal b), 60 literal d), 67 literal f), y 309 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD.

El Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, en sus artículos 322 y 324, ha previsto un procedimiento técnico de elaboración y aprobación de las ordenanzas, similar al previsto en la Constitución para la ley, que en resumen es el siguiente:

- La Iniciativa en la presentación del proyecto de ordenanza incluirá una sola materia a tratarse, la exposición de motivos, el articulado propuesto y el articulado que derogue o se reforme, si fuere del caso;
- La discusión del proyecto será objeto de dos debates a distinto día;
- La aprobación se hará con el voto de la mayoría de los miembros del consejo provincial o del concejo municipal, según corresponda;
- La sanción de la norma la deberá realizar el ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado en el plazo de ocho días;
- La promulgación y publicación de todas las normas aprobadas será dispuesta por el ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado, en su gaceta oficial y en el dominio Web de la institución. En el caso de tratarse de normas de carácter tributario, además, las remitirá para su publicación en el Registro Oficial.

Las ordenanzas también son una importante fuente del Derecho Administrativo, ya que expresan la potestad legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados en asuntos más domésticos y que tienen más relación con los administrados, pero siendo aún generales.

2.1.1.1.7. Los Acuerdos y las Resoluciones.

Los acuerdos y las resoluciones “son procedimientos que adoptan los funcionarios en uso de sus potestades jerárquicas sobre problemas administrativos, técnicos y burocráticos de carácter interno sin apartarse del marco reglamentario [...]”⁷⁴ La diferencia entre uno y otro radica en que se emplean los acuerdos en actos de carácter general, mientras que las resoluciones se expiden para solventar problemas específicos.

⁷⁴ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 37.

Están en capacidad de expedir los acuerdos y ordenanzas que se requieran para una adecuada gestión⁷⁵:

- Las ministras y ministros de Estado,
- Consejos regionales y provinciales, concejos metropolitanos y municipales, y
- Los gobiernos parroquiales rurales.

2.1.1.1.8. Las Instrucciones y las Circulares.

Guillermo Cabanellas dice que las instrucciones son un tipo de reglamento “concerniente a un servicio administrativo, tanto con disposiciones técnicas como de organización interna y de régimen burocrático [y] tienen por finalidad orientar a los subordinados a quienes se dirigen y proporcionarles las indicaciones precisas para que procedan en cualquier circunstancia en armonía con los propósitos del mando.”⁷⁶ Se utilizan como guías para la labor diaria y para regular y simplificar los procedimientos administrativos. Según Hernán Jaramillo Ordóñez “cuando el instructivo es dirigido a los funcionarios de un organismo del sector público adquiere el calificativo de circular”⁷⁷.

Al respecto de las instrucciones el artículo 103 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, dice:

“Art. 103.- Instrucciones y órdenes.

1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante actos de simple administración que consistirán en instrucciones u órdenes.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.” (La cursiva es mía).

2.1.1.1.9. Los Manuales Administrativos.

⁷⁵ Numeral 1 del artículo 154 y último inciso del artículo 267 el de la Constitución Política; y, el artículo 7 y el artículo 8 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD.

⁷⁶ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo IV, página 448.

⁷⁷ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 38.

En palabras de Jaramillo Ordóñez, los manuales administrativos “son documentos ordenados y sistematizados que contienen un glosario de términos que explican en forma sencilla y minuciosa la más importante de una organización; las principales responsabilidades de los funcionarios y las formas de ejecutar procedimientos en determinadas entidades del sector público.”⁷⁸

Las Instrucciones, las Circulares y los Manuales Administrativos son las surgen cotidianamente producto de la actividad administrativa de los entes de todos los niveles gobierno, y que por tener un carácter subalterno, jerárquicamente inferior a las antes mencionadas normas jurídicas, están subordinadas a ellas. Son una rica fuente de Derecho Administrativo.

2.1.1.2. Fuentes Racionales o Secundarias.

Las fuentes racionales son pensamientos, actuaciones y posiciones lógicas, inducidas, motivadas y coherentes que se utilizarán de plataforma imprescindible para la creación de la norma jurídica administrativa y del Derecho Administrativo.

Las fuentes racionales del Derecho Administrativo son:

- La Costumbre,
- La Doctrina Científica,
- Los Principios Generales del Derecho, y
- La Jurisprudencia.

2.1.1.2.1. La Costumbre.

Para la Real Academia Española costumbre es el “modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a

⁷⁸ Id., página 38 y 39.

adquirir fuerza de precepto.”⁷⁹ En términos legales, según Guillermo Cabanellas, diremos que la costumbre “no es otra cosa que normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso.”⁸⁰

Este reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad da siempre origen a cánones, sin embargo, como dice Carlos Santiago Nino, “no todas las normas consuetudinarias constituyen normas jurídicas, como ocurre con los usos sociales (por ejemplo, saludar de determinada manera), las modas (por ejemplo, usar falda corta), la moral consuetudinaria (por ejemplo, ciertas modalidades de trato sexual), que no son normas jurídicas.”⁸¹ Es así que las normas consuetudinarias se convertirán en norma jurídica solo cuando los órganos competentes la reconozcan como tal, pasando entonces a ser parte del sistema legal.

La costumbre es la génesis del Derecho por ser previa a toda ley escrita y por expresar normas brotadas ingenuamente y con el beneplácito o aceptación de la gente. Para nuestro Código Civil la costumbre no hace derecho por sí sola, requiriendo que la ley se refiera y se someta a ella expresamente, reconociendo la preeminencia de la ley. Es así que en su artículo 2 da valor jurídico a la costumbre al señalar que “*La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.*”

Sobre la Costumbre Mercantil, el Código de Comercio, se remite a ella expresamente, tanto que suple a la ley. Pero para que esto ocurra, esta costumbre mercantil debe cumplir ciertas características que la convierten en tal, así, el artículo 4 del Código de Comercio⁸² contempla que:

“Art. 4.- *Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.*” (La cursiva es mía).

⁷⁹ Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Óp. cit.*, tomo 4, página 457.

⁸⁰ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo II, página 402.

⁸¹ Carlos Santiago Nino, INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. *Óp. cit.*, página 151

⁸² Código de Comercio, codificación n° 000, publicada en el Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

Cabe mencionar que en nuestra legislación, en el marco del Código Orgánico de la Función Judicial, se hace referencia a “las costumbres” pero dentro del ámbito de la interculturalidad, conminando al servidor judicial a tener en cuenta y buscar el real sentido de las normas conforme a la cultura, derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales del participante. Es así que el artículo 24 y el literal a) del artículo 344 del antes mencionado cuerpo legal dicen:

“Art. 24.- PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD.- En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia *deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.*” (La cursiva es mía)

“Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- *Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural; [...]*” (La cursiva es mía)

El Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, considera la aplicación de “costumbres” pero “de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y este Código”, es decir que para el caso de las circunscripciones territoriales indígenas, afroamericana y montubias y los regímenes especiales de gobiernos autónomos descentralizados fija una jerarquización especial en el que la costumbre se aplicará como fuente de derecho e inspiración de las normas que el órgano legislativo del gobierno autónomo deberá desarrollar. A continuación transcribimos los artículos 93 y 98 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, que hemos mencionado:

“Art. 93.- Naturaleza de las Circunscripciones Territoriales de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Afroecuatorianas y Montubias.- Son regímenes especiales de gobierno autónomo descentralizado establecidos por libre determinación de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, en el marco de sus territorios ancestrales, respetando la organización político administrativa del Estado, que ejercerán las competencias del nivel de gobierno autónomo correspondiente. Se regirán por la Constitución, los instrumentos internacionales y por sus estatutos constitutivos, para el pleno ejercicio

de los derechos colectivos. Contarán con los recursos provenientes del presupuesto general del Estado que les correspondan.

En estos regímenes especiales, en el marco del respeto a los derechos colectivos e individuales, se aplicarán de manera particular los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, los usos y costumbres, así como los derechos colectivos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias que los habitan mayoritariamente, de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y este Código.” (La cursiva es mía)

“Art. 98.- Gobierno.- En las circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias que se conformen de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución y este Código, habrá un gobierno autónomo descentralizado que corresponderá al nivel provincial, cantonal o parroquial, según sea la circunscripción territorial en la que se hayan constituido. Dicho gobierno adoptará, para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus competencias, las medidas contempladas en la Constitución, los instrumentos internacionales vigentes y este Código. Además, *elaborará a través del órgano legislativo del gobierno autónomo descentralizado, las normas pertinentes según sus condiciones específicas, usos, costumbres y tradiciones.”* (La cursiva es mía)

Para Patricio Secaira Durango la costumbre “no constituye fuente del derecho administrativo; pues por su carácter de público y permisivo, solo tiene capacidad de nutrirse del derecho positivo para hacer viable su accionar.” Según Hernán Jaramillo Ordóñez “las costumbres administrativas son, a menudo, los precedentes que conducen al legislador a reglamentar formalmente un servicio o una institución...de allí que la costumbre se identifica con la “práctica administrativa”, tan decisiva para el obrar de la administración [...]”⁸³, coincidiendo con Secaira en que a la costumbre no se la puede considerar como fuente positiva de derecho administrativo, ni con la fuerza de los hechos consumados.

Es por ello que, los precedentes administrativos respaldados por la costumbre, pero que se han producido violando una norma o pese a su prohibición expresa, no tienen valor jurídico alguno.

Ello no implica que la costumbre esté incapacitada de actuar “como suplemento jurídico, en los casos de silencio administrativo de la ley o cuando se produce un vacío de ley”⁸⁴ tal y como lo sostiene Manuel Posso Zumárraga.

⁸³ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 40.

⁸⁴ Manuel Posso Zumarraga, FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE. *Óp. cit.*

2.1.1.2.2. La Doctrina Jurídica.

Según Guillermo Cabanellas, la doctrina es una “teoría sustentada por varios tratadistas respecto de importantes cuestiones de Derecho [...]”

Concebida de esa manera, la doctrina es una herramienta auxiliar de uso de jueces y juezas, que en ejercicio de sus funciones, requieran una ayuda para interpretar, comprender, integrar y delimitar el ámbito de aplicación de las normas, reglas y principios de nuestro ordenamiento legal y que tutelan el comportamiento de los ciudadanos, o para llevar el vacío provocado por la ausencia o insuficiencia de regla. Así esta prescrito en el inciso final del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que contempla que:

“Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- [...]”

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”

La doctrina jurídica interviene en la formación del Derecho Administrativo ya que los estudiosos del derecho, a partir de a observación de la realidad social, política y económica de los estados, generan “nuevos conceptos, nuevos criterios sobre los temas jurídicos basados en las necesidades sociales actuales o en las exigencias de la modernidad y del futuro”⁸⁵, sirviendo de “guía a los jueces y legisladores para crear o reformar las instituciones jurídicas y para la perfección del Derecho y la Justicia.”⁸⁶

A criterio de Juan Morales “es probable que en el futuro se potencie, desde la emergencia, de otras formas de mirar la regulación de las relaciones sociales, sobretodo, desde la influencia de la justicia indígena y de la nueva concepción del mundo que intenta superar al positivismo legalista por el paradigma de la complejidad y lo sistémico.”⁸⁷

⁸⁵ Patricio Secaira Durango, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 62.

⁸⁶ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 42.

⁸⁷ Juan Morales O., JURISPRUDENCIA. *Óp. cit.*

2.1.1.2.3. Los Principios Generales del Derecho.

Según Burón, los principios generales del derecho son “los dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento.”⁸⁸

Estos principios jurídicos servirán de plataforma para la creación de la norma jurídica administrativa, trocándose en fuente rotunda del derecho administrativo.

La Costumbre y la Doctrina Jurídica son fuentes secundarias del derecho administrativo que no están incorporadas a la legislación ecuatoriana, sino solo por excepción, porque carecen de valor obligatorio por si mismas, pero que influyen en el régimen jurídico de la administración, ya que tienen una participación de índole persuasiva.

2.1.1.2.4. La Jurisprudencia.

En palabras de Cabanellas, la jurisprudencia es un “conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho”, o también lo conceptualiza como “la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce.”⁸⁹

Las consideraciones como fuente primaria o secundaria de derecho, sus características, órganos generadores, fundamento jurídico, procedencia, precedentes jurisprudenciales obligatorios, por su importancia los analizaremos a continuación con más detalle.

⁸⁸ Burón, citado por Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo VI, página 417.

⁸⁹ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo V, página 55.

2.2. La Jurisprudencia.

En el génesis de la civilización, cuando se supera la ley del más fuerte, los conflictos entre individuos provocan la necesidad de la existencia de una autoridad que haga las veces de juez, para que dirima sobre esas disputas y administre justicia. El más sabio y conocido de todos los soberanos de la antigüedad es el Rey Salomón (1000 AC al 931 AC), hijo del Rey David, que ejerció las funciones de juez, el más justo de todos, cuyas hazañas y fallos están registrados tanto en la Biblia Cristiana, como en la Thora Judía o el Corán del Islam. En los versículos del 16 al 28 del capítulo 3 del libro 1 De Los Reyes de la Biblia Cristiana se narra un memorable juicio de Salomón sobre la disputa de dos mujeres por un niño, tal fue la sabiduría demostrada por el rey-juez, que el versículo 28 dice:

“Todo Israel supo de la sentencia que Salomón había pronunciado y lo respetaron, pues vieron que había en él una sabiduría divina para hacer justicia.”

Después de Salomón, el recorrido hasta llegar a los actuales jueces garantistas de los derechos fundamentales ha sido largo pero enriquecedor.

La jurisprudencia y su unificación como cuerpo normativo se origina en las culturas germana y romana. Para el derecho contemporáneo han sido ejemplo de desarrollo y unificación de la jurisprudencia de Francia a través del Consejo de Estado, no solo desde tiempos de la Revolución sino desde el ansien régime⁹⁰. Se hace realidad la interpretación judicial como desarrollo del artículo 4 de Código Civil Francés, “bajo la consideración de que la ley no es perfecta y que, como es natural, puede tener vacíos o puntos que es necesario aclarar para poderla aplicar, función que ha de corresponder al juez, dado que este no puede rehusarse a juzgar, bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, so pena de que se le declare responsable por denegación de justicia.”⁹¹

Es así, que como sostiene Juan Pablo Aguilar, el derecho Administrativo nace básicamente de la jurisprudencia del Consejo de estado francés antes que de la doctrina, como en el caso de otras ramas del derecho.

⁹⁰ *Sic*, voz francesa que significa “antiguo régimen”, hace referencia al Imperio.

⁹¹ Héctor J. Romero Díaz, EL CONSEJO DE ESTADO COMO UNIFICADOR DE JURISPRUDENCIA, dentro de Memorias Seminario Franco-Colombiano “Reformas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, Bogota, 2008, Generado 1 de noviembre de 2012, <http://190.24.134.67/pce/memorias/ce%20unificador.pdf>, página 99.

2.2.1. Concepto.

Para Manuel Sánchez Zuraty “la Jurisprudencia se entiende como el criterio uniforme manifestado reiteradamente en la aplicación del derecho por un tribunal supremo y contenido en sus sentencias [...] La que alude al conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional, dictados por órganos judiciales y administrativos.”⁹² Mientras que Hernán Jaramillo Ordóñez le da un sentido más amplio, en cuanto a los entes generadores de jurisprudencia, al decir que “no es otra cosa que las resoluciones imperativas dictadas por los órganos dotados de facultades administrativas”⁹³, no limitándolos a los de la Función Judicial.

Estos conceptos únicamente ponen de manifiesto la facultad de un ente judicial o administrativo de emitir fallos plenos de normas que conduce a una decisión, pero el real aporte de la jurisprudencia no es ese, sino que, conforme a Agustín Gordillo, consiste en “las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo”⁹⁴ con referencia a un caso específico. Es entonces cuando el juez al aplicar una norma general e interpretarla, crea una nueva norma individual, pero no nos confundamos, la jurisprudencia tampoco es la suma de esas normas individuales, hacer jurisprudencia es dar sentido a la norma general. “Como todas las reglas de derecho son suficientemente abstractas como para poder ser interpretadas de diferentes maneras, resulta que la norma se amplía o se restringe en su significado efectivo (es decir, en el significado en el cual tiene aplicación imperativa) según sea la interpretación que le den los jueces.”⁹⁵.

⁹² Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO, Revista Judicial Derecho Ecuador PUBLICADO: Miércoles, 23 de Mayo de 2012 15:29, GENERADO: 2 DE AGOSTO DEL 2010, 16H36, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6820:importancia-de-la-jurisprudencia-y-fuentes-del-derecho&catid=31:derecho-constitucional.

⁹³ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 42.

⁹⁴ Agustín Gordillo, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 10ª ed., Buenos Aires, FDA., 2009, Generado 25 de septiembre de 2012, 17h00, http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf, tomo 1, Parte General.

⁹⁵ *Ibidem*.

En pocas palabras, jurisprudencia son las interpretaciones replicadas que constituyen criterio uniforme, sobre un punto de derecho en torno a una situación específica, dictadas por un órgano judicial o administrativo. Éste es el concepto que manejaremos en adelante.

Tal como dice Manuel Sánchez Zuraty, la jurisprudencia “es fuente de derecho en tanto constituye una serie de actos creadores de normas jurídicas”⁹⁶. Su papel como fuente del derecho administrativo será estudiada posteriormente.

El reconocimiento de la Jurisprudencia como fuente de Derecho Administrativo surge en nuestra legislación de un precepto constitucional. En la primera parte del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República se lee que:

“Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.* El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será Inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule Injustificadamente el ejercicio de los derechos [...]” (La cursiva es mía).

2.2.2. Características de la Jurisprudencia.

Para que la jurisprudencia sea tal debe cumplir con ciertas características que le son intrínsecas:

- Uniforme. La coincidencia de fundamento y conclusiones de un criterio con respecto a otro se da cuando este y aquel tienen iguales circunstancias, “pues una diferencia o un matiz bastan para modificar la apreciación de un texto...”⁹⁷, en cuyo caso no se podría exigir uniformidad.
- No contradictoria, es decir que no puede haber opiniones opuestas o divergentes dentro del mismo ente colegiado o institución, ya que todos los criterios deben ser

⁹⁶ Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. *Óp. cit.*

⁹⁷ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo V, página 55-56.

compatibles, en base a la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad de los criterios, que permiten conjeturar con anticipación los resultados. Según Guillermo Cabanellas a “la contradicción no se opone la variación, sin simultaneidad ulterior en los criterios dispares”⁹⁸, es decir que tanto la contradicción como la variación de criterios impedirían hacer jurisprudencia sobre un tema de derecho, necesitando para serlo otros criterios continuos posteriores.

- Ajustada a la ley. La jurisprudencia debe ser dictada basándose en una norma de carácter general, aplicándola en el caso específico; pero si la base legal es insuficiente, oscura, ambigua o simplemente inexistente, el juez o funcionario está obligado a emitir su resolución con base en otras consideraciones como espíritu de la ley, casos análogos, otros pronunciamientos, doctrina, costumbre o criterios generales como razonabilidad o equidad, sin violar las normas existentes. Para Agustín Gordillo cuando la sentencia prescinde de toda norma “la sentencia es arbitraria y con ello inconstitucional; también se la considera arbitraria cuando, si bien cita alguna disposición, carece de todo fundamento serio para aplicarla.”⁹⁹ En palabras de José Meythaler hay que tomar en cuenta que “la jurisprudencia existe para llenar los vacíos de la ley, pero de ninguna manera puede ser usada para modificar la ley”¹⁰⁰, ya que la ley solo puede ser modificada por otra posterior, derogando de forma expresa o tácita la anterior.
- Imperativa. La jurisprudencia y la ley, a diferencia de otras fuentes del derecho, tienen el carácter de obligatorias, no es eludible. Con su decisión, el juez o funcionario obliga a su cumplimiento por la fuerza de la autoridad. En el caso de la jurisprudencia su imperio es en el caso específico, porque para casos análogos o generales será mandatoria solo si así lo contempla la ley.

Según Hernán Jaramillo Ordóñez a la jurisprudencia “se la ha catalogado como un perfecto juicio de valor; como la más sobresaliente doctrina científica; y como el camino viable

⁹⁸ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo V, página 55.

⁹⁹ Agustín Gordillo, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*

¹⁰⁰ José Meythaler, LA EVOLUCIÓN DEL EFECTO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA AUTORIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, página. 140.

para lograr alcanzar la justicia legal [...]”¹⁰¹, criterio este con el que concordamos, porque no siempre se hace justicia con la ciega aplicación de la norma, es necesario que el juzgador analice, valore y confronte la ley con el hecho.

2.2.3. Órganos Generadores De Jurisprudencia Administrativa.

Aún cuando tradicionalmente se considera que solo pueden crear jurisprudencia los jueces, nuestro ordenamiento jurídico prevé que diferentes órganos del Estado tiene la atribución de hacerlo a través de su fallos o resoluciones, tal es el caso de la Corte Nacional de Justicia por medio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional, la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado o el Servicio de Rentas Internas. Para la administración pública tiene importancia los fallos dictados por estos entes, por lo que en base a un adecuado análisis vemos la necesidad de dividirlos en órganos judiciales y en órganos administrativos.

2.2.3.1. Órganos Administrativos.

La administración pública ha sido organizados de tal manera, conforme al Título IV de la Constitución de la República, a fin de brindar los servicios previstos en la ley, es así que el sector público, según el artículo 225 de la Constitución de la República, está conformado por:

“Art. 225.-El sector público comprende:

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

¹⁰¹ Hernán Jaramillo Ordóñez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO . *Óp. cit.* página 42.

Hay circunstancias en las que, dentro del ejercicio de sus objetivos, ciertos órganos de la administración requieren de informes, opiniones, dictámenes o resoluciones de otros órganos estatales.

La atribución consultiva-asesora consiste en emitir juicios de valor u opiniones por parte de un órgano consultivo, relativo a un aspecto determinado sobre el que otro ente le ha preguntado, para “inteligenciarse sobre aspectos de orden técnico o jurídico...”, “...con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite.”¹⁰²

Solo en los casos establecidos por la ley, la opinión que emita el ente consultivo tendrá el carácter de vinculante, en cuyo caso el ente consultante está obligado a ceñir su voluntad pública al criterio de la administración consultiva, condicionando la validez de la decisión a que esta esté ligada estrictamente al antes mencionado dictamen,

La importancia de esta atribución consultiva o asesora es tal ya que se encarga de garantizar la seguridad jurídica al unificar criterios en el Estado, además porque, en palabras de Patricio Secaira Durango, se constituye en “una herramienta indispensable para la administración, pues a través de aquella se ejerce o se aplica debidamente la autotutela administrativa, de modo previo a la decisión, resguardando su legitimidad y garantizando el derecho al debido proceso reconocido por la Constitución a los administrados.”¹⁰³

La atribución consultiva de interpretación del alcance y aplicación de la norma concierne solo al tema concreto que causó la petición de consulta, pero eso no implica que “los criterios del órgano consultado puedan servir de referente para que la administración adopte decisiones en otros casos similares [...]”¹⁰⁴, en cuyo caso esas opiniones o decisiones se constituyen en jurisprudencia, de acuerdo al concepto expresado anteriormente, y por lo tanto en fuente de Derecho Administrativo, primaria y obligatoria para el caso de las instituciones consultantes y las instituciones en general cuando la ley

¹⁰² Patricio Secaira Durango, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 92.

¹⁰³ Patricio Secaira Durango, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*, página 91.

¹⁰⁴ *Ibidem.*

disponga que el criterio es vinculante, o secundaria y referencial para el caso de que no exista la obligación de acoger la opinión vertida.

Esa facultad de absolver consultas y de asesorar, fijada por la Constitución de la República y la ley, las tienen solo determinadas instituciones, considerando su opinión especializada en temas específicos, como en el caso de la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, el Servicio de Rentas Internas, entre otros, los que además tienen otras facultades que le son innatas.

2.2.3.1.1. Procuraduría General del Estado.

La Procuraduría General del Estado es un organismo con autonomía administrativa, creado constitucionalmente, con una especialidad técnico jurídica, que entre sus atribuciones, además de la representar y patrocinar al Estado, está la absolución de consultas y el asesoramiento en temas sobre aplicación de la ley, con el carácter de vinculante, conforme al artículo 237 de la Constitución de la República que prescribe, en su numeral 3 que corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, entre otras funciones:

“[...] 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.” (La cursiva es mía)

Los pronunciamientos vinculantes sobre las consultas formuladas por organismos del Estado responden a un “estudio y análisis de las normativa jurídica y la doctrina con relación a cada consulta, permite a través del pronunciamiento vinculante del Procurador General del Estado, delinear un marco jurídico para el accionar público, que tiene siempre como norte la correcta aplicación de la Ley, el ejercicio de las funciones y potestades públicas dentro del principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, y la protección del patrimonio público.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Diego García Carrión, Procurador General Del Estado, Presentación del Sistema de Consultas Absueltas PGE, <http://www.pge.gob.ec/es/consultoria-legal/sistema-consultas-absueltas.html>.

Para el caso de la Procuraduría General del Estado, la consideración de criterio vinculante se extiende no solo a la entidad consultante, sino a toda la administración pública, es decir que su capacidad asesora y consultiva sobre la “inteligencia o aplicación” de normas legales es de obligatorio cumplimiento por las instituciones del Estado, en el caso concreto. La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado amplía el rango de quienes pueden ser los consultantes, al decir que no solo lo podrían hacer las instituciones del sector público comprendidas en el artículo 225 de la Norma Suprema, permitiendo además a las “personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública”, pero en ningún caso podrán presentar una consulta las personas naturales o las personas jurídicas cuyo fin sea comercial o lucrativo. El literal e) del artículo 3 de la codificación a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁰⁶, mencionada con anterioridad, establece que corresponde privativamente al Procurador General del Estado:

“[...] e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas "constitucionales"¹⁰⁷, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley; [...]” (La cursiva es mía)

Luego la misma Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado fija normas de procedimiento para las consultas jurídicas, como por ejemplo:

- Se declara incompetente sobre temas que se hayan resuelto o estén en conocimiento de jueces o tribunales de la República o del Tribunal Constitucional, actual Corte Constitucional,
- El organismo consultante puede pedir reconsideración del criterio vertido, y está obligado a solicitarlo cuando el pronunciamiento fuere adverso a los “intereses institucionales”,
- Tanto la solicitud de reconsideración como la resolución deben estar debidamente fundadas y motivadas,
- El pronunciamiento del Procurador sobre la reconsideración será definitivo.

Es así, que el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, sobre la absolución de consultas anota que:

¹⁰⁶ LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO, CODIFICACION 15, publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2008.

¹⁰⁷ Texto entre comillas declarado inconstitucional por Sentencia de la Corte Constitucional No. 2, publicada en Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de Abril del 2009.

“[...] Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, *el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.*

Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta.

El consultante, podrá solicitar al Procurador General del Estado la reconsideración de su pronunciamiento, dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez. La solicitud de reconsideración será debidamente fundamentada.

El Procurador General del Estado resolverá motivadamente la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento, en el término de quince días, y éste será definitivo. En consecuencia, no podrá modificarse a petición de parte.

Si el pronunciamiento dictado por el Procurador General fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento.

En todo caso, al emitir sus pronunciamientos, *el Procurador General del Estado está obligado, bajo las responsabilidades previstas en la Constitución Política de la República y la ley, a precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado.*” (La cursiva es mía).

Las Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado ordena la publicación en el Registro Oficial de las absoluciones de consultas que el Procurador General del Estado expida, considerando la obligación de publicidad ya que son vinculantes para toda la administración pública. Además y acorde a los actuales tiempos, la Procuraduría General del Estado proporciona una importante herramienta jurídica a través de su portal institucional www.pge.gob.ec, poniendo a disposición de la ciudadanía y de las demás instituciones públicas los pronunciamientos vinculantes sobre las consultas formuladas por organismos del Estado sobre la inteligencia o aplicación de la Ley, con un sistema de búsqueda por materias fácil para el usuario, cumpliendo con su objetivo: ser “una guía que oriente la actuación de los entes públicos a la luz del derecho, la eficiencia y ética en el ejercicio de la función pública.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Diego García Carrión, Procurador General Del Estado, Presentación del Sistema de Consultas Absueltas PGE. *Op. cit.*

De lo expuesto podemos decir que los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado sobre las consultas formuladas por las instituciones públicas son vinculantes para toda la administración, y por lo tanto son jurisprudencia de obligatorio cumplimiento por parte de las instituciones consultantes y el sector público en general, siendo entonces por cuanto fuente primaria de Derecho Administrativo.

2.2.3.1.2. Contraloría General del Estado.

La Contraloría General del Estado es una institución que tiene su génesis en la Constitución de la República, siendo creada como un organismo técnico que tendrá en sus manos la vigilancia del uso del patrimonio estatal y el control de la obtención de los propósitos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. El artículo 211 de la Constitución de la República la define como:

“[...] un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”

Según el numeral 25 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002, entre las funciones de la Contraloría General del Estado se encuentra la de asesorar a los entes sometidos a su control, conforme a su petición, pero su resolución no es vinculante, es decir que es potestad de la institución consultante acogerla o no, esto debido a que según la Constitución de la República la Contraloría General del Estado se encarga del control posterior de los procesos de contratación y gasto público, y se entiende que los entes públicos deben actuar con libertad, pero sujetos a las disposiciones de la Constitución y leyes de la República, durante el ejercicio de sus funciones y de emitir criterios previos, éstos podrían interferir con las acciones de control posterior que le son propias. Nótese que el numeral 25 del artículo 31 de su Ley Orgánica, prevé que, entre sus funciones y atribuciones, la Contraloría General del Estado debe

“[...] *Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y, generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General; [...]*” (La cursiva es mía)

Ahora, conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado si realizada una consulta en cuya resolución se recomienda rectificaciones, por inobservancia de disposiciones legales o por incumplimiento de atribuciones o por quebrantamiento de estipulaciones contractuales, y el funcionario no las ejecuta, se podrá establecer contra éste responsabilidad administrativa culposa, en cuyo casose entendería que las recomendaciones de informes son de cumplimiento obligatorio.

Sobre la atribución de la Contraloría de “generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General”, que consta en el última parte del numeral 25 el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado antes transcrito, que de hecho podría ser una interesante fuente de jurisprudencia debemos señalar que durante los últimos años dicha entidad ha publicado BOLETINES JURÍDICOS que contienen la opinión de esa entidad de control, respecto de varios y diversos temas. Esos boletines han sido publicados desde el año 2008 y, de la información adquirida, el correspondiente al año 2012, se encontraría en elaboración. La Dirección Jurídica, a través del Departamento de Estudios Jurídicos y Cauciones, edita por cuarto año consecutivo la recopilación de las principales absoluciones de consultas jurídicas y de los criterios institucionales de la Contraloría General del Estado.

En todo caso, la absolución de consultas es otra forma de jurisprudencia que nutre al Derecho Administrativo, constituyéndose en fuente secundaria al ser referencial y no obligatoria en el caso de la Contraloría General del Estado.

2.2.3.1.3. Servicio de Rentas Internas.

El Servicio de Rentas Internas, SRI, se crea mediante la ley 41 publicada en el Registro Oficial 206 de 2 de diciembre de 1997, que en su artículo 1 dice:

“Art. 1.- NATURALEZA.- Créase el Servicio de Rentas Internas (SRI) como una entidad técnica a autónoma, con personería jurídica, de derecho público, patrimonio y fondos propios, jurisdicción nacional y sede principal en la ciudad de Quito. Su gestión estará sujeta a las disposiciones de esta Ley, del Código Tributario, de la Ley de Régimen Tributario Interno y de las demás leyes y reglamentos que fueren aplicables y su autonomía concierne a los órdenes administrativo, financiero y operativo.”

Esta Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas también fija las facultades y obligaciones del nuevo ente, que a más de estar encargado de ejecutar la política tributaria, realizar la determinación, recaudación y control de tributos y demás atribuciones relacionadas, también encarga al SRI de absolver las consultas que se propongan. El numeral 4 del artículo 2 de la antes mencionada ley estipula que:

“Art. 2.- FACULTADES.- El Servicio de Rentas Internas (SRI) tendrá las siguientes facultades, atribuciones y obligaciones: [...]

4. Conocer y resolver las peticiones, reclamos, recursos y *absolver las consultas que se propongan, de conformidad con la Ley; [...]*” (La cursiva es mía)

En el capítulo III del Título II del Código Tributario¹⁰⁹, publicado en el Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005, se trata del tema de las Consultas, desarrollando puntos como:

- Capacidad para efectuar una consulta.- Pueden consultar a la administración tributaria los sujetos pasivos que tengan un interés propio y directo, así como las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público.

- Objeto de la consulta.- La consulta podrá versar sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, sobre el sentido o alcance de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a las federaciones-asociaciones-cámara o a las instituciones públicas.

Explícitamente el artículo 135 del Código Tributario dice:

“Art. 135.- Quienes pueden consultar.- *Los sujetos pasivos que tuvieren un interés propio y directo; podrán consultar a la administración tributaria respectiva sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, en cuyo caso la absolución será vinculante para la administración tributaria.*

Así mismo, podrán consultar las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, sobre el

¹⁰⁹ La disposición final segunda de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, publicada por Decreto Legislativo s/n en el Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, dispone que el Código Tributario tendrá categoría de Ley Orgánica.

sentido o alcance de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. Las absoluciones emitidas sobre la base de *este tipo de consultas solo tendrán carácter informativo*.

Solo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrán validez y efecto jurídico, en relación a los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias por ésta administrados, en los términos establecidos en los incisos anteriores, por lo tanto, las absoluciones de consultas presentadas a otras instituciones, organismos o autoridades no tendrán efecto jurídico en el ámbito tributario.

Las absoluciones de las consultas deberán ser publicadas en extracto en el Registro Oficial.” (La cursiva es mía)

- Se menciona que la consulta se presentará por escrito, en ninguna circunstancia de forma verbal, enumerando los requisitos de su contenido, mencionando también los plazos que tiene la administración para la absolución de las consultas, es así que los artículos 136 y 137 puntualizan que:

“Art. 136.- Requisitos.- La consulta se formulará por escrito y contendrá:

1. Los requisitos exigidos en los numerales 1, 2, 3 y 6 del artículo 119 de este Código;
2. Relación clara y completa de los antecedentes y circunstancias que permitan a la administración formarse juicio exacto del caso consultado;
3. La opinión personal del consultante, con la cita de las disposiciones legales o reglamentarias que estimare aplicables; y,
4. Deberá también adjuntarse la documentación u otros elementos necesarios para la formación de un criterio absolutorio completo, sin perjuicio de que estos puedan ser solicitados por la administración tributaria.

Rige también para la consulta lo previsto en el artículo 120.”

“Art. 137.- Absolución de la consulta.- Las consultas, en el caso del inciso 1o. del artículo 135, se absolverán en la forma establecida en el artículo 81 y dentro del plazo de treinta días de formuladas.

Respecto de las previstas en el inciso 2o. del mismo artículo 135 se atenderán en igual plazo, a menos que fuere necesario la expedición de reglamento o de disposiciones de aplicación general.”

- Sobre los efectos de la consulta.- En el artículo 135 del Código Tributario antes transcrito se da el efecto vinculante y por lo tanto de aplicación obligatoria a las absoluciones de consulta planteadas por los sujetos pasivos con interés propio y directo que consultaron a la administración tributaria; mientras que las absoluciones emitidas a las federaciones, asociaciones gremiales o profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, sobre asuntos tributarios que interesen directamente a dichas entidades solo tendrán carácter informativo.

Luego el artículo 138 del mismo cuerpo legal fija un efecto devolutivo, esto es que su presentación no exime del cumplimiento ni del pago de las obligaciones tributaria; anota las consecuencia de presentar datos inexactos; informa de la inexistencia de recursos contra el acto de absolución de consulta, pero podrá impugnar los actos de determinación o liquidación de obligaciones dictados con base a la absolución de la consulta, cuando dice:

“Art. 138.- Efectos de la consulta.- La presentación de la consulta no exime del cumplimiento de deberes formales ni del pago de las obligaciones tributarias respectivas, conforme al criterio vertido en la consulta.

Si los datos proporcionados para la consulta fueren exactos, la absolución obligará a la administración a partir de la fecha de notificación. De no serlo, no surtirá tal efecto.

De considerar la administración tributaria, que no cuenta con los elementos de juicio necesarios para formar un criterio absolutorio completo, se tendrá por no presentada la consulta y se devolverá toda la documentación.

Los sujetos pasivos o entidades consultantes, no podrán interponer reclamo, recurso o acción judicial alguna contra el acto que absuelva su consulta, ni la administración tributaria podrá alterar posteriormente su criterio vinculante, salvo el caso de que las informaciones o documentos que sustentaren la consulta resulten erróneos, de notoria falsedad o si la absolución contraviniere a disposición legal expresa. Sin perjuicio de ello los contribuyentes podrán ejercer sus derechos contra el o los actos de determinación o de liquidación de obligaciones tributarias dictados de acuerdo con los criterios expuestos en la absolución de la consulta.” (La cursiva es mía).

Basándonos en el artículo 135 del Código Tributario estamos en capacidad de decir que la absolución de consultas por parte del Servicio de Rentas Internas ostenta la doble calidad de fuente del Derecho Administrativo primaria y secundaria. Primaria y obligatoria para los sujetos pasivos consultantes con interés propio y directo, porque aun cuando la administración tributaria no obliga expresamente a su ejecución, en el caso de un examen especial se tomará en cuenta su incumplimiento. Secundaria e informativa para las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, que consultaron a la autoridad sobre el sentido o alcance de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. Para la administración tributaria, los criterios vertidos siempre serán vinculantes para ella misma, dentro del caso específico, sin posibilidad de alterarlo, por lo que sería fuente primaria del Derecho Administrativo.

2.2.3.2. Órganos Judiciales.

Cuando a petición de una persona, cualquiera que esta sea, natural o jurídica, de derecho privado o público, que mantiene una controversia con otra por intereses opuestos sobre sus respectivos derechos y obligaciones, se inicia un proceso judicial o juicio, este termina o con el acuerdo de las partes o con una sentencia.

La sentencia es aquel instrumento con el que el juez, concluido el juicio o proceso judicial, resuelve sobre el asunto principal del proceso, “declarando o haciendo respetar un derecho o imponiendo una pena”¹¹⁰, tal y como lo dice el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil:

“Art. 269.- Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.”

Al ser nuestro sistema legal netamente positivista en el que prevalece el derecho escrito-ley, el juez vio limitada su atribución de hacer justicia fallando solo en conformidad con el texto legal y utilizando la jurisprudencia solo como un mecanismo accesorio de sus decisiones; actualmente, al dictar sentencias el juez también puede crear norma al sentar precedentes.

A las sentencias les podemos atribuir ciertos efectos:

A.- Efecto “inter partes”.- Que significa que la sentencia afecta únicamente a las partes que intervienen en el litigio. En este caso las sentencias se las puede considerar como referenciales, no obligatorias, dentro de otros casos por parte los jueces, profesionales y ciudadanía.

La publicidad que estas sentencias llegan a tener, por la publicación en el Registro Oficial, en las selecciones que hace la Gaceta Judicial, y en las recopilaciones de la Corte Nacional o algunas comerciales, “son una aplicación del principio de publicidad de los procedimientos, documentos y actuaciones judiciales, reconocido en el art. 76, numeral 7, literal d, de la Constitución, entre ellos las sentencias, no solo entre las partes, mediante la apertura

¹¹⁰ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo V, página 25.

del proceso y las notificaciones, sino también para la sociedad en general”¹¹¹. Esta publicidad no es un indicio de obligatoriedad para toda la ciudadanía, para que sea tal la ley debe decirlo expresamente.

“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: [...]

d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento [...]

B.- Efecto “erga omnes”.- Este se da cuando las sentencias mandan a todos los ciudadanos del país. Este mandato no se ejecuta tal cual una ley, sino que obliga a que un criterio sea mantenido en escenarios análogos. Esta obligatoriedad se puede dar solo si la ley así lo estipula. Previamente, a que esta obligatoriedad se de, debe existir una jurisprudencia uniforme, es decir fallos reiterados con contenido concordante sobre una materia determinada.

“En la República del Ecuador, para que una sentencia tenga efecto erga omnes, debe cumplir con requisitos de fondo y forma [...], y debe publicarse en el Registro Oficial. Estas publicaciones a más de ser aplicación del principio de publicidad (del proceso) [...], también respetan el principio de publicidad de las normas, porque la jurisprudencia obligatoria tiene carácter normativo general y deben publicarse obligatoriamente en el Registro Oficial”¹¹², como lo ordena el inciso segundo del artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Inciso segundo, Art. 182.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- [...]

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; *se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.*” (La cursiva es mía)

El precedente jurisprudencial supone en esencia que un “juez al fallar un caso debe de seguir obligatoriamente lo decidido en aquel en el cual se ha establecido la regla general de

¹¹¹ Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. *Óp. cit.*

¹¹² Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. *Óp. cit.*

derecho aplicable en la medida en que entre al caso a decidir y precedente exista una identidad sustancial de los hechos.”¹¹³

Pero ese pronunciamiento de los jueces “[...] no es la simple subsunción de los presupuestos hipotéticos, generales y abstractos de la norma jurídica al caso específico en relación con los hechos reales, particulares y concretos, sino la construcción de un sistema de interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto.”¹¹⁴

Tal como lo afirma Lucía Toledo Puebla, Directora del Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, a “medida que se va reconociendo la intervención de los jueces y tribunales de justicia a través de sus resoluciones, la importancia de la jurisprudencia ira creciendo como factor originario del derecho, y formará parte muy escogida del ordenamiento jurídico de todos los pueblos [...]”¹¹⁵, mostrando a los jueces como “[...] verdaderos productores de normas jurídicas y a la jurisprudencia una fuente directa del derecho.”¹¹⁶

Los órganos judiciales, cuyas sentencias pasan a formar parte de la jurisprudencia administrativa de nuestro país, son la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional

¹¹³ Mario Felipe Daza Pérez, EL PRECEDENTE VS AUTONOMÍA JUDICIAL, blog de Derecho Público, Universidad del norte, Barranquilla, Colombia, publicado: 16 de noviembre de 2010, generado 4 de noviembre de 2012, 0h49. <http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/11/el-precedente-vs-autonomia-judicial.html>

¹¹⁴ Pablo Vaca Acosta, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR, Jurisprudencia Ecuatoriana, ciencia y derecho, Corte nacional de Justicia, diciembre 2011, Quito, Generado 18 de noviembre de 2012, [www.cortenacional.gob.ec.](http://www.cortenacional.gob.ec), página 89.

¹¹⁵ Lucía Toledo Puebla, Directora del Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, presentado el día 1 de julio del 2009, Discurso en el acto de Rendición de Cuentas de la Corte Nacional de Justicia en el primer semestre de su conformación. GENERADO: 3 de octubre de 2012, 14h47, http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/informes_disursos/jurisprudencia_discurso.pdf

¹¹⁶ Pablo Vaca Acosta, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR. *Óp. cit.*, página 89.

2.2.3.2.1. Corte Constitucional.

“La justicia constitucional hace efectiva la exigibilidad jurídica de la Constitución ante los demás órganos del Estado y frente a los ciudadanos en general [...]”¹¹⁷, garantizando su respeto y cuidando su cumplimiento. En ese marco podemos afirmar, tal y como lo dice el Dr. Hernán Salgado Pesantez, que los jueces constitucionales “son los guardianes de la Ley fundamental, sus defensores naturales.”

Los fallos que adopta la justicia constitucional, en goce de sus atribuciones, son de carácter jurisdiccional, producto en principio de una controversia y de un proceso jurídico posterior. En nuestro país, la Corte Constitucional es el órgano especializado de la justicia constitucional y ejerce jurisdicción nacional, se encarga del control e interpretación constitucional, así como de administrar justicia en esa materia. Es un órgano autónomo e independiente de las otras funciones del Estado, inclusive de la Función Judicial.

Lo sostenido en el párrafo precedente tiene base en los artículos 429 y 430 de la Constitución de la República, que rezan:

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.”

“Art. 430.- La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones.”

Adicionalmente, la Corte Constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 429 de la Constitución tiene, entre otras, las atribuciones de interpretar la Constitución y expedir sentencias que se constituyan en jurisprudencia respecto a los procesos constitucionales que conozca. Estas resoluciones tendrán el carácter de vinculante erga omnes, es decir obligatorias para todos. Estas atribuciones están expresamente descritas en los numerales 1 y 6 del artículo 436 ibidem, y en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley

¹¹⁷ Hernán Salgado Pesantez, MANUAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2004, página 16

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento del 22 de octubre de 2009.

Las normas últimamente referidas mandan a la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 436 de la Constitución de la República a:

“[...]”

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante [...]

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión [...]” (La cursiva es mía)

El numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé la obligatoriedad del precedente constitucional con:

“[...] *Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia[...]*” (La cursiva es mía)

La Corte Constitucional ha creado su página Web, <http://www.corteconstitucional.gob.ec/>, no solo como la obligación de transparentar su labor, sino como una manera que permita a la ciudadanía tener acceso al Prontuario Analítico de Jurisprudencia Constitucional que identifica, registra, clasifica, y sistematiza las ratios decidendi¹¹⁸, los obiter dicta¹¹⁹ y las decisum¹²⁰ “de las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional, organismos de máxima interpretación de la Constitución, en el período 1996-2011, con el fin de establecer sus principales líneas del pensamiento jurídico-constitucional en la construcción de la jurisprudencia constitucional, de acuerdo a los criterios establecidos en esta guía.”¹²¹

¹¹⁸ *Sic*, voz latina que significa “razón para decidir”. Es la formulación general del principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión jurídica específica que tiene fuerza vinculante, la determinación de cláusulas constitucionales en los distintos casos.

¹¹⁹ *Sic*, voz latina que significa “dicho de paso”. Que no tienen fuerza vinculante, cumple un papel secundario puramente teórico.

¹²⁰ *Sic*, voz latina que significa “es la resolución del caso”. Es sencillamente la solución del caso

¹²¹ Luis Fernando Ávila Linzán, Relator Constitucional, PRESENTACIÓN DEL PRONTUARIO ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, página Web de la Corte Constitucional, generado 4 de noviembre de 2012, 0h40, <http://186.42.101.7/CASOS/ID/index.php>.

Los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional se han acogido en nuestra legislación como fuente formal y primaria de Derecho Administrativo, porque, al igual que en el vecino país de Colombia, los fallos de la Corte Constitucional “tienen fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe de hacerse de conformidad con la Carta, [...] y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes, no es inferior al que ocupan las leyes.”¹²²

2.2.3.2.2. Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

“El control de la legalidad, prevenir y proteger al ciudadano del exceso del poder y el abuso de las facultades por la administración pública, es función esencial del Estado de Derecho [...]”¹²³, y para hacerlo posible, desde la Revolución Francesa de 1789, se dividió el poder absoluto en tres con base en normas escritas estrictas, con la intención de que estos actúen “[...] en forma separada e independiente, a fin de cumplir como las más altas funciones públicas del Estado, así: la ejecutiva, encargada de administrar al Estado, cumplir y hacer cumplir la ley. La legislativa para cumplir la delicada tarea de crear, reformar, interpretar la ley y fiscalizar a las otras. Y la judicial, con la misión semi divina, de impartir y administrar justicia.”¹²⁴

A este poder, la doctrina y la costumbre internacionales, lo han “partido” en tres áreas a las que a las que se ha denominado funciones. Para el caso de nuestro país, según la Constitución de 2008 el poder tiene cinco aristas: Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y justicia indígena, Función de Transparencia y Control Social, y Función Electoral.

¹²² Mario Felipe Daza Pérez, EL PRECEDENTE VS AUTONOMÍA JUDICIAL. *Óp. cit.*

¹²³ Ernesto Velázquez Baquerizo, LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL, Revista Jurídica on line, Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, generado 30 de octubre de 2012, 21h30.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=253&Itemid=53.

¹²⁴ Bayardo Moreno-Piedrahita Tatés, FALTA INDEPENDENCIA EN LA FUNCIÓN JUDICIAL, Revista Jurídica on line Derecho Ecuador, Publicado : 13 de Enero de 2011, 05:18, Última actualización: 28 de Abril de 2011, 09:47, Generado: 30 octubre 2012, 20h00,
http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6037.

La Función Judicial existe como tal ya en la Constitución Quiteña del 15 de febrero de 1812, suscrita esta como “...la culminación del proceso que se inició el 10 de Agosto de 1809, que debe reivindicarse, además, como la primera carta política del Ecuador [...] Nuestros lúcidos padres fundadores definieron, en forma sintética y magistral, los principios republicanos de división efectiva de poderes...”¹²⁵, dedicándole a esta función del Estado la Sección Cuarta, de la que se estima importante transcribir su artículo 8:

“Art. 8.- Esta no se podrá ejercitar jamás por un mismo cuerpo ni unas mismas personas en los diferentes Ramos de su administración, debiendo ser siempre separados y distintos el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”

El Supremo Poder Judicial, ejercido por la Alta Corte de Justicia, y las Tribunales Inferiores de Primera Instancia, conocían solo sobre las materias civiles y criminales, según los artículos 45 y 46.

Aparece en el Ecuador la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la Constitución de 1906, firmada por Eloy Alfaro el 23 de diciembre, pero no del Poder Judicial sino como atribución del Consejo de Estado, “al parecer la tarea de este último como tribunal contencioso administrativo fue mínima, cuando no inexistente”¹²⁶, tal y como lo señalaba el numeral 9 del artículo 98, al decir que:

“Art. 98.- Son atribuciones del Consejo de Estado: [...] 9º.- Conocer y decidir las cuestiones contencioso-administrativas;...”

“El Tribunal Fiscal, creado en 1959 mediante Decreto Ley de Emergencia 10, publicado en el Registro Oficial 847, de 19 de junio, fue el primer tribunal contencioso administrativo que funcionó efectivamente[...]”¹²⁷ Durante la presidencia de Otto Arosemena Gómez, se expidió el 25 de mayo la Constitución de 1967, en la que se crea los Tribunales de lo

¹²⁵ Fabián Corral B., LA CONSTITUCIÓN QUITENA DE 1812, publicado originalmente por Diario EL COMERCIO, reproducido en la edición digital de 09 de agosto de 2012 reproducido en la edición digital de 09 de agosto de 2012, generado 30 de octubre de 2012, 22h20.

http://www.elcomercio.com/fabian_corral/Constitucion-quitena_0_751725013.html.

¹²⁶ Dr. Juan Pablo Aguilar, DISPERSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA CAUSA INSEGURIDAD JURÍDICA, Revista Judicial on line Derecho Ecuador Revista Judicial on line Derecho Ecuador, Jueves, 24 de Noviembre de 2005 08:32 Última actualización el Viernes, 04 de Abril de 2008 09:25, Generado; 30 de octubre de 2012, 20h30.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2382:dispersioacuten-de-la-legislacioacuten-administrativa-causa-inseguridad-juraidacutedica&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420.

¹²⁷ *Ibidem*.

Contencioso, como rama de la Función Jurisdiccional, que conocerán las cuestiones contencioso-administrativas y contencioso-tributarias, para las que se crearon tribunales distintos para cada una de las materias. Es entonces que el artículo 213 decía:

“Art. 213.- Los Tribunales de lo Contencioso –con sede en Quito y jurisdicción en todo el territorio nacional- conocerán y decidirán de las cuestiones contencioso-administrativas y contencioso-tributarias. La ley fijará el número de Salas y magistrados; determinará asimismo la organización y funcionamiento de tribunal que deba conocer de lo contencioso general y del que conozca de lo contencioso-tributario.”

Casi un año después, en 1968, “[...]se publicó en el Registro Oficial 338, de 18 de marzo, la Ley 35, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que estableció un procedimiento judicial claro y detallado, muy superior a las insuficientes regulaciones que hasta entonces contenía la Ley de Régimen Administrativo.”¹²⁸

En el Capítulo Cuarto del Título IV de la vigente Constitución se norma a la Función Judicial y Justicia Indígena, la que está conformada por el Consejo de la Judicatura como su ente principal y por la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales, los juzgados y tribunales, y los juzgados de paz. Son organismos independientes de la Función Judicial la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública. Son organismos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales y los depositarios judiciales. Paralelamente hay un régimen especial de justicia indígena.

Según el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, la Corte Nacional de Justicia, que es el más alto tribunal de la república, está conformada por ocho salas especializadas, señalando el artículo 183 básicamente lo siguiente:

“Art. 183.- INTEGRACION.- En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas:

1. Sala de lo Contencioso Administrativo;
2. Sala de lo Contencioso Tributario;
3. Sala de lo Penal;
4. Sala de Adolescentes Infractores;
5. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;
6. Sala de lo Civil y Mercantil;
7. Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia; y,
8. Sala de lo Laboral [...]

¹²⁸ *Ibidem.*

Según Marco Jirón Coronel la Jurisdicción Contencioso Administrativo “es un medio en virtud del cual los particulares administrados que se sienten afectados por la falta o la indebida aplicación de una ley administrativa, que vulnere sus derechos, por las autoridades fiscales o ejecutoras de la administración pública, puede acudir a los tribunales contencioso- administrativos, para que de acuerdo con los procedimientos que establece la ley de la materia, los titulares de estos órganos determinen si en efecto, los órganos de la administración pública a los que se les imputa la violación cometida la han realizado o no y en caso afirmativo declaren la procedencia del procedimiento de lo contencioso y administrativo y consecuentemente la nulidad o revocación del acto impugnado.”¹²⁹

La jurisdicción contenciosos administrativa, en opinión de Inés Guerrero Celi, tiene encomendada la misión “[...] de conocer y resolver los conflictos entre administrado y la Administración, generados de un acto, hecho u operación administrativos” restableciendo “[...] el derecho del gobernado, que haya sido violado, negado o no reconocido total o parcialmente por la Administración Pública[...]”¹³⁰, ya que la voluntad administrativa no es un voluntad omnímoda o absoluta, y la posibilidad de su impugnación permiten consolidar la vocación democrática del Estado al entrar a defender y amparar los derechos de los administrados contra errores o excesos de los entes públicos, asegurando así “[...] el control de la legalidad y eficiencia de los actos administrativos.”¹³¹

Conjugando los criterios de Jirón, Guerrero y Velásquez podemos decir que entonces el proceso administrativo es un juicio en el que el actor-administrado plantea contra el demandado-administración pública ante los tribunales de lo contencioso administrativo, solicitando reivindicaciones legales por los eventuales perjuicios que habría ocasionado o que pudo haber ocasionado la institución estatal que habría cometido los actos que pudieron haber afectado los derechos del actor.

¹²⁹ Marco Jirón Coronel, EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Revista Judicial on line Derecho Ecuador Publicado: 25 de Febrero de 2010, 06h23. Última actualización: 09 de Septiembre de 2010, 12h02, Generado: 30 octubre 2012, 22h00.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5343:el-juicio-contencioso-administrativo&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420.

¹³⁰ Inés Guerrero Celi, BREVE HISTORIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Publicado: febrero 20, 2009 a 13:12, generado 30 octubre 21h00.

<http://inesguerrero.wordpress.com/2009/02/20/breve-historia-del-tribunal-contencioso-administrativo/>

¹³¹ Ernesto Velásquez Baquerizo, LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL. *Óp. cit.*

Todas las sentencias dictadas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo pueden recurrirse en Casación, elevándose para conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Como ya lo hemos dicho, todos los fallos en firme emitidos por juez tiene el carácter de jurisprudencia, más aún si proviene del máximo tribunal de justicia del país, como es la Corte Nacional de Justicia. Así está establecido en el numeral 5 del artículo 86 de nuestra vigente Constitución:

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: [...]

5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”

El Sistema de Procesamiento de Jurisprudencia del Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, de la Corte Nacional de Justicia, permite acceder a la Jurisprudencia del más alto tribunal de Justicia <http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/>

Esta jurisprudencia la podemos clasificar en jurisprudencia referencial o indicativa y en jurisprudencia obligatoria.

2.2.3.2.2.1. Jurisprudencia Referencial o Indicativa.

Jurisprudencia Referencial es aquella, proveniente de la jurisdicción Contencioso Administrativa de la Función Judicial, en la que su aporte se limita a la reseña, no tiene fuerza imperativa sino para las partes y que su contribución es solo informativa, ejemplificativa u orientadora. “Son solo "precedentes", pero no "obligatorios”.¹³²

Dentro de esta jurisprudencia referencial, llamaremos Precedente Ordinario Propiamente dicho al que, según Pablo Vaca Acosta, “se compone de todos los pronunciamientos de

¹³² Ricardo Noboa, EL PRECEDENTE, publicado en el diario Hoy el 4 de Marzo de 2012, Generado; 3 de octubre de 2012. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-precedente-536947.html>.

carácter jurisdiccional que carecen de fuerza vinculante para terceros no así para los sujetos procesales”, sin consideración del grado o la materia.

Mientras que será Precedente para la Aplicación de la Ley aquel que se “[...]se compone únicamente de las sentencias de casación que no alcanzaron la triple reiteración [...] que buscan una jurisprudencia uniforme o satisfacer uno de los fines de la casación”¹³³, es decir que provienen de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

2.2.3.2.2.2. Jurisprudencia Obligatoria.

Son precedentes vinculantes no solo entre las partes del proceso, sino que, como lo sostiene Carlos Santiago Nino, “son obligatorios en casos análogos para los tribunales inferiores o de igual jerarquía”¹³⁴, no se constituye con una sola decisión, sino que exige se cumplan unos ciertos requisitos para que sea tal. Para que la sentencia tenga efectos de obligatoriedad e imperatividad fuera de la litis, “es necesario que sea elevada a la categoría de jurisprudencia obligatoria, que se constituye en norma hipotética, de carácter general y obligatorio”¹³⁵.

2.2.3.2.2.1.1. Resoluciones Obligatorias con Fuerza de Ley

Hablamos de ellas cuando la sentencia suple las omisiones de la ley o cuando los jueces, mediante resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, “buscan armonizar la visión jurisdiccional de un determinado problema jurídico” en caso de fallos contradictorios, discrepancias entre tribunales de igual jerarquía, de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación o cuando hay “interpretaciones dispares, acerca de los mismos preceptos jurídicos”. En ese caso el Pleno

¹³³ Pablo Vaca Acosta, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR. *Óp. cit.*, página 91.

¹³⁴ Carlos Santiago Nino, INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. *Óp. cit.*, página 151.

¹³⁵ Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. *Óp. cit.*

dictará una norma dirimente con la que proceden “a sentar criterio para que en lo sucesivo se mantenga la exégesis que en el caso se adopte”¹³⁶.

También cabe en caso de duda u oscuridad de las leyes, según nuestra legislación, estas resoluciones tienen el carácter de obligatorias y generales, tal como la ley, mientras que una norma no disponga expresamente lo contrario. Para Pablo Vaca Acosta, esta potestad que se atribuye al Pleno de la Corte Nacional de Justicia “corresponde a funciones cuasi legislativas otorgadas por la Asamblea Nacional para viabilizar el desarrollo normativo en aras de la pronta solución de los conflictos judiciales”¹³⁷. La Corte Nacional resolverá sobre los fallos contradictorios, ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales.

La norma legal que rige las Resoluciones Obligatorias con Fuerza de Ley se encuentra inserta en el numeral 6 del artículo 189 del Código Orgánico De La Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, dentro de las funciones del Pleno:

“Art. 180.- FUNCIONES.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde:
[...]
6. *Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial; [...]*”(La cursiva es mía)

2.2.3.2.2.1.2. Fallos de Triple Reiteración.

El concepto o figura jurídica de los fallos de Triple Reiteración aparece cuando hay fallos reiterados sobre un mismo punto de derecho, es decir que para que surta efectos se exige una serie concordante de decisiones o criterios, al menos tres, en casos iguales o similares, surgido de una de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, y como el tema que nos incumbe es el administrativo entonces serán fallos provenientes de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cumplidas así las condiciones será obligatorios y vinculantes

¹³⁶ Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. *Óp. cit.*, tomo V, página 56.

¹³⁷ Pablo Vaca Acosta, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR. *Óp. cit.*, página 91.

para todos. La Asamblea Nacional le otorga a la Corte Nacional de Justicia “atribuciones colegisladoras” porque la jurisprudencia obligatoria “tiene efecto generalmente obligatorio, o sea, el mismo que tiene la ley”¹³⁸, tal y como lo sostiene Nicolás Castro Patiño.

Para Juan Morales O., “la Constitución vigente plantea el desarrollo de un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en los fallos de triple reiteración, que incidirá de manera definitiva en los niveles de justicia nacionales.”¹³⁹ Actualmente la Triple Reiteración ha sido elevada a precepto constitucional, así el inciso primero del artículo 185 de la Constitución de la República prescribe que:

“Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente.

Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.” (La cursiva es mía)

Pero previamente la vigente Constitución, cuando fija las atribuciones de la Corte Nacional de Justicia, en el numeral 2 del artículo 184 señala como una de las funciones de la corte Nacional de Justicia, la de:

“[...] Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración [...]”

Al considerar un precedente jurisprudencial obligatorio por Triple Reiteración, primero debemos tener en cuenta la fecha de su expedición. La fecha que se debe considerar como diferenciadora de sus efectos es aquella con la que se publicó y entró en vigencia nuestra actual Constitución de la República, es decir 20 de octubre de 2008.

¹³⁸ Nicolás Castro Patiño, HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE, Artículo publicado en la Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2, Publicado: 5 de Febrero de 2010, 06h05, Última actualización: 23 de Marzo de 2010, 07h03, GENERADO: 3 de octubre del 2010, 13h17, Artículo publicado en la Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/299a310_hay_que_establecer.pdf

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5321&Itemid=134.

¹³⁹ Juan Morales O., JURISPRUDENCIA. *Óp. cit.*

Debemos considerar que los fallos de triple reiteración dictados al amparo del artículo 19 de la Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004, que “si bien surgen al igual que los que tenemos actualmente, de la reiteración por tres ocasiones de un mismo criterio sobre un mismo punto de derecho, son obligatorios y vinculantes para todos, excepto para la Corte Suprema¹⁴⁰, es decir no lo son para su órgano jurisdiccional emisor”¹⁴¹. Asumimos que los fallos dictados antes del 20 de octubre de 2008 no son obligatorios para toda la Corte Suprema, actual Corte Nacional, al usar un término tan general, es decir tanto para el Pleno, sus Salas y los Magistrados. Nos ilustrará más el texto del artículo en mención:

Art. 19.- PUBLICACION Y PRECEDENTE.- Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.”(La cursiva es mía)

Mientras que los fallos de Triple Reiteración dictados luego del 20 de octubre de 2008, están bajo el amparo de la Constitución actual y del Código Orgánico de la Función Judicial son obligatorios incluso para la Corte Nacional de Justicia. Este efecto aunque no está señalado de forma expresa, se infiere de la redacción del articulado, sobre todo cuando dice que la jueza o el juez “[...]deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente”, y por los requisitos que se establecen para el cambio de criterio jurisprudencial. El artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial señala:

“Art. 182.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta

¹⁴⁰ Actualmente Corte Nacional de Justicia.

¹⁴¹ Pablo Vaca Acosta, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR. *Óp. cit.*

días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y *deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente*. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada.”(La cursiva es mía)

Adicionalmente el último inciso del artículo 28 del mismo cuerpo legal, al indicar las obligaciones de juezas y jueces, acota respecto al principio de obligatoriedad de administrar justicia que:

“[...] Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.” (La cursiva es mía)

Sobre el procedimiento para el fallo de Triple Reiteración debe seguir para convertirse en precedente obligatorio, además de lo que expresa el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, debemos considerar que el numeral 5 del artículo 2 de la Resolución de carácter general emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial 572 de 17 de abril de 2009, establece que: “[...] Cuando una Sala de la Corte Nacional o el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia establezcan la existencia de fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho, lo comunicarán inmediatamente, a través de su Presidente o Director, respectivamente, al Pleno de la Corte Nacional, para que en el plazo de sesenta días, conozca y decida sobre su conformidad. Si

en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria [...]”.

En palabras de Juan Morales O., “para estar a la altura del mandato constitucional es preciso que se mire a la jurisprudencia como lo que es... la interpretación argumentada de la ley, que aplicada a casos concretos, permite alcanzar mejores niveles de justicia, y desde el logro de este objetivo, mejores niveles de seguridad jurídica y legitimidad moral.”¹⁴²

A este respecto, Manuel Sánchez Zuraty, en su artículo “La importancia de la jurisprudencia en el marco de la teoría general de las fuentes del derecho”, publicado en la Revista Judicial Derecho Ecuador opina que “En la práctica, la Corte Nacional debe tener especial cuidado en escoger correctamente las sentencias que merezcan el tratamiento para convertirse en normas erga omnes, porque, siendo nuestro sistema eminentemente positivista-legal, muchos aspectos de la vida humana están normados en códigos y leyes, quedando poco espacio para el desarrollo de jurisprudencia, como fuente del derecho. No es correcto que los fenómenos ya normados en las leyes se repitan en la jurisprudencia, porque no es necesario. Tampoco nuestro sistema permite que se utilice a la jurisprudencia para legislar como fuente originaria del derecho, porque tal competencia tiene únicamente el legislador.”¹⁴³

Sobre la publicidad que se debe dar a las resoluciones que establecen jurisprudencia obligatoria, es mandataria su publicación en el Registro Oficial, sin perjuicio de que la Corte Nacional decida hacerlo por otro medio, debido a la obligación de publicidad de la que gozan todas las normas obligatorias, conforme lo señala el artículo 197 del Código Orgánico de la función Judicial que, al referirse a la publicación de los fallos prevé que:

“[...]Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, *a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.*” (La cursiva es mía).

¹⁴² Juan Morales O., JURISPRUDENCIA. *Óp. cit.*

¹⁴³ Manuel Sánchez Zuraty, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. *Óp. cit.*

El 15 de agosto del 2012, la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, estableció, mediante Resolución No. 09-2012, un procedimiento para el cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio, la cual contempla, entre otros aspectos, que:

- Se establecerá precedente obligatorio solo en base a las resoluciones de una sala especializada de la Corte Nacional,
- Solo en las Salas que dispongan de más de tres Jueces, cuando en sentencia se reitere por tres ocasiones igual opinión, se usarán como fundamento para establecer jurisprudencia obligatoria,
- El cambio de criterio jurisprudencia solo lo puede hacer un Tribunal de una de las Salas especializadas,
- El fallo debe estar sustentado y motivado jurídicamente, justificando el cambio,
- El fallo de cambio de criterio debe ser unánime,
- Si una sentencia, que contenga un fallo que se aleje de un precedente vinculante, se ejecutoria, el Presidente o Presidenta de la Sala lo hará conocer al pleno, quienes decidirán si lo dejan o no sin efecto.

Transcribiremos los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución No. 09-2012, de 15 de agosto de 2012, de la Corte Nacional de Justicia, sobre Procedimiento para el Cambio de Criterio Jurisprudencial Contenido en un Precedente Obligatorio:

“Artículo 1.- El establecimiento de un criterio jurisprudencial obligatorio, se realizará únicamente en base a resoluciones expedidas por una Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia. En aquellas Salas integradas con un número mayor a tres Jueces o Juezas, las sentencias que expidan los tribunales de aquellas salas, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, servirán de fundamento para establecer un precedente obligatorio en los términos previstos en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial.

El plazo previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, correrá a partir de la fecha en que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia ponga en conocimiento del Pleno la existencia de un posible caso de triple reiteración.”

“Artículo 2.- El cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia. Dicho fallo o sentencia, a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, deberá ser expedido en forma unánime por el Tribunal.”

“Artículo 3.- Ejecutoriada la sentencia que contenga un criterio jurisprudencial que se aparte del constante en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte

Nacional de Justicia, el Presidente o Presidenta de la Sala lo pondrá inmediatamente a conocimiento del Pleno por intermedio del Presidente o Presidenta de la Corte, para que decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio jurisprudencial se ha cambiado o determine si se trata de una cuestión nueva, no comprendida en dicho precedente.

Si el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resuelve dejar sin efecto el precedente obligatorio, el Tribunal o la Sala, podrán asumir el nuevo criterio; y, si éste se reitera por tres ocasiones, deberá ser puesto nuevamente a consideración del Pleno para que decida sobre su conformidad, observando el procedimiento previsto para la determinación de precedente obligatorio.”

Con fines didácticos, elaboramos un cuadro explicativo de la Jurisprudencia como Fuente de Derecho Administrativo:

**El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación,
visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativo**

ÓRGANOS GENERADORES	FUNCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL ESTADO	JURISPRUDENCIA REFERENCIAL	JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA
<p>Procuraduría General del Estado. Numeral 3 del artículo 237 de la Constitución. Artículo 13 de la ley Orgánica de la PGE.</p>	<p>Absolución de consultas y el asesoramiento en temas sobre aplicación de la ley a las instituciones del sector público y las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.</p>	<p>Resolución no vinculante ni aún para los consultantes.</p>	<p>Pronunciamiento es vinculante para las instituciones consultantes y para toda la Administración Pública, inter partes y erga omnes, sobre la materia consultada.</p>
<p>Contraloría General del Estado. Numeral 25 del artículo 31 de la ley Orgánica de la CGE.</p>	<p>Asesorar conforme a su petición a las instituciones del Estado y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control.</p>	<p>Solo tiene carácter informativo para los consultantes.</p>	<p>Pronunciamiento vinculante para la propia administración tributaria.</p>
<p>Servicio de Rentas Internas. Numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas.</p>	<p>Conocer y resolver absolver las consultas que se propongan, sobre el régimen jurídico tributario, sentido y alcance de la ley tributaria, los sujetos pasivos con interés propio y directo, o las federaciones y asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y entidades del sector público.</p>	<p>Resoluciones con el carácter de vinculante y obligatorias para todos, inter partes y erga omnes.</p>	<p>Resoluciones con el carácter de vinculante y obligatorias para todos, inter partes y erga omnes.</p>
<p>Corte Constitucional. Numeral 1 y 6 del artículo 436 de la Constitución, y numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.</p>	<p>Interpretar la Constitución y expedir sentencias respecto de los procesos constitucionales que conozca, que hayan sido interpuestos por cualquier persona, pública o privada.</p>	<p>PRECEDENTE ORDINARIO PROPIAMENTE DICHO. Obligatorio para sujetos procesales, inter partes. Para el resto es solo referente sin obligatoriedad. Emitido por jueces inferiores, es decir Tribunales de lo Contencioso Administrativo.</p>	<p>RESOLUCIONES OBLIGATORIAS CON FUERZA DE LEY. En caso de fallos contradictorios, y/o duda u oscuridad de las leyes, estas resoluciones tienen el carácter de obligatorias y generales, tal como la ley, erga omnes. Proviene de tribunales de igual jerarquía, de las cortes superiores o tribunales distritales. Se dan mediante resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia</p>
<p>Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia. Numeral 5 del artículo 86, numeral 2 del artículo 184, y artículo 182 de la Constitución de la República. Artículo 19 de la Ley de Casación.</p>	<p>Expedir sentencias dentro de los juicios en el que el actor-administrado plantea contra el demandado-administración pública, solicitando reivindicaciones legales por los eventuales perjuicios que habría ocasionado o que pudo haber ocasionado la institución estatal que habría cometido los actos que pudieron haber afectado los derechos del actor</p>	<p>FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN Surgen de la Sala de lo Contencioso Administrativo, declarados por el Pleno de la Corte. Obligatorias en casos análogos no solo entre las partes sino para todos, inter partes y erga omnes, así como para tribunales inferiores. Para los de igual jerarquía obligatorio después del 20-octubre-2008.</p>	<p>PRECEDENTE PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY. Sentencias de Casación. Obligatorias para los sujetos procesales, inter partes. Para el resto es solo referente sin obligatoriedad. Emitido por jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo.</p>

Capítulo III
APLICACIÓN PRÁCTICA
DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO
DESDE LA JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Tal y como se indicó en páginas precedentes, la institución del Silencio Administrativo Positivo se consagró con la intención de alcanzar una protección efectiva del Derecho de Petición y evitar que la Administración Pública se abstenga de pronunciarse cuando le ha sido formulada una pretensión, rehuendo su Obligación de Resolver y violando el Derecho de Respuesta, porque con el Silencio Administrativo Positivo la solicitud presentada se entiende aceptada si la administración no ha resuelto el asunto o recurso dentro del plazo de tiempo previsto en la ley.

El Silencio Administrativo Positivo no es nuevo dentro de nuestra legislación, ya que está en vigencia casi veinte años considerando que fue recogido por primera vez en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993, pero aunque “[...]es una herramienta para facilitar trámites y vencer la inoperancia, es necesario advertir que tiene algunas limitaciones que, a pesar de ser obvias, no han sido tomadas en cuenta[...]”¹⁴⁴, ya que tiene algunos vacíos legales en lo referente a su aplicación, que afortunadamente se han ido cubriendo gracias a la Jurisprudencia emitida bajo la figura de resoluciones o absoluciones de consultas de algunos órganos del Estado. Recordemos que la Jurisprudencia es, después de la ley, es la más importante fuente del Derecho Administrativo, y según nuestra legislación en unos casos es fuente primaria y obligatoria, mientras que en otros es solo secundaria y referencial.

A continuación absolveremos algunas dudas sobre el uso práctico y manejo procesal de la institución del Silencio Administrativo Positivo, visto desde la perspectiva de la Sala

¹⁴⁴ Néstor Arboleda Terán, PROCEDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador GENERADO: 15 DE JULIO DEL 2010, 04H20. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2376&Itemid=426 .

Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, matizándola con resoluciones de la Corte Constitucional y con criterios de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado, siempre que sea posible. El análisis del procedimiento para que el Silencio Administrativo Positivo se haga efectivo por petición ante la autoridad administrativa no será parte de este estudio porque, aún cuando es posible, en la práctica no se da ya que la administración casi nunca admite haber incurrido en el incumplimiento de contestar y menos ejecuta voluntariamente un acto administrativo presunto que es consecuencia del silencio de la administración.

Debemos tener presente que sobre el Silencio Administrativo Positivo existe un Fallo de Triple Reiteración que tiene el carácter de obligatorio con fuerza de ley al que tomaremos en cuenta, emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicado en la Gaceta Judicial No. 15 Serie XVI, correspondiente a mayo-agosto de 1999, que incluye la resolución No. 321-97, la resolución No. 195-99 dentro del juicio No. 168-98, y la resolución No. 217-99 dentro del juicio No. 169-98.

3.1. Casos en los que el administrado no puede acogerse al Silencio Administrativo Positivo.

No en todos los casos el administrado puede acogerse al silencio administrativo. A este respecto existen los siguientes pronunciamientos:

- No cabe acogerse al Silencio Administrativo Positivo en materia contractual, ya que esta materia se rige por lo acordado por las partes, siendo el contrato la norma jurídica de obligatorio cumplimiento. “por lo cual resulta es extraño pretender que mediante una falta de oportuna contestación sea modificado la normatividad contractual establecida”¹⁴⁵, tal como lo afirma Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 20-2010 del 15 de enero del 2010, juicio No. 266-2006, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 174 de 27 de julio de 2011. En el mismo sentido ha señalado la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en el oficio

¹⁴⁵ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo n° 20-2010 del 14 de enero del 2010, juicio n° 266-2006, página 4.

No. 13521 del 19 de abril de 2010, en el que ha concluido que “no procede referirse al efecto positivo del silencio administrativo, previsto en el Art. 28 de la ley de modernización,...por cuanto se trata de un contrato administrativo en el cual las relaciones se rigen por lo estipulado en el contrato, sin que proceda considerar al contratista como administrado para estos efectos”. Aun cuando el planteamiento de las dos instituciones tiene coherencia, en nuestra opinión no se ha considerado que los contratantes no están en igualdad de condiciones, ya que el Estado esta investido de facultades exorbitantes que lo ponen en superioridad de circunstancias por sobre el particular, además de que no hay la posibilidad de negociación o esta está muy limitada, ya que en esencia los contratos públicos son de adhesión. La Corte Nacional de Justicia plantea una excepción que permitiría la aplicación del la institución del silencio administrativo en temas de contratación pública: en el caso de que “aparezcan materias o asuntos que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes ni contemplados o considerados en la ley de la materia que rige la contratación pública”¹⁴⁶.

- No se entenderá aprobado un proyecto de reglamento o estatuto si la autoridad competente no lo ha hecho en el término previsto, a menos que la ley así lo disponga, tal y como se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en el oficio 08967 del 28 de agosto de 2009 y en el oficio 08452 del 23 de julio de 2009.

- Es improcedente la aplicación del silencio administrativo positivo entre instituciones del estado, considerando que el artículo 28 de la Ley de Modernización “[...] está referido al Derecho de Petición de los administrados, es decir de los particulares frente a la administración pública. En el presente caso se trata de dos entidades públicas, [...] a cuyas entidades no se les puede considerar “administrados” habida cuenta que forman parte de la administración pública o sector público [...]” conforme lo acota la Procuraduría General del Estado en el oficio 08452 del 23 de julio de 2009 y el oficio 08967 del 28 de agosto de 2009.

- Se considera impertinente que la institución del silencio administrativo, prevista en el artículo 28 de la ley de Modernización, se aplique a los pronunciamientos que expida el

¹⁴⁶ Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo n° 20-2010 del 14 de enero del 2010, juicio n° 266-2006, página 4.

Procurador General del Estado ya que “[...] en estricto Derecho, los pronunciamientos del Procurador General del Estado al absolver las consultas que se le formulan, no pueden ser estimados como actos administrativos [...] pese a que estos actos implican la enunciación de la voluntad unilateral; desde que influyen en la decisión final del órgano de la administración pública que ha realizado la correspondiente consulta [...]”¹⁴⁷, tal como lo acota la Procuraduría General del Estado en el oficio 05912 del 30 de enero de 2009 y la ratificación al mismo contenida en el oficio 06448 del 9 de marzo de 2009.

- El silencio administrativo positivo no es aplicable a las reclamaciones sobre glosas que se sustancien en la Contraloría General del Estado según dice la Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en vista de que no se puede “[...] contrariar normas legales expresas, que regulan el tiempo en el que una autoridad puede resolver un asunto; de otro modo alteraría el ordenamiento aún de leyes orgánicas, como en el caso es la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC [...] no ha cambiado el efecto negativo del silencio administrativo establecido en el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC¹⁴⁸, con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado [...]”, en consideración de que la Ley de Modernización tiene el carácter de ley ordinaria, con jerarquía inferior a la de una ley orgánica, según se señala en el fallo de casación No. 44 del 7 de febrero del 2006 dentro del juicio 03-2003, publicado en el Registro Oficial 253 del día 19 de abril de 2006

3.2. Término para que sea exigible.

Conforme al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, “Todo reclamo, solicitud o pedido ante una autoridad pública debe ser resuelto en un término no mayor de quince días, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto[...]”; que en palabras de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expediente 372-09 de 17 de diciembre del 2009, dentro del juicio No. 239-2007 publicado

¹⁴⁷ La Procuraduría General del Estado, citando al ex Tribunal Constitucional en resolución No. 003-2003-AA, publicada en el Registro Oficial No. 164 de 8 de septiembre del 2003,

¹⁴⁸ Derogada por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, COPYFP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

en el Registro Oficial Suplemento 172 de 25 de Julio del 2011, no se debe confundir la Ley con un Reglamento, siendo este último un “ cuerpo normativo que, al no ser ley, no puede surtir el efecto de alterar el término de quince días, dentro del cual inexorablemente la institución accionada debía atender la reclamación administrativa de los demandantes”, es así que un reglamento no podrá modificar el plazo previsto en la Ley de Modernización, cosa que si podrá ocurrir con una norma de superior jerarquía como una ley orgánica que prevalece sobre leyes ordinarias, como en el caso del artículo 387 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización, COOTAD, que dice que si un gobierno autónomo descentralizado no tiene un plazo máximo para resolver, este será de treinta días.

3.3. Agotamiento de vía administrativa previo a interposición de recurso judicial.

En cuanto al requerimiento de que se agote la vía administrativa como paso previo a la interposición de un recurso judicial, debemos primero considerar el derecho de todos los habitantes de la República para tener acceso a la justicia y la situación de indefensión en la cual se podría colocar al actor, además hay que tomar en cuenta el artículo 75 de la Constitución de la República que señala que *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*

De igual manera debemos tomar en cuenta lo que dice en la parte pertinente el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada en el sentido que *“[...] No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.”*

Sobre este tema la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la Resolución de 24 agosto de 2009, juicio No. 267-2006, publicado en la Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 3002 e inserto en el Expediente 266-09 de 24 de agosto del 2009, juicio No. 267-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 100, 14 de Diciembre del 2010, reza que “[...] no puede negarse el acceso a una justicia expedita y efectiva a un administrado que impugna un acto administrativo, ya que, con ello, se vulnerarían las garantías que le son reconocidas por la Carta Fundamental y los convenios internacionales”, considerando que la Constitución es la norma suprema del Estado, y esta y los derechos que reconoce están por sobre cualquier otra norma de la República.

En las mismas resoluciones antes citadas, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia abunda en un interesante análisis de la Carta Suprema de 1998 cuando dice que “[...] la Constitución Política de la República de 1998 dispuso, en su artículo 196¹⁴⁹, la posibilidad de impugnar ante los órganos jurisdiccionales los actos administrativos emanados de cualquier autoridad de las instituciones del sector público, estableciendo, en el artículo 192¹⁵⁰, que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, tendiendo a hacer efectiva la garantía del debido proceso y a velar por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia, estableciendo que no pueda sacrificarse la misma por la sola omisión de formalidades. Estos mandatos fundamentales constituyen normas superiores que se sobreponen a cualquier disposición que se les oponga, en virtud del artículo 272¹⁵¹ de dicha Carta Fundamental, que establecía que la Constitución prevalece sobre cualquier norma legal y que las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos no tienen valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones; razón por la cual la Sala del Tribunal inferior ha sido competente para conocer la demanda presentada por el actor, sin que para el efecto haya sido menester agotar la vía administrativa; siendo la objeción que en este sentido se ha hecho a la

¹⁴⁹ Artículo 73 de la Constitución de la República en vigencia.

¹⁵⁰ Artículo 169 de la Constitución de la República en vigencia.

¹⁵¹ Artículos 424 y 425 de la Constitución de la República en vigencia.

sentencia del todo improcedente. La Constitución prevalece sobre cualquier norma legal y que las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos no tienen valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones; razón por la cual la Sala del Tribunal inferior ha sido competente para conocer la demanda presentada por el actor, sin que para el efecto haya sido menester agotar la vía administrativa.”

3.4. Competencia.

Para dilucidar sobre qué juez es competente para conocer las acciones dirigidas a conseguir la ejecución de los actos administrativos presuntos, derivados del silencio de la Administración Pública, la Corte Nacional de Justicia, antes Corte Suprema de Justicia, parte del análisis de las normas que constan en los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en el especial el último de éstos que establece que son competentes para conocer las demandas por actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos producidos por las entidades del sector público, los tribunales distritales del domicilio del actor; en razón de la materia los Tribunales de lo Contencioso Administrativo debido a que “[...]los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos para conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los “*actos [...] producidos por entidades públicas*” previstos en la norma”, además el sujeto pasivo será una institución pública de las previstas en el artículo 225¹⁵² de la Constitución de la República, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en algunos fallos como Expediente de casación No. 457 de 16 de noviembre del 2007, Juicio No. 71-2005, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 39 de 2 de octubre de 2009; Expediente de Casación 480 de 30 de noviembre del 2007, Juicio No. 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente de Casación 341 de 11 de

¹⁵² La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia hace referencia al artículo 118 de la Constitución de la República de 1998.

noviembre de 2009, Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011.

Como se señalara previamente, la competencia en razón del territorio se radica en el Tribunal Distrital del domicilio del actor. La dificultad se presentaría en caso de concurrencia de varios actores con domicilios distintos en cuyo caso, la Sala de lo Contencioso de la Corte Nacional remedia el problema, en los expedientes ya citados, diciendo que "...con base en los principios de economía procesal y de concentración, previstos en los artículos 193 y 194 de la Constitución Política, se soluciona con la determinación del domicilio de quien comparece en representación de los actores... debidamente legitimado. Este criterio es aplicable no sólo tratándose de acciones de ejecución, en las que se puede considerar con error, y en aplicación del régimen previsto en el Código de Procedimiento Civil, cierta concurrencia en razón del lugar en que deben ejecutarse los actos administrativos presuntos o cualquier otra, sino en todos los casos en los que se requiera aplicar el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, norma que define la competencia atendiendo el territorio.". Queda claro entonces que para estos casos no es aplicable el Código de Procedimiento Civil y que tampoco sería aplicable el criterio de concurrencia en razón del lugar en que deben ejecutarse los actos administrativos presuntos o cualquier otro criterio diferente al estipulado en el artículo 38 de la ley de Modernización.

Es importante tomar en cuenta que la Sala de lo Contenciosos de la Corte Nacional de Justicia, en los mismos fallos citados resalta que no "[...] sería lícito, por tanto, entender que la norma limita la posibilidad de que actúen por idéntica causa, con idéntico objeto, sujetos diversos, con domicilios distintos."

En pocas palabras diremos que al analizar la competencia se debe tomar en cuenta: a) los derechos del actor en relación del acto administrativo presunto derivado del silencio de la administración es decir la materia; b) que el sujeto pasivo procesal esté dirigido contra el Estado Ecuatoriano circunscrito en una de las instituciones públicas mencionadas en el artículo 225 de la Constitución de la República; y la Sala de lo Contencioso Administrativo funda su competencia en el artículo 184 de la Constitución de la República, artículo 16 de

la Ley de Casación y en los artículo 28 y 38 de la Ley de Modernización. Esto tal cual el parecer de la Sala expresado en el Expediente 31-07 de enero de 2007, juicio No. 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.

No abundamos al referirnos al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y al Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011, cuando este atribuye a aquel la resolución definitiva del problema de la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando emplea “[...] como punto de conexión principal el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, esto es, cuando una demanda se dirige contra cualquiera de las instituciones públicas, de aquéllas previstas en el artículo 118¹⁵³ de la Constitución Política, el único Juez competente, sin consideración a la materia, pues, en cualquier caso, el Estado y sus instituciones efectúan sus actividades y generan efectos, directos o indirectos, siempre a través de actos, hechos o contratos, es un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.”

La Segunda Sala Del Tribunal Constitucional, al solicitársele la ejecución de un acto presunto producido por silencio administrativo positivo, se declaró incompetente para conocer ese tipo de causas, cuando, dentro de la Resolución 1432 de 21 de agosto de 2008, dentro del Juicio No. 1432-2006-RA, publicado en el Registro Oficial Suplemento 76 de 2 de Octubre del 2008, realizó las siguientes consideraciones:

“si el actor consideraba que debía operar el silencio administrativo, en la falta de atención oportuna a su apelación, debía intentar la acción correspondiente ante el Tribunal Contencioso Administrativo, a efecto de solicitar se emita el pronunciamiento respectivo en relación con la extemporaneidad o no de atención por parte de las autoridades [...], y no plantear una acción de amparo, que no está destinada de manera alguna a resolver sobre temas de legalidad de los actos u omisiones de la administración pública.”

¹⁵³ Articulado corresponde a la Constitución de 1998, actualmente es el artículo 225 de la Constitución de la República vigente.

3.5. Trámite Judicial.

En el Fallo de Triple Reiteración publicado en la Gaceta Judicial correspondiente a mayo agosto de 1999 No. 15 Serie XVI, que incluye la Resolución No. 321-97 de 10 de diciembre de 1997, la Resolución No. 217-99 de 13 de julio de 1999 dentro del Juicio No. 169-98, y la Resolución No. 195-99 de 21 de junio de 1999 dentro del Juicio No. 168-98, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha puesto de relieve que el silencio administrativo da base a la interposición de un recurso ejecución para su ejecución inmediata, siempre que el actor cuente con el certificado emitido por la institución administrativa de que por el transcurso del tiempo sin respuesta ha operado el silencio administrativo; pero si el actor no posee el mencionado documento, procederá un recurso de conocimiento que pretenderá la consecución del mismo.

Hay que tener presente que “[...] en el juicio de conocimiento lo que el accionante pretende es que se reconozca un derecho cuando le ha sido negado o desconocido por parte de la Administración Pública, en tanto que al haber operado el silencio administrativo positivo significa que las pretensiones del administrado han sido atendidas favorablemente, y, por ello, lo que corresponde es solicitar la ejecución del acto presunto [...]”, tal cual reza en la parte pertinente del Expediente 302-08 de 15 de septiembre de 2008, dentro del juicio No. 141-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 113 de 1 de Febrero del 2011.

En la Resolución No. 321-97 de 10 de diciembre de 1997, la Sala de lo Contencioso Administrativo sostuvo que sobre la materia que “[...] el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que conforme lo enseña la doctrina y jurisprudencias [...], nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria del organismo al que se dirigió el pedido, [...] por lo cual la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución [...] Por otra parte es evidente que el

actor dedujo la acción de este juicio con el propósito de amparar sus derechos subjetivos presuntamente negados, desconocidos o no reconocidos en el acto impugnado, evidencia que determina, sin lugar a duda, que el recurso propuesto es subjetivo o de plena jurisdicción [...]. Vale la pena recordar que [...] mas que el carácter general o particular de la norma impugnada, lo que principalmente determina la clase de recurso interpuesto es el propósito con el cual se interpone este: si se trata de amparar un derecho subjetivo del recurrente este será un recurso subjetivo, en tanto que si la finalidad del mismo es tutelar el cumplimiento de la norma jurídica obligatoria de carácter administrativo que no evidencie un propósito de defensa de un derecho subjetivo, se estará ante un recurso objetivo de nulidad o exceso de poder.”

Es interesante como en su análisis, expresado en la Resolución No. 217-99 de 13 de julio de 1999 dentro del Juicio No. 169-98, y la Resolución No. 195-99 de 21 de junio de 1999 dentro del Juicio No. 168-98, la Sala de lo Contencioso Administrativo resalta un detalle que pudo haber pasado inadvertido para la mayoría, cuando al revisar el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa este establece específicamente los requisitos que ha de contener la demanda, entre los cuales no se encuentra la obligación del actor de especificar el trámite o tipo de recurso que se dará a la controversia, tal como se establece como por ejemplo en el numeral 6 del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil. Siendo desde todos los puntos irrefutable esa realidad jurídica, “[...] la jurisprudencia unánime tanto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional como de esta Sala ha establecido que: la determinación de la clase de recurso es facultad del respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y no del actor en el libelo. Como consecuencia de lo anterior se torna intrascendente la expresión en torno a la clase de recurso propuesto que aparezca de la demanda; y, en aplicación de lo antes señalado bien se puede tolerar que por error o equivocación en una misma acción se interponga recurso objetivo y subjetivo, toda vez que la ley no ha establecido ritos diferentes para cada uno de estos recursos. Ciertamente es que en determinados casos, desde luego no en todos, podría ocurrir que aparezcan pretensiones incompatibles; mas la circunstancia ya señalada, de que no corresponde al actor la determinación del recurso sino al tribunal, torna intrascendente procesalmente tal incompatibilidad, ya que, precisamente en base del propósito para el que se interpone, el juzgador calificará el recurso, y en consecuencia hará desaparecer la aparente incompatibilidad señalada[...]”.

3.6. Caducidad del derecho para proponer la acción.

En los casos en que el administrado busca hacer efectivo el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo, cabe que se extinga el derecho para interponer acción judicial por el transcurso del tiempo. “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”, como lo sostiene la Sala de lo Contenciosos Administrativo en el Expediente de 31-07 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.

Es determinante en la contabilización del tiempo, la consideración que se hace sobre desde cuando debe comenzar a calcularse el término. En el Expediente de Casación 84 de 10 de abril del 2008 dentro del juicio No. 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de Junio del 2010 y en el Expediente de 31-07 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008, “[...] esta Sala ha señalado que la fecha de inicio para el computo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción... sería por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se habría procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa.” Es importante tomar en cuenta que es el día siguiente “[...] a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto en relación con la petición original (inicial) del administrado, sin que sean relevantes a este efecto las subsecuentes omisiones en que incurra la autoridad ante las peticiones que el actor hubiese presentado para conseguir la ejecución del referido acto administrativo presunto original (inicial) en sede administrativa [...]”¹⁵⁴.

La misma Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el expediente ya enunciado, fija una excepción a la regla antes mencionada, que es en los

¹⁵⁴ Expediente de 31-07 31 de enero de 2007 dentro del juicio n° 158-2004, publicado Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.

casos de “[...] impugnación de un acto administrativo expreso o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si este es meramente declarativo, en cuyo caso se seguirá la regla de caducidad para los actos administrativos notificados o los hechos administrativos, según sea el supuesto, porque la "impugnación" de estos actos o hechos serían, en estricto sentido, la materia de la litis [...]” en cuyo caso estaríamos frente a otra circunstancia fáctica.

Los términos previstos para que opere la caducidad o prescriba el derecho para interponer acción judicial, son en términos generales: “[...] 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 y los hechos administrativos.”¹⁵⁵

3.7. Requisitos para aplicar el Silencio Administrativo Positivo.

En lo que hace referencia al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, el juez tiene el deber y la obligación de verificar si se han cumplido con los requisitos sustanciales y formales que hacen posible la ejecución del acto administrativo presunto. Así lo ha señalado la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte nacional de Justicia dentro del Expediente 84 de 10 de abril del 2008 dentro del juicio No. 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de Junio del 2010.

3.7.1. Requisitos materiales o sustanciales.

¹⁵⁵ Expediente 84 de 10 de abril del 2008 dentro del juicio n° 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220, 23 de Junio del 2010.

Juan Carlos Benalcázar Guerrón sostiene acertadamente “[...] que no cabe que el efecto del silencio administrativo opere contra la ley, por lo cual, la petición o pretensión deben ser legítimas y posibles.”¹⁵⁶

El requerimiento de requisitos materiales o sustanciales hacen referencia a que el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo sea un acto regular con razones de orden jurídico porque los fundamentos de hecho o de orden fáctico debieron ser analizados en sede administrativa, pero por operar el silencio de la administración, esta perdió su facultad.

Según el Expediente 84 de 10 de abril del 2008 dentro del juicio No. 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de Junio del 2010 y el Expediente No. 457 de 16 de noviembre de 2007 dentro del juicio No. 71-2005, publicado en el Registro Oficial suplemento 30 de 2 de octubre de 2009, “[...] el acto administrativo regular es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios invalidadables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta [...] para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente” Entonces no serán actos regulares los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley.

Ejerciendo la potestad de autotutela, la administración “es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), expreso o presunto, aún cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que no es posible admitir los actos nulos de pleno derecho, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo.”

¹⁵⁶ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA. *Óp. cit.*

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en los mismos expedientes, también sostiene que “[...] 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 [...]”, esto porque los actos nulos de pleno derecho son susceptibles de extinción en manos de la misma autoridad administrativa.

A su vez, la Contraloría General del Estado, en el Oficio No. 27381 DJDJ, 2008-10-31, dentro de un caso específico en el que una institución consultante pretendió acogerse al silencio administrativo por una supuesta falta de absolución oportuna de la Contraloría, respondió que no era pertinente la emisión del certificado solicitado debido, entre otras cosas, a que esa institución no podía por efecto del silencio “[...] asumir atribuciones asignadas a otros órganos del poder público.”

3.7.2. Requisitos formales.

Como ya vimos en el primer capítulo, cuando la administración no responde oportunamente las peticiones, solicitudes o reclamos de los administrados, dentro del tiempo previsto en la ley se genera un acto administrativo presunto, que admite o acepta lo solicitado. Luego de que el silencio de la administración se ha materializado, la autoridad está en la obligación de otorgar, conforme al artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, “el acto expreso contentivo de la constancia”¹⁵⁷ de que el acto presunto se produjo. La certificación exterioriza un enorme provecho, que consiste en el hecho cierto de que el recurrente tenga la constancia física de que se configuró el acto presunto.

A decir de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Expediente 84 de 10 de abril de 2008, dentro del juicio 36-2006, publicada en el

¹⁵⁷ Badell Grau & De Grazia, EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. ACCIONES PARA OBTENER LA CONSTANCIA EXPRESA, página digital en línea del despacho de abogados. Venezuela. PUBLICADO: 25 de enero del 2006, GENERADO 15-06-2010 06H00, <http://www.badellgrau.com/opiglourb15.htm>.

Registro Oficial Suplemento 220, 23 de Junio del 2010, “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 ser posible el ejercicio de los derechos que se desprenden de los actos administrativos presuntos.”

Como al particular se le dificulta la obtención de la prueba del acto presunto de parte de la administración, porque, en palabras de Fernando Garrido Falla, “si la Administración no ha querido resolver, más difícil será exigir que lo certifique, peor aun cuando del silencio puede derivarse responsabilidad”¹⁵⁸, considerando además que es poco probable la emisión del certificado, pese o por la prevención de que el funcionario sería destituido de no hacerlo, la Corte Nacional actuando salomónicamente, en el antes citado fallo, “consideró que bastaba, para acudir a los tribunales distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, al no ser emitido dentro del término de 15 días o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este requerimiento por vía judicial.”

“Debe subrayarse el hecho de que la certificación o el requerimiento en sede administrativa o judicial son útiles únicamente en los supuestos en que el actor pretende una actuación material (dar, hacer o no hacer) a cargo de la Administración”, tal como se sostiene en Expediente 130 de 28 de abril del 2009, dentro del juicio 480-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 82, 30 de Octubre del 2010, y en el Expediente No. 457 de 16 de noviembre de 2007 dentro del juicio No. 71-2005, publicado en el Registro Oficial suplemento 30 de 2 de octubre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional.

En pocas palabras, el administrado que pretende se haga efectivos los hechos, derechos o prestaciones, reconocidos por un acto presunto, con la interposición de un recurso ante los tribunales distritales, “requiere justificar en el proceso que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración”,

¹⁵⁸ Fernando Garrido Falla citado por Juan Carlos Benalcázar Guerrón, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA. *Óp. cit.*

tal y como lo sostiene la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia en el expediente ya mencionado.

Es decir que se prevé que el certificado sea exigido en sede administrativa o en sede judicial, lo que tampoco implica que sea concedido en los términos requeridos, señalando claramente la fecha en que venció el término pertinente, tendiendo la administración a emitir un documento lleno de divagaciones y alegaciones que pretender evadir el tema, en todo caso “...este hecho es irrelevante a efectos de constatar el requisito formal” requerido por la Corte.

Cuando sea del caso que el administrado esté en la necesidad de presentar una petición en sede judicial para que se haga efectivo el acto presunto, es necesario que dentro del texto de la demanda esté claramente expresado el cumplimiento del requisito formal, ya sea con la presentación adjunta del certificado o con la justificación de las diligencias realizadas en sede administrativa y judicial. Por lo expresado debemos tomar en cuenta el criterio de la Corte, en un caso particular, en el que afirmó que “[...] pese a la claridad de la pretensión del actor consignada en su demanda (fs. 7), no se aprecia, en el proceso, el cumplimiento del requisito formal señalado, lo que hace innecesaria cualquier otra consideración en relación con los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, para que pueda ser considerado regular y, por tanto, ejecutable, según lo solicitado en el libelo inicial” (Expediente 130 de 28 de abril del 2009, dentro del juicio 480-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 82, 30 de Octubre del 2010).

Según la Corte Constitucional, es viable la solicitud, a la autoridad administrativa, de LA emisión del certificado en sede constitucional, por medio de una Acción de Amparo que garantizaría en este sentido la efectiva tutela de los derechos constitucionales (actual Acción de Protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución), basándose en el criterio expuesto en la Resolución de la Corte Constitucional 12, Sentencia No. 012-12-SIS-CC de 3 de abril del 2012, dentro del CASO No. 0017-10-IS, publicado en el Registro Oficial Suplemento 731 de 25 de Junio del 2012, la que en su parte importante transcribimos:

“SEPTIMA.-Es importante señalar que más allá o independientemente de los efectos administrativos que causen la falta de pronunciamiento oportuno por parte de la autoridad (silencio administrativo), al configurarse con dicho omisión la violación

flagrante al derecho de petición, ésta determina la competencia de la autoridad constitucional para pronunciarse frente a la violación de ese derecho, pues la violación constitucional no queda satisfecha con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, mucho más si la naturaleza de la acción constitucional en nuestro medio no tiene carácter residual. La obligación que tiene la autoridad administrativa de resolver los asuntos que son parte de su competencia, nace de los principios constitucionales y su incumplimiento evidentemente puede ser observada y corregida por la vía constitucional.

OCTAVA.- De lo dicho es indispensable discriminar de manera clara el derecho de petición del accionante, respecto de las contenido de la solicitud no resuelta, toda vez si bien los ciudadanos tienen el derecho subjetivo a la pronta resolución de sus peticiones, la autoridad tiene la posibilidad de aceptar o negar dicha petición en virtud de observaciones específicas o técnicas de cada materia, por lo que, aceptar o negar la petición presentada del accionante le corresponde únicamente a la autoridad accionada, pues lo que único a lo que esta instancia puede garantizar es el derecho constitucional, más no influir el sentido que debe tener la resolución, pues la acción de amparo tiene únicamente la finalidad de garantizar la no vulneración de derechos constitucionales, en este caso remediar la falta de atención a los pedidos presentados por el accionante dentro de la investigación No. 2006- 004-UDAI-CD, y se esclarezcan sus efectos...

RESUELVE:...

2.- Disponer que se subsane la omisión en la que ha incurrido la accionada, pronunciándose de manera inmediata con respecto al pedido formulado por el accionante en el sentido de que se le confiera la certificación prevista en el 28 de la Ley de Modernización [...]”

3.8. Rol de los sujetos procesales en el proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos.

Los sujetos procesales principales dentro de la causa son, sin discusión, el actor y el demandado, cuyo papel es decisivo dentro del proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos.

Según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁵⁹, pueden comparecer en calidad de actor:

“Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

a) *La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos.*

¹⁵⁹ Ley CL 35, Registro Oficial 338 de 18 de Marzo de 1968, reformada.

b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses.

c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma.

d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.”

Conforme a la misma ley, la demanda se podrá interponer contra:

“Art. 24.- La demanda se podrá proponer contra:

a) El órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniera el acto o disposición a que se refiera el recurso.

b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.”

La Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del Expediente 84 de 10 de abril del 2008, dentro del Juicio No. 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de Junio del 2010, ha delimitado los roles que deben cumplir cada una de las partes.

Es así que en la demanda, además de contener los requisitos del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el actor deberá “[...] justificar en el proceso una petición debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, que hubiere cursado a una determinada autoridad administrativa competente para resolver sobre lo solicitado y el haber efectuado las diligencias en sede administrativas y judicial para obtener el certificado en el que conste el vencimiento del plazo.” Además, en la demanda las pretensiones del actor “[...] deben ser de orden material y vinculadas indefectiblemente con el contenido del acto administrativo presunto que se espera ejecutar [...]”

Dentro del proceso de ejecución el demandado podrá formular como excepciones “[...] aquellas propias de todo proceso de ejecución, esto es, las de orden procesal, las referidas a los requisitos sustanciales y formales antes señalados, o bien, aquellas relacionadas con las actuaciones de la administración con las que se ha satisfecho las pretensiones del actor.”

La Sala de lo Contencioso Administrativo continua explicando el rol del demandado cuando sostiene que el ejercicio de su Derecho de Contradicción debe estar vinculado con la naturaleza misma del proceso de ejecución, “[...] por lo que no tendría sentido plantear

como defensas o excepciones los temas que tuvieron que ser dilucidados a través de un acto administrativo explícito que hubiese dado fin al procedimiento administrativo desencadenado a través de la petición del administrado.”

Finalmente, en el ya mencionado Expediente 84 de 10 de abril del 2008, dentro del Juicio No. 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220 de 23 de Junio del 2010, recuerda que la prueba, sobre la cual ya se debe hacer enunciación en la demanda y la contestación, debe estar ligada a los hechos de la una y la otra, ya que “una prueba de diversa índole es absolutamente impertinente y debe ser rechazada en cuanto se la solicite, con el objeto de no desnaturalizar el proceso de ejecución.” Además como la acción que se interpone para hacer efectivo el derecho obtenido por efecto del silencio administrativo es una acción de puro derecho, no cabe la apertura de un término de prueba como tal, sino un término de prueba que “...tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que la petición aprobada por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que el objeto de petitorio no sufra afectación por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la solicitud o reclamo”, tal como lo sostuvo la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente 183 de 1 de junio del 2006 dentro del Juicio No. 278-2003, publicado en el Registro Oficial 24 de 16 de Febrero del 2007.

3.9. Efecto del silencio administrativo positivo.

De conformidad con el artículo 28 de la ley de Modernización del Estado y de acuerdo con el criterio reiterado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio No. 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011; y Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008, el silencio de la administración frente a una petición formulada produce ciertos efectos que son dar origen a:

- Un acto administrativo presunto y autónomo,
- Un acto legítimo,
- Un acto ejecutivo, y
- Efectos colaterales de origen legal.

3.9.1. Acto administrativo presunto y autónomo.

Entendemos por presunción “[...] al reconocimiento legal de un determinado acto o hecho mientras no se demuestre lo contrario. Esto quiere decir que un acontecimiento se entiende probado por la existencia de presupuestos para ello. Para anular la presunción, es necesario presentar pruebas en su contra que permitan sostener otra verdad diferente a la presumida.”¹⁶⁰

Por el silencio administrativo se genera un acto presunto en tanto en cuanto la petición presentada por el solicitante, por efecto de la inacción de la administración, se constituye en acto administrativo con iguales características y contenido que la solicitud que lo originó. Este acto administrativo será presunto mientras no haya sido analizado, por el juzgador o la autoridad administrativa según sea el caso, si cumple o no los requisitos materiales y formales que permitan su ejecución. “Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, de la que se destaca sus fundamentos jurídicos y tácticos¹⁶¹: de los primeros, se ha de derivar la cobertura legal para pedir lo que efectivamente se pide.” (Expediente 245 de 20 de julio del 2009 dentro del Juicio No. 184-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Diciembre del 2010).

Es un acto autónomo porque da origen a un derecho autónomo que se establece por el ministerio de ley como consecuencia del silencio de la administración, que acorde al criterio de la Corte Nacional de Justicia en el Fallo de Triple Reiteración publicado en la Gaceta Judicial No. 15 Serie XVI, correspondiente a mayo-agosto de 1999, que incluye la

¹⁶⁰ Diccionario en línea definición.de., Generado: 10 de noviembre de 2012, 12h03, Definición de presunción - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/presuncion/#ixzz2CavaLhsI>.

¹⁶¹ “tácticos”: Quiso decir “fácticos”.

resolución No. 321-97 en el juicio seguido por Agip-Ecuador S. A. contra el Ministerio de Energía y Minas; la resolución No. 195-99 dentro del juicio No. 168-98; y la resolución No. 217-99 dentro del juicio No. 169-98, “[...] nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución [...]”. Adicionalmente, en el punto de derecho respecto del cual se produjo la triple reiteración, se sostiene que “[...] el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”.

3.9.2 Acto legítimo.

Según la doctrina y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, los actos administrativos gozan de ciertos efectos como son la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, resumido en el artículo 68 del antes mencionado ERJAFE que reza:

“Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.”

Para mayor ilustración cabe citar a Clotario Salinas Montaña, Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que dice que la presunción de legalidad, de legitimidad, de validez o de juridicidad, consiste en suponer que el acto fue dictado conforme a derecho, es decir que “[...] su emisión se sujetó a todas las prescripciones de orden normativo. En efecto, son actos que emanan o supuestamente emanan de funcionarios públicos competentes señalados por la propia ley, que deben observar determinadas formas y procedimientos para emitir un acto administrativo. Por la

presunción de legitimidad, el Estado no requiere declarar que su actividad es legítima y que el acto emitido goza de legalidad. Para desvirtuar esta presunción es necesario pedirla, sea ante la misma administración o ante la justicia. La doctrina nos enseña que esta presunción es legal¹⁶², provisional¹⁶³, transitoria, calificada como “*juris tantum*”¹⁶⁴, que puede ser desvirtuada demostrando que el acto impugnado contraviene el orden jurídico.”¹⁶⁵

Conforme a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio No. 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011; y Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008, como cualquier otro acto administrativo expreso, el acto administrativo presunto derivado del silencio de la administración se presume legítimo, pero “[...] salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios invaliables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, que, por contener vicios invaliables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos.”

Según los expedientes antes citados, el alcance de que este acto administrativo presunto se presuma legítimo es que los actos administrativos posteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguirlo porque de él se han generado derechos. Para que sean susceptibles de modificación se debe ejercitar la declaratoria de lesividad, procediendo a ejecutar una acción de lesividad.

¹⁶² Nacida de la ley.

¹⁶³ De ejercicio transitorio hasta determinada normalización. Guillermo Cabanellas, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Tomo VI, página 494.

¹⁶⁴ *Sic*, voz latina que significa que “con derecho a prueba”. Hasta que se pruebe lo contrario.

¹⁶⁵ Clotario Salinas Montaña, NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Revista Judicial en línea Derecho Ecuador, Publicado: 23 de Mayo de 2012 15:31, Generado: 11 de noviembre de 2012, 12h19, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6821:nulidad-del-acto-administrativo&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420. También publicado en Jurisprudencia Ecuatoriana, ciencia y derecho, Corte Nacional de Justicia, diciembre 2011, Quito Página 68-72, <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/jurisprudencia/jurisprudencia.pdf>.

3.9.3. Acto ejecutivo.

En palabras de Clotario Salinas Montaña, la ejecutividad “[...] consiste en que el acto administrativo debe cumplirse sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa, es decir es de cumplimiento obligatorio a partir de la notificación del acto”¹⁶⁶, por lo que podríamos decir que la ejecutoriedad o ejecutividad es consecuencia de la legitimidad. Es decir que la administración podría ordenar el cumplimiento del acto, sin necesidad de tener que acudir a los órganos jurisdiccionales, hecho que en la práctica, lastimosamente, es poco probable.

Este efecto de ejecutividad o ejecutoriedad, desde el punto de vista del administrado implica que este “[...] podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar”, tal y como lo previó la Sala especializada de la Corte Nacional en el Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio No. 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011; y Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.

3.9.4. Efecto colateral de origen legal.

Los tribunales distritales deben pronunciarse sobre los efectos colaterales de origen legal que se origina por el silencio administrativo positivo, es decir sobre las sanciones de orden administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y

¹⁶⁶ Clotario Salinas Montaña, NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*

Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada prevé en el caso de infracciones al derecho de petición. El mencionado artículo dice:

“Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- [...] Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

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

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

Los tribunales distritales deben pronunciarse sobre estas sanciones de orden administrativo “[...] pese a que no exista petición alguna al respecto”, hecho que asumimos debería estar incluido en la parte resolutive del dictamen del expediente judicial, pero hasta el momento no hemos visto jurisprudencia sobre el tema, sin el ánimo de justificar, seguramente por la dificultad de adjudicar responsabilidades personales.

En el Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio No. 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio No. 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011; y Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio No. 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008, la Sala de lo Contencioso Administrativo, sostiene que las “[...] sanciones administrativas son independientes de la responsabilidad que individualmente se atribuya, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes, a los funcionarios públicos por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionaren al Estado por su falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones.”

3.10. Reforma de un acto administrativo presunto.

Cuando sea necesario dejar sin efecto la presunción de legitimidad, de la que gozan las actividades y actos del estado, es necesario solicitarla, sea ante la misma administración o ante los órganos jurisdiccionales. A criterio de Clotario Salinas Montaña, el administrado “[...] debe pedir la declaración de ilegitimidad, mientras tanto debe comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea [...]”¹⁶⁷

“La administración no puede revocar o dejar sin efecto arbitrariamente un acto (tácito en este caso) que ha creado derechos de los administrados”¹⁶⁸ sino que debería recurrir a la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, equivalente a la nulidad, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Corresponde probar la ilegalidad del acto impugnado a quien la impugna, demostrando que el acto impugnado contraviene el orden jurídico.

La Corte Nacional de Justicia sostiene que “[...] la consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presuma legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos posteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no ha operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido ya solicitada.”¹⁶⁹ Resaltando la última frase del criterio de la Sala especializada podríamos decir que si una persona interesada (natural o jurídica, privada o pública) solicitó la ejecución del acto administrativo, será imposible la revocatoria del mismo.

¹⁶⁷ Clotario Salinas Montaña, NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*

¹⁶⁸ Néstor Arboleda Terán, PROCEDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. *Óp. cit.*

¹⁶⁹ Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio n° 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009; Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio n° 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011; y Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio n° 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en su artículo 97, es claro en cuanto al procedimiento a seguir en caso de que se requiera anular un acto declarativo de derechos, tal y como lo es el acto administrativo presunto:

“Art. 97.- LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”

Para Pablo Tinajero Delgado¹⁷⁰, la declaración de Lesividad lo que hace es permitir a la propia administración la concurrencia al órgano jurisdiccional competente, para discutir con el legítimo contradictor, en muchos casos él o los particulares beneficiados con el acto, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar.

Según María Dolores Orbe, “existe un recurso, que desafortunadamente se encuentra en la doctrina y en la ley, pero muy poco en la práctica y en la jurisprudencia ecuatoriana, por medio del cual la propia administración corrija sus propios errores o los de sus funcionarios, me refiero específicamente a la acción de Lesividad.”¹⁷¹

Tanto de la jurisprudencia como de la doctrina anotada, podemos decir que primero debe existir una Declaratoria de Lesividad, incoada a petición de parte o por la misma administración, para que luego se inicie una Acción Contenciosa de Lesividad o una Acción Administrativa de Lesividad.

¹⁷⁰ Pablo Tinajero Delgado citado por María Dolores Orbe, LA ACCIÓN DE LESIVIDAD, Estudio Jurídico Vivanco & Vivanco, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, publicado: 22 de Febrero de 2010, 07h03, Última actualización: 9 de Junio de 2010, 07h21, Generado: 7 de noviembre de 2012. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5340:la-accion-de-lesividad&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

¹⁷¹ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

En base a la anterior investigación y análisis hemos llegado a las conclusiones siguientes:

a) El Derecho de Petición y la Obligación de Resolver son preceptos amparados constitucionalmente, y el Silencio Administrativo es la institución que permite su ejercicio cuando la inacción de la administración trata de coartarlos, constituyéndose en la única arma a favor del administrado.

b) Es triste ver, que a pesar de tener actualmente un sistema garantista y humanista que propugna un Estado de Derechos, este poco o nada ha podido hacer por el Silencio Administrativo como institución reguladora y protectora del Derecho de Petición y del Derecho de Respuesta, así como de sus obligaciones correlativas.

Esto porque aunque los antes mencionados derechos tienen jerarquía constitucional, la ley que creó la institución del Silencio Administrativo, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993, es solo una ley ordinaria. Ventajosamente algunas leyes orgánicas lo consideraron, pero cambiaron algunos aspectos como el plazo, duplicándolo en algunos casos.

c) Es evidente que en nuestra legislación no hay una ley de importancia que desarrolle el tema del Silencio Administrativo y del acto presunto.

Es rescatable el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, de 2002, porque es explícito al fijar los parámetros que deben acatarse para viabilizar el Derecho de Petición y el procedimiento administrativo que origina. Pero como ya dijimos, es una lástima que solo esté dirigido a la Administración Pública Central y a la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, ya que sería de mucha ayuda que las normas que regulan el Silencio Administrativo fueran de aplicación obligatoria para otras instituciones del Estado.

d) La legislación administrativa y la contenciosa administrativa en el Ecuador adolece de innumerables defectos como la dispersión, obscuridad, contradicción y la falta de un procedimiento uniforme que proporcione seguridad jurídica al ciudadano y a la misma administración.

e) Los vacíos legales existentes en el cuerpo normativo administrativo hacen que estos sean llenados según el criterio del funcionario de turno, actos que no llegan a constituirse en costumbre porque esa opinión no es consistente a lo largo del tiempo o porque las autoridades no tienen la estabilidad necesaria.

Ventajosamente en algunas instituciones públicas si se han mantenido criterios coherentes, los mismos que cuentan actualmente con la publicidad necesaria como para que sean tomados en cuenta como jurisprudencia consultiva, asesora o referencial cuando no es de cumplimiento obligatorio, conforme a la ley.

f) Afortunadamente, para los Tribunales y las Salas de lo Contencioso Administrativo, la obscuridad o inexistencia de norma escrita no ha sido un limitante para hacer justicia, lo que ha permitido que exista jurisprudencia obligatoria con fuerza de ley, criterios de triple reiteración, pero también jurisprudencia referencial o indicativa, que ha llenado los vacíos de la ley.

En el caso del Silencio Administrativo y de las acciones de ejecución iniciadas judicialmente para hacer cumplir el acto presunto, la Corte Nacional de Justicia ha realizado una importante, inteligente, contributiva y esforzada labor para hacer operativa esta institución del derecho administrativo.

g) Recordemos que en el caso del Silencio Administrativo, está previsto que el acto tácito por él originado pueda ser ejecutado en la vía administrativa y en la vía judicial. Lo que ocurre en la realidad es que si la administración se resiste a emitir el certificado de que ha vencido el plazo para que opere la aceptación tácita, es misión imposible conseguir que se ejecute lo aceptado sin una orden judicial.

Entonces, ¿cuál es la utilidad de la aceptación tácita y en dónde radica la diferencia con el silencio administrativo negativo, si solo permite una acción de ejecución o cumplimiento ante los entes judiciales? Tan es así que en la parte final del último inciso del artículo 387 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD, de 2010, dice que la falta de contestación habilitará al administrado “[...] para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento”.

h) Otro tema que queda en el aire es el asunto relativo a las sanciones administrativas y penales de las que pueden ser objeto los funcionarios administrativos por infracciones al derecho de petición, es decir sobre el efecto colateral de origen legal del que hablamos en el Capítulo III.

Los Tribunales y la Sala de lo Contencioso Administrativo y las máximas autoridades de las instituciones públicas erran al no imponer sanciones administrativas a los funcionarios responsables de esa infracciones, y también por no remitir el expediente respectivo al Ministerio Fiscal, para que este excite el correspondiente enjuiciamiento; pero los accionantes-administrados también lo hacen al no solicitarlo, ya que los juzgadores no pueden pronunciarse sobre lo no solicitado.

Creemos que esa carencia y la falta de una sanción ejemplificadora incide directamente con que el Derecho de Respuesta continúe siendo violado y con la falta de emisión de certificados.

RECOMENDACIONES

De lo expuesto recomendamos que:

a) Una primera, rápida y efectiva solución sería declarar de Triple Reiteración algunas valiosas resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que mantiene criterios unánimes sobre ciertos temas interesantes, porque al ser elevadas al rango de jurisprudencia obligatoria con fuerza de ley serían de obligatorio cumplimiento, coadyuvando a la seguridad jurídica de los administrados.

b) Exhortaríamos que los accionantes administrados, cuando presenten una demanda ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, soliciten la sanción administrativa y penal contra los funcionarios que no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos.

De igual manera recomendaríamos que en el corto plazo, las máximas autoridades y los juzgadores, a petición de parte, comiencen a sancionar administrativamente a los funcionarios responsables de infracciones contra el Derecho de Petición y procedan a remitir los expedientes a la Fiscalía para su enjuiciamiento.

c) La Asamblea Nacional debe agrupar en un solo cuerpo toda la legislación administrativa ecuatoriana, y que esta sea aplicable a todas las entidades del sector público señaladas en el artículo 225 de la Constitución de la República. Este cuerpo legal sería el tan anhelado Código de Procedimiento Administrativo, al que obligatoriamente se le debería dar el carácter de orgánico. En el mismo se contendrían entre otras normas aquellas relativas al Derecho de Petición y Obligación de Resolver, con referencia a la competencia, casos en que fuere aplicable, plazos para contestar en los que se podría discriminar según el tipo de trámite, procedimiento administrativo común, procedimiento de ejercicio y ejecución en vía administrativa del acto presunto, mecanismos de impugnación, y un sistema de responsabilidades para los funcionarios y la administración pública unificando las reglas, condiciones y los mecanismos en todas las instituciones.

d) Demás esta decir que se requeriría la derogatoria expresa o reforma de todas las normas que se opongan a esa propuesta legal, evitando así anticipadamente los problemas de aplicación que se pueden generar, considerando que se requiere de “la construcción de un cuerpo normativo único, ordenado y coherente”¹⁷². Se debe incluir la revisión de los manuales e instructivos internos de las entidades para que no se opongan a la norma jerárquica superior.

¹⁷² Juan Pablo Aguilar, DISPERSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA CAUSA INSEGURIDAD JURÍDICA. *Óp. cit.*

BIBLIOGRAFIA

a.- LIBROS

- Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, CURSO DE DERECHO CIVIL, Tomo I, 2da. Edición ampliada, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1945.
- BIBLIA, Editorial San Pablo, editorial Verbo Divino, 98° edición, Madrid, España, 1995.
- Bielsa, Rafael, DERECHO ADMINISTRATIVO, 6ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- Cabanellas, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, décimo sexta edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- Cadena Barreto, Ana Carolina, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988.
- Creo Bay, Horacio y Hutchinson, Tomás, AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 3ra. Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Entrena Cuesta, Rafael, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, volumen I y II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Editorial Civitas, 8va. edición, Madrid, 2005.
- García-Trevijano Garnica, Ernesto, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- Jaramillo Ordóñez, Hernán, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, cuarta edición, editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la universidad Nacional de Loja, 1999.
- Nino, Carlos Santiago, INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984
- Parejo, Alfonso Luciano, A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998.
- Penagos, Gustavo, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Editorial Doctrina y Ley LTDA., Santa Fe de Bogotá, 1997.
- Pérez, Efraín, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008.
- Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición, España, 2001.
- Salgado Pesantes, Hernán, MANUAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2004.
- Sayagués Laso, Enrique, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, 8va. Edición, Editorial Clásicos Jurídicos Uruguayos, puesta al día por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Uruguay, 2002.

- Secaira Durango, Patricio, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO, primera edición, Editorial Universitaria, Ecuador, 2004
- Trabuco, Federico, CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, 1975.
- Vidal Perdomo, Jaime, DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Temis S.A., Undécima edición, Bogotá, 1997.
- Zavala Egas, Jorge, EL ESTATUTO DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD, Junio 1995, Quito.

b.- PUBLICACIONES DIGITALES.

- Aguilar, Juan Pablo, Consultor Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley, DISPERSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA CAUSA INSEGURIDAD JURÍDICA, Revista Judicial on line Derecho Ecuador, Jueves, 24 de Noviembre de 2005 08:32Última actualización el Viernes, 04 de Abril de 2008 09:25, Generado; 30 de octubre de 2012, 20h30. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2382:dispersiaoacuten-de-la-legislacioacuten-administrativa-causa-inseguridad-juraidacutedica&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420
- Arboleda Terán, Néstor, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA, Revista Judicial Derecho Ecuador, Generado: 15 de junio de 2010, 05H28, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2374&Itemid=426
- Arboleda Terán, Néstor, PROCEDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, GENERADO: 15 DE JULIO DEL 2010, 04H20. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2376&Itemid=426
- Ávila Linzán, Luis Fernando, PRESENTACIÓN DEL PRONTUARIO ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, página Web de la Corte Constitucional, generado 4 de noviembre de 2012, 0h40, <http://186.42.101.7/CASOS/ID/index.php>
- Badell Grau & De Grazia, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. PRINCIPIOS GENERALES, página digital en línea del despacho de abogados, Publicado: 25 de enero del 2006, Generado 15 de Junio 2010, 06H00, <http://www.badellgrau.com/opiglourb54.htm>
- Badell Grau & De Grazia, EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. ACCIONES PARA OBTENER LA CONSTANCIA EXPRESA, página digital en línea del despacho de abogados. Venezuela. PUBLICADO: 25 de enero del 2006, GENERADO 15-06-2010 06H00, <http://www.badellgrau.com/opiglourb15.htm>
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA, Revista Judicial Derecho Ecuador, Publicado: 24 de Noviembre de 2005, 08:49, Última actualización: Martes, 08 de Abril de 2008, 05:15, Generado: 24 Julio del 2012, 16H00,

- http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2682&Itemid=426
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, DERECHO DE PETICIÓN Y EFECTO LEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: UNA SOLUCIÓN MODESTA, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, Publicado: 24 de Noviembre de 2005, 08h49. Última actualización: 8 de Abril de 2008, 05h15, Generado: 24 de Julio de 2012, 16h00, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2682&Itemid=426
 - Campaña Mora, Joffre, SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, Revista Jurídica online de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales y Políticas, ELABORADO: junio del 2001, GENERADO: 24 julio del 2012, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/homenajes/EdmundoDuranDiaz/Hom_Sobre_El_Silencio_Administrativo.pdf
 - Castro Patiño, Nicolás, HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE, Publicado: 5 de Febrero de 2010, 06h05, Última actualización: 23 de Marzo de 2010, 07h03, GENERADO: 3 de octubre del 2010, 13h17, Artículo publicado en la Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/299a310_hay_que_establecer.pdf http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5321&Itemid=134
 - Cienfuegos Salgado, David, EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO, Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México, UNAM, Generado el 3 agosto del 2012, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1336>
 - Corral B., Fabián, LA CONSTITUCIÓN QUITENA DE 1812, publicado originalmente por Diario EL COMERCIO, reproducido en la edición digital de 09 de agosto de 2012, generado 30 de octubre de 2012, 22h20. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/Constitucion-quitena_0_751725013.html
 - Daza Pérez, Mario Felipe, EL PRECEDENTE VS AUTONOMÍA JUDICIAL, blog de Derecho Público, Universidad del norte, Barranquilla, Colombia, publicado: 16 de noviembre de 2010, generado 4 de noviembre de 2012, 0h49. <http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/11/el-precedente-vs-autonomia-judicial.html>
 - Defensoría del Pueblo de la República del Perú, APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: RETOS Y TAREAS PENDIENTES, Informe defensorial No. 145, Lima, 2009, genrado 7 de octubre de 2012, 19h25, <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-145-vf.pdf>
 - De Oliveira Alle, José Manuel, NORMA DISPERSA Y CONTRADICTORIA, Artículo publicado originalmente por Diario El Telégrafo del día viernes 28 de abril del 2006. Publicado virtualmente por el Instituto Ecuatoriano de Economía Política, http://www.ieep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=170&catid=40:economisa-y-derecho&Itemid=101

- DICCIONARIO DE FRASES Y TÉRMINOS LATINOS, Generado 10 septiembre de 2012, 18h00 <http://latin.dechile.net>
- Diccionario en línea DEFINICIÓN.DE, Generado: 10 de noviembre de 2012, 12h03, Definición de presunción - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/presuncion/#ixzz2CavaLhsI>
- García Carrión, Diego, Procurador General Del Estado, PRESENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONSULTAS ABSUELTAS PGE, Generado 1 de noviembre de 2012, <http://www.pge.gob.ec/es/consultoria-legal/sistema-consultas-absueltas.html>
- Gómez, Santiago R., CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL AMBITO FEDERAL, Fundación para el estudio y difusión del derecho comparado, Generado: 6 de Septiembre de 2012, 15H40, <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/gomez santiagoinaccion.htm>
- Gordillo, Agustín, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo 1, Parte General, 10ª ed., Buenos Aires, FDA., 2009, Generado 25 de septiembre de 2012, 17h00, http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf
- Guerrero Celi, Inés, BREVE HISTORIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Publicado: febrero 20, 2009 a 13:12, generado 30 octubre 21h00. <http://inesguerrero.wordpress.com/2009/02/20/breve-historia-del-tribunal-contencioso-administrativo/>
- Jirón Coronel, Marco, Docente invitado de la UTPL, EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Revista Judicial on line Derecho Ecuador, Publicado: 25 de Febrero de 2010, 06h23. Última actualización: 09 de Septiembre de 2010, 12h02, Generado: 30 octubre 2012, 22h00. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5343:el-juicio-contencioso-administrativo&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420
- Morales O., Juan, profesor de la Universidad del Azuay, JURISPRUDENCIA, Fecha de Publicación: 28 de diciembre de 2008, Generado: 3 de octubre de 2012, 16h12, <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/582-jurisprudencia/>
- Moreno-Piedrahita Tatés, Bayardo, FALTA INDEPENDENCIA EN LA FUNCION JUDICIAL, Revista Jurídica on line Derecho Ecuador, Publicado : 13 de Enero de 2011, 05:18, Última actualización: 28 de Abril de 2011, 09:47, Generado: 30 octubre 2012, 20h00, http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6037
- Noboa, Ricardo, EL PRECEDENTE, publicado en el diario Hoy el 4 de Marzo de 2012, Generado; 3 de octubre de 2012, 15h20. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-precedente-536947.html>
- Orbe, María Dolores, LA ACCIÓN DE LESIVIDAD, Estudio Jurídico Vivanco & Vivanco, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, publicado: 22 de Febrero de 2010, 07h03, Última actualización: 9 de Junio de 2010, 07h21, Generado: 7 de noviembre de 2012. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5340:la-accion-de-lesividad&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420.
- Posso Zumarraga, Manuel, FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE, Revista Jurídica en línea Derecho Ecuador, publicado: 24 de Noviembre de 2005 08H32, última actualización: 4 de Abril de 2008 09H43, generado: 25 de septiembre de 2012, 21h00. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id

=2369:las-fuentes-del-derecho-administrativo-y-el-ordenamiento-juraidicutedico-vigente&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

- Romero Díaz, Héctor J., EL CONSEJO DE ESTADO COMO UNIFICADOR DE JURISPRUDENCIA, dentro de Memorias Seminario Franco-Colombiano “Reformas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, página 99, 2008, Bogota, Generado 1 de noviembre de 2012, <http://190.24.134.67/pce/memorias/ce%20unificador.pdf>.
- Salinas Montaña, Clotario, Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Revista Judicial en línea Derecho Ecuador, Publicado: 23 de Mayo de 2012 15:31, Generado: 11 de noviembre de 2012, 12h19, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6821:nulidad-del-acto-administrativo&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420. También publicado en Jurisprudencia Ecuatoriana, ciencia y derecho, Corte Nacional de Justicia, diciembre 2011, Quito Página 68-72, <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/jurisprudencia/jurisprudencia.pdf>
- Sánchez Zuraty, Manuel, LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO, Revista Judicial Derecho Ecuador, PUBLICADO: Miércoles, 23 de Mayo de 2012 15:29, generado: 2 de agosto del 2010, 16h36, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6820:importacia-de-la-jurisprudencia-y-fuentes-del-derecho&catid=31:derecho-constitucional
- SUPER INTENDENCIA DE VALORES DE COLOMBIA, Generado: 24 julio de 2012, 16h54. <http://www.supervalores.gov.co/juridico/bj9804-03.htm>.
- Toledo Puebla, Lucía, Directora del Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, DISCURSO PRESENTADO EL DÍA 1 DE JULIO DEL 2009, EN EL ACTO DE RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL PRIMER SEMESTRE DE SU CONFORMACIÓN. GENERADO: 3 de octubre de 2012, 14h47, http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/informes_disursos/jurisprudencia_discurso.pdf
- Vaca Acosta, Pablo, Unidad de Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN EL ECUADOR, Jurisprudencia Ecuatoriana, ciencia y derecho, Corte nacional de Justicia, diciembre 2011, Quito, página 89, Generado 18 de noviembre de 2012, www.cortenacional.gob.ec.
- Velázquez Baquerizo, Ernesto, LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL, Revista Jurídica on line, Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, generado 30 de octubre de 2012, 21h30. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=253&Itemid=53

c.- REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES PERIÓDICAS.

- Meythaler, José, LA EVOLUCIÓN DEL EFECTO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA AUTORIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia,

Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador, páginas 138-141, http://www.lmzabogados.com/contenido_es/images/stories/mis_imagenes/la-evo.pdf

- Robalino, Javier, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito Quito, Ecuador, Volumen 1, no. 1, 2000, páginas 70-72

d.- FUENTES NORMATIVAS

- Código Civil, vigente desde 1 de enero de 1861, última codificación de 2005: Cod. 2005-010, publicada en el Suplemento 46 del Registro Oficial del 24 de junio de 2005.
- Código Contencioso Administrativo de la República de Colombia.
- Código penal, vigente desde 1938, última codificación de 1971, publicada en el Suplemento 147 del Registro Oficial del 22 de enero de 1971.
- Código Tributario, Codificación 9, Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, COPYFP, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.
- Constitución de la República expedida en el Decreto Legislativo 0, y publicada en el Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946.
- Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 20 de octubre de 2008.
- Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002 y Reglamentos.
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre de 2009, modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (“Ley Omnibus”) del Reino de España.
- Ley de Control Constitucional
- Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Ley 41, Registro Oficial 206 de 2 de diciembre de 1997.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 35, publicada en el Registro Oficial 338 del 18 de marzo de 1968
- Ley de Minería, Ley 45, Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.
- Ley del Silencio Administrativo de la República del Perú, publicada el 7 de Julio del 2007 en el diario oficial El Peruano, Ley No 29060, en vigencia desde enero de 2008.
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley 73, Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley 73, Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.
- Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial Suplemento 642 de 27 de julio de 2009.

- Ley Orgánica de la Procuraduría General Del Estado, Codificación 15, publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2008.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de la República Bolivariana de Venezuela.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley 24, Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004.
- Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.
- Reglamento de Trámite de Usuarios de Terminales Petroleros, Resolución de la Marina Mercante 691, Registro Oficial 212 de 15 de junio de 1999.
- Reglamento Tarifario de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, Resolución de la Marina Mercante 9, Registro Oficial 440 de 13-may-1994.

d.- JURISPRUDENCIA.

SALA DE LO CONTENIDOS ADMINISTRATIVOS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

- Fallo de Triple Reiteración publicado en la Gaceta Judicial n° 15 Serie XVI, correspondiente a mayo-agosto de 1999, que incluye la resolución n° [321-97](#) en el juicio seguido por Agip-Ecuador S. A. contra el Ministerio de Energía y Minas; la resolución n° 195-99 dentro del juicio n° 168-98; y la resolución n° 217-99 dentro del juicio n° 169-98.
- Expediente 31 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio n° 158-2004, publicado en el Registro Oficial Suplemento 345 de 26 de Mayo del 2008.
- Expediente 341 de 11 de noviembre del 2009 dentro del Juicio n° 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143 de 6 de Mayo del 2011.
- Expediente 480 de 30 de noviembre del 2007 dentro del Juicio n° 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009.
- Expediente de Casación n° 130 de 28 de abril del 2009, dentro del juicio 480-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 82, 30 de Octubre del 2010.
- Expediente de Casación n° 183 de 1 de junio del 2006 dentro del Juicio n° 278-2003, publicado en el Registro Oficial 24 de 16 de Febrero del 2007.
- Expediente de Casación n° 20-2010 del 15 de enero del 2010, juicio n° 266-2006, publicado en el Registro Oficial suplemento 174 de 27 de julio de 2011.
- Expediente de Casación n° 245 de 20 de julio del 2009 dentro del Juicio n° 184-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Diciembre del 2010.
- Expediente de Casación n° 266-09 de 24 de agosto del 2009, juicio n° 267-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 100, 14 de Diciembre del 2010.
- Expediente de Casación n° 302-08 de 15 de septiembre de 2008, dentro del juicio n° 141-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 113 de 1 de Febrero del 2011.
- Expediente de Casación n° 31-07 de 31 de enero de 2007 dentro del juicio n° 158-2004, publicado Registro Oficial Suplemento 345, 26 de Mayo del 2008, también publicado en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 1104.
- Expediente de Casación n° 341 de 11 de noviembre de 2009, Juicio n° 378-2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento 143, 6 de Mayo del 2011.

- Expediente de Casación n° 372-09 de 17 de diciembre del 2009, dentro del juicio n° 239-2007 publicado en el Registro Oficial Suplemento 172 de 25 de Julio del 2011.
- Expediente de Casación n° 44 del 7 de febrero del 2006 dentro del juicio 03-2003, publicado en el Registro Oficial 253 del día 19 de abril de 2006.
- Expediente de Casación n° 457 de 16 de noviembre del 2007, Juicio n° 71-2005, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 39 de 2 de octubre de 2009
- Expediente de Casación n° 480 de 30 de noviembre del 2007, Juicio n° 121-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009.
- Expediente de Casación n° 84 de 10 de abril del 2008 dentro del juicio n° 36-2006, publicado en el Registro Oficial Suplemento 220, 23 de Junio del 2010.
- Resolución de 24 agosto de 2009, juicio n° 267-2006, publicado en la Gaceta Judicial, Año CX, Serie XVIII, No. 8, Página 3002.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

- Oficio n° 05912 del 30 de enero de 2009 y la ratificación al mismo contenida en el oficio n° 06448 del 9 de marzo de 2009.
- Oficio n° 08452 del 23 de julio de 2009 y el oficio n° 08967 del 28 de agosto de 2009.
- Oficio n° 13521 del 19 de abril de 2010

CORTE CONSTITUCIONAL

- Resolución del Tribunal Constitucional 1432 de 21 de agosto de 2008, dentro del Juicio n° 1432-2006-RA, publicado en el Registro Oficial Suplemento 76 de 2 de Octubre del 2008.
- Resolución de la Corte Constitucional 12, Sentencia n° 012-12-SIS-CC de 3 de abril del 2012, dentro del CASO No. 0017-10-IS, publicado en el Registro Oficial Suplemento 731 de 25 de Junio del 2012.

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

- Oficio No. 27381 DJDJ, de 31 de octubre de 2008, publicado en el repertorio de Consultas Jurídicas y Criterios Institucionales 2008, Contraloría General del Estado, página 187.

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, ADRIANA ISABEL DUQUE ROMERO, C.I. 170640580-8 autora del trabajo de graduación intitulado: “El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación, visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativa”, previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, noviembre de 2012.



ADRIANA ISABEL DUQUE ROMERO
C.I. 170640580-8

El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación,
visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativo

