

Quito, 5 de febrero de 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica
del Ecuador
Presente.

De mi consideración:

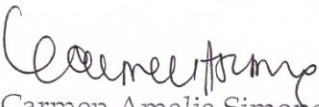
Por la presente, pongo en su conocimiento que he dirigido la disertación intitulada "*Estudio Comparativo de los Efectos y de la Ejecución del Silencio Administrativo Positivo, tanto en Materia Administrativa como en Materia Tributaria en el Ecuador, a partir de la Promulgación del Decreto Ley No. 05 de 10 de marzo de 1994*", elaborada por el estudiante Miguel Gustavo Almeida Oleas, de conformidad con el Plan aprobado por la Universidad.

Luego de que el estudiante ha incorporado las observaciones y comentarios que oportunamente realicé, estimo que la disertación se encuentra lista para presentación y su posterior defensa ante el Tribunal correspondiente.

Con esta oportunidad, dejo constancia de que el trabajo en cuestión ha sido elaborado por el referido estudiante, y que a mi leal saber y entender, el mismo no contiene plagio de ninguna naturaleza.

Con mis sentimientos de estima y consideración.

Atentamente,


Ab. Carmen Amalia Simone Lasso
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD

Quito 15 de abril de 2014

Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

De mi consideración:

En atención de lo solicitado por usted, me que emita el informe cualitativo con comparativo de los Efectos y de la Ejecución en Materia Administrativa como en Materia Promulgación del Decreto Ley No. 05 de señor Miguel Almeida Oleas, le manifiesto

de la Resolución No. 044-SJG-14, en el sentido de la Disertación titulada "Estudio de Silencio Administrativo Positivo, tanto en materia tributaria en el Ecuador, a partir de la Ley No. 10 del 17 de marzo de 1994", desarrollada por el

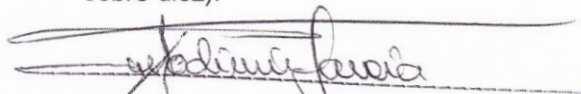
El análisis efectuado por la estudiante tiene un orden adecuado, lo cual permite una comprensión coherente de los aspectos expuestos.

En un primer capítulo se realiza una reseña histórica de la institución del silencio administrativo en el Ecuador a partir del derecho de petición; en un segundo capítulo se abordan las características del silencio administrativo positivo en materia tributaria para lo cual se revisan varios antecedentes jurisprudenciales; en un tercer capítulo se realiza un análisis de las características del silencio administrativo positivo en materia administrativa igualmente a partir de varias jurisprudencias; en un cuarto capítulo se efectúa una comparación del silencio administrativo positivo en materia tributaria y contencioso administrativa y finalmente se exponen varias conclusiones y recomendaciones.

El objeto de la investigación, a pesar de no ser un tema nuevo se lo aborda, con un importante esfuerzo investigativo, desde una perspectiva práctica e interesante y propone una alternativa que a mi modesto criterio resulta novedosa y práctica, la cual de implementarse beneficiaría al ejercicio efectivo del derecho de petición por parte de los administrados, cuando la administración pública no se ha pronunciado dentro del tiempo legalmente establecido.

En cuanto a su forma, el trabajo reúne los requisitos exigidos para este tipo de investigaciones y considero que la bibliografía utilizada es suficiente.

Por lo expuesto, a mi criterio la disertación revisada merece la nota de 10/10 (diez sobre diez).



Wladimir García Vinuesa.

Quito D.M, 10 de marzo de 2014

Señor Doctor

Santiago Guarderas Izquierdo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

Ciudad.-

Señor Decano:

Una vez que he revisado la disertación del señor Miguel Gustavo Almeida Oleas, titulada: "Estudio Comparativo de los Efectos y de la Ejecución del Silencio Administrativo Positivo, tanto en Materia Administrativa como en Materia Tributaria en el Ecuador, a partir de la promulgación del Decreto Ley No. 05 de 10 de marzo de 1994", informo lo siguiente:

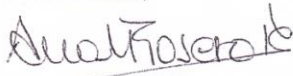
El trabajo aborda un tema importante en el Derecho Público, que consiste en la introducción del efecto estimatorio del silencio administrativo como regla general, en el ámbito administrativo a raíz de la promulgación de la Ley de Modernización en 1993 y luego en materia tributaria mediante la Ley No. 05 promulgada en enero de 1995.

El autor explica la relación del silencio administrativo con el derecho constitucional de petición y revisa las doctrinas que confieren al silencio el carácter de acto administrativo presunto, así como aquellas que le niegan tal carácter; sin embargo, su mayor aporte es la sistematización que ha efectuado de la forma en que la jurisprudencia ecuatoriana contencioso administrativa y tributaria ha desarrollado las características del silencio administrativo, su alcance y limitaciones, y los requisitos sustanciales y formales para que un acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo pueda generar derechos a favor del administrado.

Fruto de su investigación, en la que compara tanto la legislación como las variaciones jurisprudenciales, las recomendaciones del autor se encaminan a unificar el tratamiento del silencio administrativo en ciertos aspectos, por lo que propone aplicarlo respecto del recurso de revisión en materia tributaria; y, permitir su declaración de oficio en materia contencioso administrativa. Propone eliminar el requisito formal del certificado al que se refiere la Ley de Modernización y las diligencias previas que han sido determinadas por la jurisprudencia que, acertadamente opina, inefectivizan el derecho autónomo obtenido por el silencio estimatorio; y, establecer un procedimiento de ejecución abreviado que incluya la posibilidad, discutible, de condenar en costas a la Administración.

La Disertación ha sido desarrollada en forma adecuada, sistematizando los distintos aspectos de la materia con gran detalle; cuenta con bibliografía suficiente y actualizada, lo que demuestra que el autor ha desarrollado la investigación con responsabilidad y profundidad, por lo que puede ser calificada con la nota de diez.

Atentamente,



Ana María Rosero Rivas

Recibido
16
10-03-14

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS EFECTOS Y DE LA EJECUCIÓN DEL
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, TANTO EN MATERIA
ADMINISTRATIVA COMO EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL ECUADOR,
A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO LEY NO. 05 DE 10 DE
MARZO DE 1994.”**

MIGUEL GUSTAVO ALMEIDA OLEAS

DIRECTORA: CARMEN AMALIA SIMONE LASSO

ENERO, 2014

QUITO – ECUADOR

ÍNDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

NOCIONES PREVIAS

1.1 El derecho de petición en el Ecuador.....	1
1.2 Naturaleza del silencio administrativo positivo (SAP).....	4
1.2.1 El silencio administrativo no es un acto administrativo.....	4
1.2.2 El SAP constituye un acto administrativo.....	5
1.3 Diferencia entre un acto administrativo tácito e implícito.....	6
1.4 Efectos legales del silencio administrativo.....	7
1.5 Concepto del silencio administrativo.....	8
1.6 Silencio administrativo en la ley.....	9

CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA DESARROLLADAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA

2.1 Por los efectos que produce el SAP.....	14
2.2 Por la clase de petición que se dirige a la administración	23
2.2.1 Simples peticiones y reclamos: Irrevocabilidad del reconocimiento del tipo de petitorio por parte de la administración.....	24
2.2.2 Improcedencia del SAP frente a simples peticiones.....	26
2.2.3 Improcedencia del SAP frente a recursos de revisión.....	29

2.2.4 Improcedencia del SAP frente a consultas tributarias.....	34
2.3 Por la vinculación de la aceptación tácita del SAP	38
2.4 Por la naturaleza procesal de la acción derivada del SAP.....	50
2.5 Por el valor jurídico de la resolución negatoria extemporánea del petitorio.....	57
2.6 Por la oficiosidad de la declaración del SAP por parte de la función judicial.....	65
2.7 Por la caducidad del derecho de accionar la sede jurisdiccional para ejecutar el SAP.....	68
2.8 Por la complementación del petitorio para que opere el SAP.....	72
2.9 Por la suficiencia resolutoria en sede jurisdiccional.....	74
2.10 Por los límites de la aprobación SAP.....	75

CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DESARROLLADAS A PATIR DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA

3.1 Por los efectos que produce el SAP: derecho autónomo.....	89
3.2 Por la vinculación de la aceptación tácita del SAP.....	92
3.3. Por los límites de la aprobación del SAP: tres tendencias jurisprudenciales.....	94
3.4 Efecto negativo del silencio administrativo en asuntos bajo ley de la Contraloría General del Estado	101

3.5 Por la caducidad del derecho de accionar en sede jurisdiccional para ejecutar el SAP.....	102
3.6 Por la ejecutividad directa del SAP en sede administrativa.....	106
3.7 Suplencia de la certificación referida en la ley de Modernización para la ejecución del SAP en sede judicial	107
3.8 Por la ejecución de puro derecho del SAP en sede judicial.....	109
3.9 Por la inoperancia del SAP en asuntos administrativos-contractuales.....	114
3.10 Por la posibilidad de ejecutar el SAP en sede gubernativa.....	116
3.11 Por la viabilidad ejecutiva de la certificación administrativa.....	119
3.12 Por el contenido del acto presunto	120
3.13 Por los requisitos para que proceda la demanda por SAP.....	122
3.14 Por la imposibilidad de modificar el proceso de ejecución por uno de conocimiento por parte de los Tribunales Contencioso Administrativo	131

CAPÍTULO IV

COMPARACION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA Y MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

4.1 Por los efectos del silencio administrativo.....	137
4.2 Por la temporalidad prevista para que opera el SAP.....	142
4.3 Casos de suspensión del término	145
4.4 Valor de la resolución extemporánea negatoria posterior.....	149
4.5 Por la necesidad de acompañar la certificación del vencimiento del plazo	151
4.6 Por la naturaleza procesal de la acción del SAP	156

4.7 Por el objeto de las peticiones interpuestas a la administración.....	159
4.8 Por la procedencia del recurso de casación.....	162
4.9 Por la caducidad del derecho de accionar lo obtenido por el SAP.....	163
4.10 Por los efectos del silencio administrativo positivo.....	165
4.11 Por el reconocimiento de oficio del SAP	167
4.12 Por el deber del juez de realizar el control de legalidad o automatismo del SAP.....	168
4.13 Por la mandatoriedad e incondicionalidad del SAP	170
4.14 Por la diferencia entre respuesta, contestación y notificación de los actos administrativos.....	171
4.15 Por el decurrimiento del plazo.....	172
4.16 Suficiencia resolutoria en sede jurisdiccional.....	174
4.17 De la necesidad de ejecutar en vía judicial el SAP.....	174
4.18 Limitaciones a la operancia del SAP.....	176
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	186

INTRODUCCION

Desde el punto de vista doctrinario, el silencio administrativo positivo se erige en nuestra legislación como un mecanismo para defender el derecho de petición del ciudadano frente a la administración. No obstante, su aplicación se desenvuelve en un escenario complejo y lleno de vicisitudes, que dificultan su pleno ejercicio. Así, es pertinente estudiar los antecedentes de esta institución, el alcance que se la ha dado en materia tributaria y en materia administrativa, y finalmente, señalar cómo ha sido aplicada por parte de los Tribunales de la República.

Ha sido manifiesta en el quehacer administrativo de nuestra nación la negligencia con la que operan ciertas autoridades de las entidades del Estado, las cuales, sin perjuicio de desenvolverse dentro de un marco normativo en el que se consagra el derecho de petición y el sentido favorable del silencio administrativo, al momento de resolver las peticiones y reclamaciones formuladas, tanto por los administrados como por los contribuyentes, no lo hacen dentro de los plazos señalados en la ley.

A raíz de la preocupación del legislador por desarrollar los derechos de los ciudadanos, él ha visto necesario promulgar leyes que pretendan efectivizar el derecho a tener resolución dentro de un término prudencial frente al derecho de petición del administrado y el contribuyente, sustituyendo el anterior sistema del silencio administrativo negativo, que sólo permitía agotar la vía administrativa para encausar el reclamo por la vía jurisdiccional.

Es entonces que, a través de la Ley de Modernización, se sustituye de forma general el efecto previsto para la falta de contestación oportuna a las peticiones del administrado, y se le otorga un efecto positivo, dando el efecto jurídico de que la petición se hubiera resuelto afirmativamente, conforme a lo solicitado por el administrado.

Si bien nuestra legislación consagra a favor del ciudadano el efecto positivo del silencio administrativo frente a la actuación extemporánea de la administración, no es menos cierto

que en la práctica, el mecanismo delineado por el legislador ha sido defectuoso para efectivizar aquel derecho obtenido, tornando a este medio de defensa del ciudadano en una entelequia, por la cual debe necesariamente acudir a la función judicial para intentar hacer valer sus derechos frente a la administración pública.

En este trabajo se analizarán fallos de las Altas Salas de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, con el fin de emprender una correcta discusión de los alcances obtenidos por el silencio administrativo y, si es posible, intentar dar una estructuración uniforme a la jurisprudencia ecuatoriana que ha sido dictada al efecto.

Como se verá, no ha sido uniforme la aplicación y ejecución del silencio administrativo positivo en materia administrativa ni en materia tributaria. Si bien esta institución jurídica se halla reglada principalmente por dos cuerpos normativos: la Ley de Modernización del Estado – que corresponde a materia administrativa- y el Código Tributario – que corresponde a materia tributaria-, es importante destacar que si bien se prevé actualmente el mismo efecto para ambos casos, es decir que lo solicitado por el administrado ha sido aceptado tácitamente de manera positiva, la vía de ejecución o de aplicación del mismo no ha sido homogénea.

ABSTRACT

El presente trabajo tiene como objetivo principal estudiar las diferencias en la aplicación del silencio administrativo positivo para comprender las razones por las que la ley ecuatoriana y la jurisprudencia nacional aplican de distinta manera esta institución jurídica en materia administrativa y en materia tributaria, tomando en cuenta que la en ambos casos se mantiene el efecto positivo estimatorio de las peticiones formuladas por el ciudadano.

Dentro del trabajo se han podido analizar los criterios que han sido incorporados a través de las distintas sentencias por parte de los órganos judicial especializados para desarrollar la institución del silencio administrativo. En primer lugar, revisaremos los fallos que han servido de jurisprudencia en materia tributaria.

En segundo lugar, examinaremos los fallos sobre el tema materia de estudio bajo el ámbito de lo contencioso administrativo, para finalmente elaborar un estudio analítico comparativo entre los efectos jurídicos y la ejecución del derecho generado por el silencio positivo en materia administrativa y en materia tributaria.

Por medio del presente trabajo he podido conocer que la institución del silencio administrativo positivo bajo la esfera de competencia, tanto del la Sala de lo Contencioso Administrativo como de lo Contencioso Tributario del máximo órgano de justicia ordinaria, se ha presentado insuficiente para poder proteger en su cabalidad el derecho de petición garantizado constitucionalmente.

La ejecución del derecho obtenido por el silencio administrativo no ha sido homogénea, ni siquiera uniforme dentro de cada especialidad; lo que nos conlleva a realizar diferenciaciones que deben ser tomadas en cuenta para propender hacia un correcto encauzamiento de esta institución.

Agradecimiento

*Al Dr. José Julio Benítez Astudillo, impulsor del silencio positivo en el Ecuador, con quien
tuve la dicha de trabajar.*

*A Carmen Amalia Simone Lasso, mi directora, por sus grandes aportes académicos en el
desarrollo de mi tesis.*

Dedicatoria

A Dios, por haberlos puesto en mi vida

A mi padre, por su constancia y ejemplo de trabajo.

A mi madre, por su paciencia y consejo permanente.

A mis hermanas, por su presencia incondicional, nobleza y amor.

Familia, porque esto se los debo enteramente a ustedes.

CAPÍTULO I

NOCIONES PREVIAS

1.1 El derecho de petición en el Ecuador

La institución jurídica del silencio administrativo tiene su sustento en la norma constitucional; específicamente, en el conocido derecho de petición que, como describe el tratadista JACOBO PÉREZ ESCOBAR, consiste en “*La facultad concedida a las personas de llamar la atención o poner en actividad a las autoridades públicas sobre un asunto determinado o una situación particular. Tienen por objeto reclamar un acto positivo y determinado que pertenece a la competencia jurídica de la autoridad pública*”¹

Así, resulta interesante realizar una comparación en la forma en que la Constitución del año 1998 abordaba este derecho constitucional, frente a la manera que la actual Constitución (año 2008) lo contempla. Esta distinción nos resulta útil para establecer la tendencia o línea constitucional que se ha buscado mantener para considerar si la intención del constituyente ha variado en cuanto a desarrollar o, por el contrario, retraer el contenido del derecho en mención.

La Constitución del año 1998, promulgada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del mismo año, establecía, en su Capítulo 2, relativo a los Derechos Civiles, lo siguiente:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ...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...

¹En. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Ediciones Librería Del Profesional, 5ª edición, 1991, p. 283. En. CORDERO ORDOÑEZ, Patricio, *El silencio administrativo Positivo*, Quito, Editorial El Conejo, 2009, p 23

De la transcripción antes hecha podemos concluir, de un simple análisis, que la intención del constituyente circunscribe como elemento inherente del derecho de petición a la resolución oportuna por parte de las autoridades, al mencionar que las peticiones deben recibir respuesta en el plazo indicado; norma que, por su jerarquía normativa máxima, necesariamente limita el actuar de la administración al momento de ejercer su competencia en razón del tiempo para emitir un acto administrativo dentro del término o plazo dispuesto al efecto en la normativa infra constitucional, esto es, en las leyes y reglamentos.

Ahora, la Constitución vigente, aprobada en referéndum planteado al pueblo ecuatoriano en el 2008, y promulgada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre de 2008, concibe de la siguiente manera al derecho de petición, en su Capítulo Sexto, relativo a los derechos de libertad: *“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.”*

Por su parte, nuestra actual Constitución parecería concebir este derecho con una gran limitación que, de hecho, implicaría un atentado a la naturaleza misma del derecho de petición y, por tanto, contra la institución del silencio administrativo positivo. De una interpretación restrictiva de la norma, podría concluirse que las autoridades dan cumplimiento al mandato constitucional cuando resuelven una petición siempre que cumplan con el único requisito de ser motivada, es decir, explicando los antecedentes de hecho y derecho atinentes al caso, concluyendo de forma lógica, que ello ocurre sin importar si esta ésta se emite fuera del plazo previsto por la normativa infra constitucional.

Al hacer esta interpretación, podríamos llegar al absurdo jurídico de desnaturalizar la esencia misma de silencio administrativo positivo como mecanismo de control aplicado a la administración frente a su negligencia, por no atender la petición del administrado y/o contribuyente² dentro del plazo previsto legalmente, tornándose en un retroceso en materia

² NB. En este trabajo se utilizarán los términos “administrado”, “ciudadano”, “contribuyente” y/o “beneficiario” para referirse al sujeto de derechos quien peticona a la Administración pública, al tenor del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado y las leyes tributarias respectivas.

de derechos constitucionales, en caso de interpretar de esta manera la inoficiosidad de la administración.

El derecho de petición no es, pues, solamente un derecho constitucional que se agota en dirigir peticiones por parte del administrado y/o contribuyente frente a la respectiva administración pública. Supone, necesariamente, y de ahí la importancia para un régimen de derecho, que la administración pública resuelva lo solicitado/ peticionado con la debida diligencia que la ley misma ha dispuesto. En caso de no proceder de esta manera, se configura una flagrante violación del derecho constitucional materia de revisión, con la consiguiente responsabilidad administrativa que debe adoptarse frente a la negligencia de los funcionarios públicos omisos.

De igual forma, debemos tener en cuenta que el derecho de petición del administrado no se convierte en la obligación de la administración de resolver favorablemente todo cuanto le fuere puesto en su conocimiento. De allí que, no se puede hablar de una forma de conculcar la facultad resolutoria de la administración; pues, en caso que la Autoridad responda dentro del término que la legislación le faculta, y cumpliendo el requisito de motivación, así la respuesta sea denegatoria o desestimatoria frente a la petición del administrado, no está vulnerando el derecho de petición previsto en la norma constitucional e infraconstitucional.

Tampoco releva a la autoridad su obligación de resolver, pues, por mandato de la Constitución y la ley, en palabras de GUSTAVO PENAGOS, “*sería inaudito que precisamente la comprobación de su negligencia le sirva de pretexto para continuar violando el derecho*”³.

En palabras de JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN:

...por consiguiente, al Administrado debe contestársele, no solo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente lo conforme a derecho. Estas reflexiones, además, atienden a la esencia misma del derecho de petición, que es cimiento de los mecanismos garantía jurídica y de realización de justicia, pues permite al administrado instar a la actividad administrativa,

³PENAGOS, Gustavo, *El silencio administrativo*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997, pp. 119 y 120

*reclamar por sus derechos y por los actos que le perjudican, cuestionar el comportamiento de la autoridad y corregir los errores en los que ésta pueda incurrir.*⁴

Para abordar el estudio del silencio administrativo, sus efectos y ejecución, debemos partir necesariamente desde el marco del acto administrativo. Una vez dicho esto, partiendo de la clásica definición que no han traído importantes tratadistas como García de Enterría, y que de la misma manera se halla recogido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se conceptualiza al acto administrativo en el Art. 65 como “*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*”⁵

1.2 Naturaleza del silencio administrativo positivo

Si bien la naturaleza del silencio administrativo positivo (SAP)⁶ ha sido objeto de amplias discusiones, en este estudio no pretendemos definirla, sino sentar las bases para lo que posteriormente será materia de nuestro análisis: la aplicación jurisprudencial que se ha dado por parte de nuestros Altos Tribunales de Justicia en materia administrativa y en materia tributaria.

Para ello, el valor jurídico que dejamos sentado posee el silencio administrativo - sin dejar de lado las distintas posturas que se han dado al respecto- nos dirigirían aparentemente hacia una comparación *prima facie* con el acto administrativo, en los términos que dejamos señalados anteriormente.

Como fue dicho, existen posturas que asimilan al SAP como un acto administrativo; mientras otras niegan dicha calidad.

1.2.1 El silencio administrativo no es un acto administrativo

⁴BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, Ediciones Legales S.A., 2005, p.104

⁵ El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, está publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002. NB. En el presente trabajo se usará la abreviatura ERJAFE para referirnos a esta norma.

⁶ NB. A lo largo de este trabajo se utilizará la abreviatura SAP para referirse a la institución jurídica del “silencio administrativo positivo”.

BENALCÁZAR GUERRÓN sostiene que “*como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de (...) un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas*”.⁷

VINCENC AGUADO I CUDOLA, al explicar su postura nos dice que:

*Por tanto, el silencio administrativo no debe conceptuarse, a nuestro entender, como un acto administrativo. Afirmación que se apoya en la propia definición de acto que venimos sosteniendo. Así mientras el acto administrativo supone un ejercicio de funciones administrativas, no sucede lo mismo en el caso del silencio administrativo. La administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder o función, sino que se está situando fuera de la legalidad. Esta ilegalidad cometida comporta que se produzcan unos determinados efectos, que en el caso del silencio comportan precisamente una limitación del poder que tenía que ejercitarse.*⁸

RAMÓN PRADA alude a que:

*Formalmente, la falta de respuesta, el silencio de la administración, frente a una petición o un recurso no es un acto, sino un hecho jurídico, pues falta la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, como es propio de los actos expresos. El silencio es comportamiento del que no manifiesta ninguna voluntad.*⁹

GUSTAVO PENAGOS, por su parte establece que:

*Mal podría decirse que el silencio es Acto Administrativo, pues no hay decisión proferida por un órgano de la administración, no tiene los elementos propios del acto, ni los caracteres. Para evitar que la actitud silente de la Administración, no perjudique a los ciudadanos, la ley establece valor jurídico a la abstención o negligencia administrativa al no responder, que la doctrina considera técnicamente <a una equivalencia de Acto Administrativo>, con los efectos determinados en la ley.*¹⁰

⁷DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, II, Bueno Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, p. 245. En. BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *El acto administrativo en materia tributaria*. Ediciones Legales S.A., 2005, p. 106

⁸AGUADO I CUDOLA, Vincenc, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 73

⁹PRADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012, p. 114

¹⁰PENAGOS, Gustavo, *El acto administrativo*, II, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 8va Edición, 2008, p. 143

La mayoría de tratadistas que asumen esta postura la justifican por considerar que la falta de la declaración de voluntad por parte de la administración constituye un elemento esencial del acto administrativo, cuya falta deriva, necesariamente en otra institución, la cual por las características, podría asemejarse más al hecho administrativo.

1.2.2 El SAP constituye un acto administrativo

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, considera que

El silencio positivo, por el contrario, produce efectos jurídicos sustantivos y no meramente procesales. Por supuesto, producirá los efectos jurídico-procesales ajenos a todo acto administrativo, pues no se olvide, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto presunto que es concebido con idénticas garantías de permanencia y, en general, de régimen jurídico (con sus particularidades) que si se tratare de un acto expreso... Estos efectos jurídico sustantivos se traducen en que el peticionario verá estimadas sus pretensiones precisamente por efecto directo de la inactividad formal de la administración, y se encontrará, por tanto, legitimado para poder actuar.¹¹

EDGAR NEIRA, discurre que “... *el silencio de efectos estimatorios da lugar al nacimiento de un verdadero acto, con carácter de presunto, al que le será aplicable la teoría general de los actos administrativos*”¹²

1.3 Diferencia entre un acto administrativo tácito e implícito

Es pertinente dejar clara la diferencia entre un acto tácito y uno implícito; muchas veces objeto de confusión; siendo el primero aquel que es producto de una serie de hechos que nos llevan a concluir que de manera precisa la existencia de una voluntad, mientras el acto implícito es el que se deduce siempre de actos expuestos. A la luz de esta diferenciación, siguiendo al mismo tratadista:

El fenómeno jurídico del silencio administrativo, contrariamente a lo que ocurre con el acto tácito y el implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción, sino

¹¹GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 171 y 172. En. PENAGOS, Gustavo, *El silencio administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, p.108

¹²NEIRA, Edgar, *Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos*, Publicado en Ruptura No. 46, Quito, AED 2003, pp. 129 y 130

como la sustitución legal de una voluntad no expresada, de modo que sus significado tiene un origen ex lege y no ex voluntate. De ahí que no sea correcto afirmar que existe una “denegación tácita” o “una denegación presunta”. A lo sumo, y en referencia al silencio positivo, podría hablarse de modo analógico, de un efecto legal con valor de acto o equivalente a un acto, en atención a que el que el administrado tendrá garantías de estabilidad respecto de lo que adquirió en virtud de la ley, como si se hubiese expedido un acto expreso favorable. La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en la constatación de que este último, propiamente, se produce, por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo¹³

Una vez anotadas las distintas posturas sobre esta institución, me inclino por considerar que la naturaleza del silencio administrativo corresponde a la de un acto administrativo sui generis, en el sentido de que, si bien como lo han anotado los tratadistas, un acto administrativo se produce por el ejercicio de la función administrativa, en el caso en estudio no se da, precisamente, esa situación. Sin embargo, la ley es la que viene a sustituir aquella y otorga el sentido que deberá ser entendido cuando falte la manifestación de voluntad administrativa. Por ello, y dirigiéndome a un camino más pragmático, me parece que es más acertado entender a esta institución por los efectos que produce. En ese sentido, sea o no un acto administrativo, considero que sus efectos son equivalentes al de un acto expreso, por las garantías de estabilidad y legitimidad.

1.4 Efectos legales del silencio administrativo

Ahora, respecto de los efectos legales del silencio administrativo, la doctrina los ha clasificado en estimatorios y en denegatorios de las peticiones planteadas a la administración; correspondiéndole a cada una características propias que serán revisadas brevemente a continuación:

Silencio administrativo negativo.- Se lo ha postulado como un mecanismo procesal por medio del cual se entiende que la solicitud o petición formulada por el administrado ha sido negada por la administración, de tal forma que el ciudadano afectado por este acto puede accionar la vía jurisdiccional. Esto no obsta a la administración su deber formal y material de dar contestación, sin importar si es extemporánea.

Silencio administrativo positivo.- Se trata del sistema preponderante en nuestro ordenamiento jurídico, por medio del cual se obtiene la sustitución de la voluntad de la

¹³BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. op. cit. 107

administración por el de la ley, en el sentido de que la petición o reclamo ha sido aceptado afirmativamente, adquiriendo este acto las garantías que revisten al acto administrativo, de legitimidad y ejecutoriedad.

En este sentido, refiriéndonos de manera precisa a nuestra Ley de Modernización, Ley 05 y el Código Tributario, se entiende que el pedido ha sido concedido afirmativamente una vez que ha transcurrido el plazo previsto en dichas normas, sin que la administración Tributaria hubiera dado resolución al petitorio incoado por el ciudadano.

No obstante, y como veremos al momento de analizar la jurisprudencia especializada en las materias que son objeto del presente estudio, no cabe el efecto estimatorio del silencio administrativo sobre las peticiones cuyo núcleo constituye una infracción al ordenamiento jurídico, es decir, cuando la pretensión sea contraria a derecho.

Para abordar la teoría que sustenta el silencio administrativo positivo, y así desarrollar la comparación de los efectos y de la ejecución de esta institución jurídica, tanto en materia administrativa como en materia tributaria, debemos, en primer lugar, observar algunas definiciones.

1.5 Concepto del silencio administrativo

El tratadista ecuatoriano PATRICIORDERO ORDOÑEZ, en su obra “El Silencio administrativo”, sostiene respecto del silencio administrativo, que “...es una manifestación de voluntad presunta de la autoridad pública en ejercicio de potestades administrativas, y que, como tal, constituye un acto administrativo, que ante la ausencia de pronunciamiento expreso de la misma, dentro del tiempo legalmente fijado para el efecto, debe ser entendido en el sentido que la Ley lo establezca.”¹⁴

Por su parte, JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, en su obra “Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano”, indica que:

...el fenómeno jurídico del silencio administrativo, contrariamente a lo que ocurre con el acto tácito y el implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción, sino como la sustitución legal de una voluntad no expresada (...) La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en

¹⁴CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. op. cit. p. 46

*la constatación de que este último, propiamente, se produce por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo.*¹⁵

Ahora, como se ha visto, existe un disenso doctrinario respecto de la naturaleza jurídica de esta institución jurídica, razón por la cual es imperioso recurrir a la jurisprudencia ecuatoriana, en torno a cómo ha concebido al silencio administrativo y, específicamente al silencio administrativo con efecto positivo, que es materia de este estudio.

1.6 Silencio administrativo en la ley.

En efecto, no fue sino hasta la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en el Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre de 1993, cuando fue introducida por primera vez en nuestra legislación el efecto positivo del silencio administrativo, en los siguientes términos:

Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.

En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

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

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado, por la Constitución, de conformidad

¹⁵BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2007, p. 231

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 de quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministerio Fiscal del respectivo distrito para que este excite el correspondiente enjuiciamiento.

*Art.- 28.A.- “La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la función ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva”.*¹⁶

Las primeras apreciaciones que podemos realizar al articulado contenido en la Ley de Modernización, que bien han sido objeto de distintas posiciones por parte de la ex Corte Suprema de Justicia para superar la dificultad en su aplicación, nos hacen caer en cuenta de una serie de defectos conceptuales en la forma que el legislador abordó la temática.

Partimos, en primer lugar, que esta norma establece la institución del silencio administrativo positivo, señalando que al cumplirse el tiempo dispuesto por la ley (quince días), la administración, al no haber dado oportuna respuesta respecto de una solicitud, petición o reclamación que ha sido presentada por el administrado, se entiende aceptada a favor del peticionario. La norma indica que el interesado debe solicitar a la autoridad una certificación en donde indique el vencimiento del término, cuya omisión acarrea responsabilidad administrativa y penal. Esta situación es por decir lo menos compleja, dado que el administrado debe acudir a la misma administración omisa, la cual obvió el procedimiento legal para resolver la petición incoada. Resulta casi imposible, obtener el instrumento público en mención, que además constituye prueba de la negligencia de la Autoridad y, por tanto, prueba de responsabilidad administrativa e incluso penal por haber desatendido el mandato constitucional y legal del derecho de petición.

Si bien la promulgación de la Ley de Modernización sienta las bases del SAP en nuestro ordenamiento jurídico, y parecería indicarnos la superación del silencio negativo¹⁷, por el

¹⁶ NB. La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada fue promulgada en el Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre de 1993.

¹⁷ NB. Recuérdese que la Ley de Modernización en su artículo 66 dispone que: “*DEROGATORIAS Y REFORMAS.- La presente Ley tiene el carácter de especial y por tanto prevalecerá sobre cualquier otra que*

cual se entendían desestimadas las peticiones planteadas a la administración, en caso que ésta no las hubiera resuelto dentro del término establecido para que el peticionante pudiera activar la vías jurisdiccional; resulta curioso el contenido de la Ley 51, Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno, promulgada en el mismo Registro Oficial que la antedicha Ley de Modernización, en la cual se dispone que:

*...en todos aquellos casos en que el Código Tributario y las demás leyes tributarias no prevean plazos específicos para resolver o atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de 90 días para pronunciarse, salvo que las pertinentes normas tributarias prevean expresamente otro efecto, el silencio administrativo en el ámbito Tributario será siempre considerado como negativa tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.*¹⁸

Fue recién mediante Decreto Ley No. 05, promulgado en el Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994, que en materia tributaria se dispuso la reforma de la antedicha Ley, en el sentido de otorgar el efecto positivo al silencio administrativo, conforme transcribo a continuación:

*A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código tributario y demás leyes tributaria prevean o no plazos específicos para resolver o atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos. El funcionario por cuya causa se hubiere producido una aceptación tácita por silencio administrativo podrá ser removido de su cargo sin perjuicio de las acciones a que haya lugar contra él, de conformidad con las normas legales pertinentes.*¹⁹

En lo posterior, el Código Tributario, en lo referente al término para resolver los reclamos, y manteniendo la figura del SAP, establecería el siguiente mandato:

se le opusiere. Las disposiciones del Código Tributario y de otras leyes se entenderán modificadas en cuanto se opusieren a la presente.” En vista de ello, se hubiera entendido que el sentido negatorio del Silencio administrativo hasta entonces vigente en las leyes tributarias, se modificaba enteramente por el SAP.

¹⁸ Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre de 1993

¹⁹ Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994.

*Art. 104.- **Aceptación tácita.**- La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.*

El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada

De la simple constatación, se trata de una norma de remisión, por la que se dispone el término de ciento veinte días para resolver las peticiones, dejando a salvo tres casos precisos en los que, por disposición legal, se deberían cumplir condiciones específicas adicionales para que pueda configurarse el silencio administrativo positivo.

*Art. 132.- **Plazo para resolver.**- Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos:*

- 1. Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que se decida prescindir de ellos;*
- 2. Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y,*
- 3. Las reclamaciones aduaneras, en las que la resolución se expedirá en 30 días hábiles por el Gerente Distrital de Aduana respectivo.*

Finalmente, esta ley expresa el deber legal de la administración tributaria de resolver el petitorio, sin importar que se produzca la aceptación tácita por el silencio administrativo. Sin embargo, y como será objeto de estudio posteriormente, estimamos que este artículo constituye un mecanismo por el cual podría quebrantarse la institución materia de estudio.

Al momento que el legislador otorga la posibilidad que una resolución extemporánea - así admita el petitorio en parte - tenga valor legal que debe ser considerado en sentencia, se desnaturaliza el efecto positivo del silencio administrativo, lo cual implica un rezago del sistema anterior del silencio negativo, como lo veremos más adelante. Lo antes dicho se recoge de la siguiente manera en la norma tributaria:

Art. 134.- Aceptación tácita.- En todo caso, el silencio administrativo no excluirá el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque se hubiere deducido acción contenciosa por el silencio administrativo. En este evento, si la resolución expresa admite en su totalidad el reclamo, terminará la controversia; si lo hace en parte, servirá de elemento de juicio para la sentencia; y si la resolución fuere íntegramente negativa, no surtirá efecto alguno.

Respecto de la normativa especializada en materia tributaria, en particular el Código Tributario, y el Decreto Ley No. 05, debemos decir que sin duda constituye un avance en materia de desarrollo progresivo de los derechos (restando lo antes criticado del Art. 134) al incorporar la figura del silencio administrativo positivo en la legislación tributaria ecuatoriana frente a la formulación de *las peticiones, reclamaciones o recursos*. Sin embargo, es de interés el hecho que a diferencia de la materia administrativa, específicamente la Ley de Modernización, donde se establece el término de quince días para que la administración conteste oportunamente al administrado, en materia fiscal se le concede a esta un plazo al parecer exorbitante, sin perjuicio que a diferencia de ley administrativa, no manda que el administrado requiera a la Autoridad el certificado que indique el vencimiento del término dispuesto al efecto para que opere el silencio administrativo positivo.

No obstante, tampoco ha sido uniforme la manera que la jurisprudencia especializada en lo tributario ha abordado esta institución, realizando importantes diferenciaciones para determinar la aplicabilidad del efecto positivo del silencio administrativo.

Con los antecedente antes expuestos y, habiendo clarificado los términos y conceptos generales que giran en torno al fenómeno jurídico del silencio administrativo con efectos positivos, vamos a proceder analizar individualmente la jurisprudencia especializada de mayor trascendencia; atendiendo en primer lugar la materia tributaria—a partir de 1994— y luego la materia administrativa — a partir de 1998.

CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA DESARROLLADAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA.

Con el fin de realizar un estudio pormenorizado de la jurisprudencia, hemos decidido clasificar las características en razón de los siguientes parámetros que a continuación describimos:

2.1 Por los efectos que produce el SAP :

A través de los siguientes fallos, analizaremos que lo obtenido por el silencio administrativo en materia tributaria genera el efecto positivo de aceptación tácita de la reclamación, cuando transcurrido el término previsto en la ley, la administración no la hubiera dado oportuna resolución y notificación, de forma que se genera una presunción de derecho, que se torna en un verdadero acto administrativo, al que no le afecta la resolución negativa posterior.

De la Sentencia 73-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de noviembre del 2003, dentro del juicio que sigue Shell Ecuador S.A. en contra del Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Nacional, se resalta lo siguiente:

*[...] el derecho que se establece como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo que nada tiene que ver con los hechos o circunstancias anteriores a su origen, a la que ni siquiera afecta una resolución negativa posterior al término que la ley establece para dar contestación a un reclamo; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, el cual 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, pues este efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien una presunción d derecho que da origen a una acción autónoma*²⁰

²⁰ Expediente 73, Registro Oficial 330, de 7 de Mayo del 2004.

Con esta sentencia se deja sentado de forma indefectible la consecuencia de la aceptación tácita que opera de pleno derecho frente la proposición de reclamos o recursos que no han sido resueltos dentro del término otorgado por ley. El origen de este derecho autónomo, que nada tiene que ver con sus antecedentes, tiene además su fundamentación doctrinaria, toda vez que se considera que el silencio administrativo de parte de la administración constituye un verdadero acto presunto, que como tal da origen a un nuevo derecho independiente. No le corresponde al tribunal, por lo tanto, entrar a dilucidar las circunstancias que fueron causantes para que haya operado el efecto positivo del silencio administrativo, sino confirmar su efectos.

El derecho que ha sido adquirido por el ministerio de la ley a favor del administrado debe gozar de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Para ello, el legislador ha habilitado a través del sistema procesal de justicia, que se efectivice lo obtenido frente a la administración, de tal manera que no pueda ser desconocido por el órgano renuente, ni discutido en su etapa de ejecución.

Es de la naturaleza esencial del silencio administrativo positivo, el hecho de que la resolución extemporánea posterior al plazo que la ley le concede, no pueda entenderse con plenos efectos jurídicos, como será estudiado posteriormente. La administración, cualquiera que sea esta, se halla constitucionalmente sometida al ordenamiento jurídico, el mismo que delimita su competencia para poder ejercer sus atribuciones. En razón del tiempo, la extemporaneidad de la actuación de la administración provoca la nulidad de los actos administrativos que hayan sido notificados al ciudadano. En ese sentido, la resolución de una petición fuera de los términos antes contemplados provocará de forma inmediata que la autoridad actué fuera de su competencia, y, por tanto, que aquel actuar carezca de eficacia, pues, en caso que proceda la administración sin observar lo antes dicho y emita una resolución extemporánea posterior, *“...ese incumplimiento provoca dos efectos simultáneos, el primero, que la solicitud o pedido se entenderá aceptada tácitamente por silencio administrativo; y el segundo, la caducidad de la facultad resolutive de la autoridad que conocía del procedimiento.”*²¹

²¹NEIRA, Edgar, op. ct. p. 157

Siguiendo el análisis de esta sentencia, la Sala atribuye que por la naturaleza de dicha institución, se trata de un proceso de ejecución, y no uno de conocimiento, el que debe enderezarse en sede jurisdiccional para entablar la ocurrencia del silencio administrativo, y ratificar los derechos que se derivan del mismo. Este punto será abordado con mayor detenimiento a lo largo de este trabajo.

De la Sentencia 61-98, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de febrero de 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía de Aglomerados Cotopaxi S.A. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas; y de la Sentencia 80-99, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 26 de marzo del 2001, dentro del juicio que sigue Confiteca C.A en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas, se extraen importantes consideraciones que aportan la comprensión de este tema, así:

[...] No es oponible la excepción de incompetencia de los Tribunales Distritales de lo Fiscal para resolver controversias que versen sobre aceptación tácita de reclamos y recursos administrativos no atendidos dentro del plazo de ciento veinte días hábiles fijados por el mencionado Art. 21 de la Ley 05; la jurisprudencia se relaciona con el hecho de que la causal 4a. del Art. 234 del Código Tributario ha sido reformada por el Art. 21 en mención y rige desde el 1 de enero de 1995 desde cuando los efectos del silencio administrativo han dejado de ser los de denegación tácita para convertirse en aceptación tácita, de aplicación obligatoria y general para todas las Administraciones Tributarias, con lo cual la indicada causal 4a. del Art. 234 citado es la determinante de la acción deducida y la que otorga competencia a los Tribunales Distritales de lo Fiscal junto al Art. 218 del mismo Código... a partir de la vigencia de la Ley de Modernización del Estado publicada en el Registro Oficial No. 391 de 31 de diciembre de 1993, en que mediante su Art. 28 cambia radicalmente los efectos jurídicos del silencio administrativo al señalar que ese silencio da origen a la aceptación tácita de los reclamos y recursos no atendidos dentro del plazo que la ley señala; además, partiendo de lo dispuesto en el Art. 66 de esa misma Ley de Modernización ha dejado sentado que, como ocurre con el Decreto Ley 04 publicado en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994, que contiene la Ley Orgánica de Aduanas, el Art. 102 y otros 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, de observancia obligatoria conforme lo dispuesto en el Art. 13 del Código Civil. 3. Recogiendo el pensamiento doctrinario expuesto por el

tratadista Eduardo García de Enterría: Curso de Derecho Administrativo T.Y, Editorial CIVITAS, Madrid 1981 y otros, ha sostenido también esta Sala que el ordenamiento jurídico contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la Administración el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la Administración la de dictar resolución expresa, su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado; es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia, que considera además que si la Administración no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable.²²

Como vemos de la sentencia anterior, especialmente de lo subrayado por nosotros, la incorporación del efecto positivo al silencio administrativo en materia tributaria provocó que la administración tributaria, en miras de precautelar el interés del erario, desconociera de manera irracional el espíritu y tenor literal de la ley.

Por ello, frente a las numerosas excepciones de incompetencia de los Tribunales Distritales de lo Fiscal, planteadas por la administración tributaria, para resolver controversias que versaron sobre la aceptación tácita de reclamos y recursos administrativos no atendidos dentro del plazo de ciento veinte días, la jurisprudencia sentó el criterio por el cual el Código Tributario es una Ley que puede ser reformada como cualquier otra del ordenamiento jurídico; así como son los tribunales de lo fiscal los competentes para conocer estos procesos.

De la Sentencia 37-2001, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de julio del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Gondi S.A. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *El Art. 21 de la Ley 05, ante la falta de pronunciamiento de la administración respecto de peticiones, reclamaciones o recursos, sin condicionamiento o calificación alguna, simple y llanamente prevé que el silencio equivale a aceptación de las pretensiones de los particulares, e inclusive determina que el funcionario por cuya culpa se origina semejante*

²² Expediente 80, Registro Oficial 346, 13 de Junio del 2001.

*situación es responsable de la misma. Habiéndose producido en este caso el silencio de la administración, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, salvo los casos de revisión y consultas, procede que se reconozca que existe aceptación tacita en los términos de la norma mencionada. No cabe, de otro lado, confundir este efecto con la institución de la exoneración regulada expresamente por el Código Tributario.*²³

De la Sentencia 49-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de octubre del 2002; dentro del juicio que sigue la Compañía Omarsa SA en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

*[...] Consta que la empresa actora el 29 de mayo del 2000 solicitó el reintegro del IVA satisfecho entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 1999, fs. 4 de los autos. Igualmente consta que el 30 de abril y el 9 de mayo del 2001, la Directora General del Servicio de Rentas Internas dispuso la devolución de varias sumas de dinero por IVA pagado en su condición de exportadoras, a diferentes empresas, entre ellas a la actora, fs. 5 a 9 de los autos. Dichas resoluciones se expidieron en forma tardía, cuando había transcurrido con exceso el plazo de ciento veinte días previsto en el Art. 21 de la Ley 05 y había operado el silencio administrativo a favor de la reclamante. Al respecto, no cabe efectuar el análisis que pretende la parte demandada y determinar si con el silencio positivo se está o no reconociendo un derecho en contra de lo que prevé la ley, pues, precisamente la reclamación de la parte actora, en conformidad a dicho Art. 21, se debe dar por aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios causantes de que se haya producido el silencio.*²⁴

Del análisis de las sentencias anteriores se puede extraer que un primer periodo de la jurisprudencia adoptó el criterio de que no cabe realizar control de legalidad del derecho que se ha obtenido por el silencio administrativo. A este tipo de control se lo entiende como el análisis de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.²⁵

²³ Expediente 37, Registro Oficial 680, 10 de Octubre del 2002.

²⁴ Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

²⁵ El control de legalidad referido se halla consignado en el Código Tributario de la siguiente manera:
“Art. 273.- Sentencia.- Concluida la tramitación el tribunal pronunciará sentencia dentro de treinta días de notificadas las partes para el efecto. Antes de sentencia, las partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad.
La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la

De esta manera, se concebía que no fuera posible para el tribunal determinar si la reclamación estaba conforme a derecho o no. El grado mandatorio de la ley era considerado de aplicación irrestricta para todo tipo de petitorio, sin que se admitan excepciones al momento de reconocer la operancia del efecto positivo del silencio frente a las peticiones. Esto no obsta como lo señala la jurisprudencia, que puedan derivarse responsabilidades para el funcionario que permitió opere el silencio administrativo.

De la Sentencia 81-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de junio del 2003;, dentro del juicio que sigue la Compañía Ferro SA en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] Se considera que el artículo 273 del Código Tributario establece la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, en la especie, este punto sería referente a la devolución del supuesto pago indebido. Si bien ello no se encuentra en el expediente, es menester precisar que la esencia de la demanda no radica exactamente en este punto, sino que la resolución de la administración no fue debidamente notificada al actor, y debido a ello, se produjo el silencio administrativo. SEXTO.- Mientras estuvo en vigencia el Art. 108 del Código Tributario a este silencio producida por los entes de la administración se les otorgaba un valor negativo, es decir, que la petición, la solicitud o el recurso hablan sido despachados en forma contraria al administrado; mas con la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, desde el 31 de diciembre de 1993, conforme a su artículo 28 y sus reformas se le da el carácter de aceptación tácita positiva, lo cual coordina, a no dudarlo, con el texto del artículo 21 de la Ley 05, publicada en el Registro Oficial Nro. 396 de 10 de marzo de 1994, que establece el plazo de 120 días hábiles para los asuntos tributarios.²⁶

Como se va a ver seguidamente, la jurisprudencia reiterativa de la Sala de lo Fiscal determinó que para que opere el silencio administrativo en reclamaciones de pago indebido debe comprobarse que en efecto se haya realizado un pago y que el mismo sea indebido. Sin embargo, en esta sentencia, y tal vez dentro de las primeras sentencias sobre la temática, una vez que la ley en materia tributaria determinó el efecto positivo del silencio administrativo, no se realizó el análisis correspondiente para determinar si en realidad se

resolución o acto impugnados, aún sufriendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.”

²⁶ Expediente 81, Registro Oficial 169, 15 de Septiembre del 2003.

trató de un pago indebido. En efecto, se determina que si bien ello no se encuentra en el expediente, el tribunal analiza que la resolución de la administración no fue debidamente notificada al actor, y debido a ello, se produjo el silencio administrativo. De esta manera, del fallo se extrae que no precedió un control de legalidad para este el juicio en el que se alegó la aceptación tácita de un supuesto pago indebido.

De la Sentencia 55 -2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 1 de septiembre del 2004, dentro del juicio que sigue la Compañía ELCAFE SA en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

*[...] Corresponde en primer lugar analizar si se ha producido o no silencio administrativo. Al propósito se observa que en el párrafo segundo del escrito de fs. 7 presentado el 25 de julio del 2001, la empresa claramente dice que presenta reclamo administrativo de pago indebido. Igualmente en la Resolución 017 expedida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas de 5 de diciembre del 2002, fs. 1 a 4 se niega la solicitud de devolución del impuesto a la circulación de capitales. Entre la fecha de presentación de la reclamación y la de expedición de la mencionada resolución han transcurrido con exceso los ciento veinte días previstos en el Art. 21 de la Ley 05 y por ende se ha producido el silencio administrativo positivo a favor de la empresa. En mérito de las consideraciones expuestas, no siendo necesario entrar a examinar el fondo del asunto...*²⁷

Asimismo, respecto de la segunda sentencia, cabe establecer que la jurisprudencia delineó la aplicación interpretativa de la suficiencia resolutoria, por la cual, una vez que se hubiere determinado la ocurrencia del efecto positivo del silencio administrativo, no era necesario estudiar el fondo del asunto controvertido ni demás puntos que hubieran sido trabados en la litis. En pos del desarrollo de este derecho de petición consagrado en la constitución, y desarrollado en la legislación especializada, se otorga trascendental importancia a la actuación oportuna y temporánea de la administración, de forma que si ha obrado fuera de su competencia, le será aplicable el principio por el cual su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado; así como en caso que la administración no actúe con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable.

²⁷ Expediente 55, Registro Oficial 559, 6 de Abril del 2005.

De la Sentencia 146 -2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 8 de junio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Hormigonera Andina S.A en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

*[...]Según consta en el libelo de demanda, fs. 18 de los autos, la empresa reconoce que la reclamación de pago indebido fue presentada el día lunes 4 de enero de 1999. A fs. 19 vuelta de los autos, consta que la actora reconoce que fue notificada el 30 de junio de 1999 con la Resolución 001339 de la misma fecha. Dentro del lapso comprendido entre la presentación de la reclamación y la notificación de la resolución indicada han decurrido más de ciento veinte días razón por la cual se ha producido silencio administrativo y aceptación tácita de la reclamación. En mérito de las consideraciones expuestas y sin que sea necesario analizar los otros extremos propuestos...*²⁸

Como en otro de los casos vistos anteriormente, en este fallo no se realiza control de legalidad sobre el reclamo por pago indebido, correspondiéndonos a nosotros situar este fallo dentro de los de los de la primera época del automatismo del silencio positivo. La Sala tampoco considera necesario examinar el fondo del asunto controvertido; siendo estos dos puntos propios de la suficiencia resolutoria de la institución materia de estudio.

De la Sentencia 103 -2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 6 de mayo de 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía OMARSA SA en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...]Sustenta que los exportadores tendrán derecho a la devolución del IVA, siempre que los valores reclamados no hubieren sido previamente compensados y cuando se trate de crédito tributario siempre que estén debidamente sustentados con los documentos necesarios; que el sustento del crédito tributario debe efectuarse de acuerdo a lo que prevén los artículos 3, 15 y 16 del Reglamento de Facturación; que según la doctrina, cita a Ramón Fernández y a García de Entena, no por el hecho de reconocerse el silencio administrativo el interesado adquiere un derecho que la ley no le da ni puede acceder a más beneficios que los que en forma clara prevén las normas legales. TERCERO.- En conformidad a lo que la Sala única considera probado han transcurrido con exceso los ciento veinte días previstos en el Art. 21 de la Ley 05, desde que se presentó la reclamación de devolución del IVA hasta que se notificó la resolución por parte de la administración, lo cual devino en el silencio administrativo alegado. Al efecto no cabe aceptar enunciados doctrinarios que riñen con el texto de la ley que acepta el silencio

²⁸ Expediente 146, Registro Oficial 392, 8 de Noviembre del 2006.

*positivo ante la falta de actividad de la administración. A mayor abundamiento, cabe aludir, a la numerosa jurisprudencia emitida por esta Sala que ha sentado ese criterio.*²⁹

Esta sentencia precisamente demuestra el primer momento de la jurisprudencia sobre la aceptación incondicional de lo obtenido por la institución materia de estudio. El tribunal se limitaba a determinar que transcurrido el término de ciento veinte días, sin que la administración tributaria haya resuelto conforme a derecho una reclamación o recurso planteado, se produce de forma inequívoca y mandatoria la aceptación tácita de lo solicitado. Por ello, durante esta primera época jurisprudencial, se niega el valor a la doctrina que establece que por el silencio administrativo positivo no se adquiere un derecho que la ley no ha consagrado, ni se puede acceder a más beneficios que los que en forma clara prevén las normas legales.

De la Sentencia 129-1999, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de febrero del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Tevcol S.A. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

*[...]Las leyes 51 (R.O. 349 de 31 de diciembre de 1993) y 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994) consagran de modo inequívoco y mandatorio que producido el silencio administrativo se considerarán aceptados tácitamente las reclamaciones y recursos propuestos por los administrados. Tales normas no contemplan condicionamiento alguno, tanto más que se prevé que los funcionarios que ocasionan el silencio serán removidos de sus cargos, sin perjuicio de las acciones que se incoe en contra de ellos. Ante el silencio positivo no cabe efectuar control de legalidad en los términos del Art. 288 del Código Tributario.*³⁰

Como se ha venido observando dentro de esta primera época jurisprudencial, en la que se concibe de manera irrestricta, inequívoca y mandatoria que producido el silencio administrativo se considerarán aceptados tácitamente las reclamaciones y recursos propuestos por los contribuyentes, no se aplica el control de legalidad.

Dada la incondicionalidad que plantea la Ley 05 respecto al acaecimiento del silencio administrativo, la jurisprudencia temprana delineó el criterio de aplicación directa y

²⁹ Expediente 103, Registro Oficial 107, 19 de Junio del 2003.

³⁰ Expediente 129, Registro Oficial 600, 19 de Junio del 2002.

absoluta de la aceptación tácita de los reclamos interpuestos en esta primera época, como corroboramos con los siguientes fallos:

De la Sentencia 33-2001, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre de 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía FERTISA en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas: [...] “los efectos jurídicos de la aceptación tácita se reflejan en la firmeza del reclamo administrativo no resuelto oportunamente (Resolución 80/99 de 26 de marzo de 2001, Registro Oficial 346 de 13 de junio de 2001).”³¹

De la Sentencia 221-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de marzo del 2005, dentro del juicio que sigue la Compañía Importadora Créditos Quezada en contra del Gerente del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

*[...]Ha sostenido también esta Sala que el ordenamiento jurídico en vigencia contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la administración, el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la administración dictar resolución expresa, su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado; es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo que puede decir del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia que considera además que si la administración no actúa con la debida diligencia queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable.*³²

Como se ha dicho, posterior a esta primera época jurisprudencial, cuyos fallos hemos extraído, la Sala modificó su criterio a uno que condiciona la obtención del SAP a que lo solicitado no contuviera vicios, de tal manera que no se podría obtener aquello que mediante un acto administrativo expreso no se permitiera. Esta corriente será abordada en el acápite 2.3 de este trabajo, relativo a la vinculación de la aceptación tácita del SAP.

2.2 Por la clase de petición que se dirige a la Administración:

³¹ Expediente 33, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003.

³² Expediente 221, Registro Oficial 76, 5 de Agosto del 2005.

Conforme a la jurisprudencia, frente a los distintos tipos de peticiones se han aplicado postulados diferentes para considerar si opera o no el silencio administrativo positivo. Serán revisados los pronunciamientos en los casos de peticiones simples, reclamos, reclamos por pago indebido, consultas formales y recursos de revisión, para, a partir del sentido dado por la Sala de lo Fiscal, dejar sentada su aplicación en materia tributaria.

2.2.1 Simples peticiones y reclamos: irrevocabilidad del reconocimiento del tipo de petitorio por parte de la administración.

De la Sentencia 7-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 16 de octubre del 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Manexpo, en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...]En cuanto, a la digresión entre reclamo administrativo y petición, carece de sustento, pues a fojas 29 del expediente consta el oficio suscrito por la titular del Servicio de Rentas Internas, economista Elsa Romoleroux de Mena, cuyo número es 1330 del 27 de abril de 1999 y su texto dice: "Doctor, Leonardo Andrade A., Secretario General de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal. En su despacho.- En atención a la providencia dictada por Ud., el día 23 de abril de 1999, dentro del juicio de Aceptación Tácita, No. 18756 M., le remito copia certificada del reclamo administrativo signado con el número 19980405044 y resuelto por la Administración, mediante resolución Nro. 01595; expediente que consta de 2 fojas". Es decir, la máxima autoridad de Rentas Internas sí lo califica como reclamo administrativo y en la resolución no se resta ningún valor jurídico al documento presentado.³³

Es común que la administración tributaria no reconozca que se ha producido el silencio administrativo positivo frente a las pretensiones planteadas por el administrado en sus reclamos y/o recursos. Esa es la situación que nos esboza, precisamente, la jurisprudencia anterior, por la cual, dentro del proceso administrativo y posteriormente en sede judicial, si la administración ya ha dado la calificación previa de reclamo administrativo al expediente ingresado por el administrado, mal puede posteriormente negarle esa calidad jurídica, a fin de evitar se produzcan los efectos jurídicos positivos de la aceptación tácita de lo solicitado.

³³ Expediente 17, Registro Oficial 252, 15 de Enero del 2004.

De la Sentencia 126-2003, de 22 de noviembre del 2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio que sigue el Centro Médico de Orientación y Planificación Familiar "Cemoplaf" en contra del Gerente del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] *"El meollo del asunto entonces está en dilucidar si el derecho de la Administración Pública Tributaria para pronunciar resolución dentro del reclamo propuesto por la empresa actora, había o no caducado, calificación de reclamo que hace la propia administración en su resolución de 25 de junio del 2002 y por tanto sin lugar a que en la esfera contenciosa se pretenda sostener que no tenía esa calidad. (...) la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en más de tres fallos ha dicho: "Finalmente la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso siguiente al primero del Art. 28, según el cual la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos señalados anteriormente..." (Resolución 358/02 del 25 de septiembre del 2002); ello significa que a pesar de que no se ha hecho constar tal certificación y por tanto no se encontraba convalidada la aceptación tácita por silencio del COMEXI, pero tal pronunciamiento debía hacerse en resolución de la CAE dentro del plazo fijado en el Art. 77 de la LOA ya transcrito anteriormente, si no lo hizo quedó excluido de dictar resolución. Siendo claro la negligencia en que han incurrido los funcionarios de la CAE al dejar caducar su derecho, es recomendable hacer valer el derecho de repetición..."*³⁴

Es importante precisar que esta jurisprudencia hace referencia a fallos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la forma que han concebido la ejecución del silencio administrativo con efecto positivo.

En efecto, dicha Sala Administrativa precisó el alcance del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, por el cual, a fin de efectivizar lo obtenido por el silencio positivo, estableció la obligación del administrado, para acogerse a una acción de ejecución, de sustentar su demanda en un instrumento público que constituye la

³⁴ Expediente 126, Registro Oficial 406, 28 de Noviembre del 2006.

certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, respecto del fenecimiento del término durante el cual debió haber atendido la petición.

No obstante, dada la dificultad que en la práctica representa la obtención de un documento que, de forma expresa, puede evidenciar responsabilidad administrativa del funcionario remitido, la Sala de lo Fiscal, considera que, si bien dicha certificación no obró del proceso, no por ello la autoridad que incumplió con el mandato legal puede extralimitarse en su actuación, resolviendo asuntos para los cuales no gozaba de competencia administrativa³⁵.

De este proceso, así como se verá posteriormente en otros, la Sala de lo Fiscal no establece el requerimiento de adjuntar la certificación en mención para cuando el administrado pretenda hacer valer sus derechos, en pos de efectivizar lo obtenido por la aceptación tácita de su reclamo.

2.2.2 Improcedencia del SAP frente a simples peticiones.

De la Sentencia 114-2001, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 6 de diciembre de 2002, dentro del juicio que sigue Quito Tennis y Golf Club en contra del Servicio de Rentas Internas.

[...] “El petitorio de 5 de mayo de 1999 mencionado no contiene una reclamación administrativa en los términos previstos en el Art. 114 del Código Tributario. Principalmente no incluye una pretensión concreta elemento esencial para configurarla. Por ende, mal cabe se considere que se ha podido producir silencio administrativo. Al propósito, precisamente para remediar este tipo de casos, ocurre señalar que con el Art. 49, b) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (Suplemento del Registro Oficial 181 de 30 de abril de 1999) se reformó el Art. 21 de la Ley 05 en el sentido de que no cabe silencio administrativo en tratándose de peticiones. Ello no pugna con el derecho de petición consagrado en la Constitución Política tanto más que la referida petición fue contestada por la administración”³⁶

³⁵ NB. El Código Tributario, respecto de la competencia administrativa dispone que “**Art. 75.-** Competencia.- La competencia administrativa tributaria es la potestad que otorga la ley a determinada autoridad o institución, para conocer y resolver asuntos de carácter tributario.”

³⁶ Expediente 114, Registro Oficial 54, 3 de Abril del 2003.

De la Sentencia 40-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 1 de julio de 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Precreto C.A. contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Los otros escritos, pie de fs. 20 y fs. 25, si bien conciernen a la discrepancia entre la administración y la empresa respecto de la aplicación de la Salvaguardia y del Sistema Andino de Franja de Precios, son de carácter general y no constituyen una reclamación en contra de la re liquidación efectuada por la administración respecto del DUI 1105252. Por ello, mal cabe reconocer que se haya producido silencio administrativo positivo; según lo solicita la empresa. Coadyuva a sostener este criterio la reforma al primer inciso del Art. 21 del Decreto Ley 05, publicado en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994, que excluye a las peticiones del silencio administrativo”³⁷

De la Sentencia 44-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 22 de noviembre del 2004, dentro del juicio que sigue la Compañía Cervecería Suramericana S. A. Cervesursa contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Era pertinente entonces, de creerse del caso, el proponer reclamo administrativo en contra de tales re liquidaciones al tenor de lo señalado en el Art. 110 del Código Tributario. Los escritos aludidos por el representante legal de "Cervecería Suramericana S. A." CERVESURSA, respecto de los mencionados DUI que obran de fs. 58 a 63, no son reclamos administrativos en estricto sentido. Los otros escritos presentados con posterioridad, si bien concierne a la discrepancia entre la Administración Aduanera y CERVESURSA respecto de la aplicación tanto de la Salvaguardia como del Sistema Andino de Franja de Precios, son de carácter general y no constituyen una reclamación específica sobre las re liquidaciones de tributos efectuadas en los documentos únicos de importación.- Por ello no cabe reconocer que se ha producido silencio administrativo positivo, según lo solicita la empresa, y a consecuencia de ello tampoco es posible para esta Sala analizar el tema de fondo,”³⁸

De la Sentencia 51-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 4 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Elaborados de Café El Café C. A., en contra del Gerente General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “TERCERO: El Art. 49 b) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 181 de 30 de abril de 1999, modificó el Art. 21 de la Ley 05, publicada en el Registro Oficial 396 de 10 de marzo de 1994 y dispuso

³⁷ Expediente 47, Registro Oficial 198, 27 de Octubre del 2003.

³⁸ Expediente 44, Registro Oficial 405, 27 de Noviembre del 2006.

que el silencio administrativo no procede contra simples peticiones. A fs. 67 y 68 de los autos consta la petición formulada por la empresa actora. Dicha petición, conforme lo ha sentado esta Sala en reiterada jurisprudencia, no comporta una reclamación administrativa, al no reunir los requisitos contemplados en el Art. 114 del Código Tributario. En consecuencia, no procede reconocer que se ha producido el silencio administrativo, y por ende, no ha ocurrido la aceptación tácita de la simple petición realizada por la empresa actora”³⁹

Como fue dicho en un inicio, no cabe silencio administrativo frente a peticiones simples. El Art. 49, literal b) de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 181 de 30 de abril de 1999, reformó el Art. 21 de la Ley 05 en el sentido antes mencionado.

Así, se entiende que frente a peticiones que no guarden conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 119 del Código Tributario, que establece el contenido del reclamo administrativo, no podrá operar el SAP en caso que la autoridad a quien se le dirigió no hubiera dado oportuna resolución, en los términos fijados por la Ley 05.

Para constancia, dicho artículo prescribe que el reclamo debe figurar por escrito e incluir : La designación de la autoridad administrativa ante quien se la formule; el nombre y apellido del compareciente; el derecho por el que lo hace; el número del registro de contribuyentes, o el de la cédula de identidad; la indicación de su domicilio permanente, y para notificaciones, el que señalare; la mención del acto administrativo objeto del reclamo con los respectivos fundamentos de hecho y de derecho; la pretensión concreta que se formula; y, la firma del compareciente, representante o procurador y la del abogado que lo patrocine.

De todas formas, si bien la jurisprudencia y la posterior legislación han establecido que no procede el SAP frente a las peticiones simples, resultan interesantes los argumentos que justificaban la procedencia de estas, como veremos seguidamente.

En efecto, esta postura considera que

³⁹ Expediente 51, Registro Oficial 395, 13 de Noviembre del 2006.

“...a partir de la promulgación de la ley 99-24... establece que en el primer inciso del Art. 21 del decreto ley No. 05, se suprime la frase “o atender peticiones”, sin tomar en consideración que en el segundo inciso subsiste la palabra “peticiones”. Bajo este contexto, los contribuyentes, responsables o terceros, que presenten “peticiones” a la Administración Tributaria con ocasión de una obligación tributaria, considerarían que las peticiones, a pesar que se las eliminó del inciso primero de la disposición primera de la ley 51, son susceptibles de ser resueltas en un plazo de ciento veinte días, debido a que en el inciso segundo continúa vigente su aplicabilidad.”⁴⁰

Siguiendo esta línea, al referirse a la tramitación legislativa que tuvo el proyecto de ley de la mentada reforma, enviada al Congreso Nacional con la característica de “económico urgente”, nos trae que:

“(...) se puede establecer que aparentemente la intención de la legislatura, como la intención del Presidente de la República de no incluir a las peticiones dentro del plazo de ciento veinte días previstos en la disposición primera de la Ley 51, para que de esta manera no opere el silencio administrativo positivo en materia tributaria para las peticiones..”⁴¹

Por las consideraciones antes vertidas, partiendo del hecho que se mantuvo en el segundo inciso de aquel artículo de la ley la palabra “peticiones”, y haciendo uso de los principios de aplicación de las leyes, el artículo 18 punto uno del Código Civil, al establecer que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, bajo la interpretación exegética de quienes apoyaban dicha tesis, de que el tenor literal de la ley debía prevalecer, pues las peticiones no habían sido excluidas de manera total del articulado, y, como consecuencia, debió haberse admitido la aplicación del SAP a las peticiones en materia tributaria.

2.2.3 Improcedencia del SAP frente a recursos de revisión.

De la Sentencia 100-98, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 1 de febrero del 2001, dentro del juicio que sigue la Compañía Sistemas

⁴⁰Diss. MARTÍNEZ CASTILLO, Juan Francisco, *¿Cabe el silencio administrativo en los recursos de revisión, consultas y peticiones en materia tributaria?*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2002, T/D344.3/M366c, p.75

⁴¹Ibid. p. 76

Servicios de Computación mora Serrano Cía. Ltda. contra el Ministro de Finanzas y Crédito Público:

[...] “Verdad que esta opción revisara de la administración puede ser tomada de oficio, o sugerida por otras instituciones y aún por cualquier persona directamente afectada, pero esto último, en forma alguna cambia la naturaleza intrínseca del recurso de revisión “de acto privativo, discrecional y optativo de la administración”. Si por el solo hecho de que una persona que se crea afectada por un acto administrativo tributario ejecutoriado sugiere o solicita a la administración que haga uso de la facultad optativa de revisarlo, fuera obligatorio para la administración el aceptar o rechazar expresamente y dentro del término legal correspondiente, tendríamos que el recurso de revisión ya no sería un recurso extraordinario privativo de la administración, sino un verdadero derecho del administrado y, por tanto, uno más de los recursos normales y ordinarios de los que se precisan en la ley, cosa que es jurídicamente inaceptable e incompatible con la naturaleza típica de recurso opcional y exclusivo de la administración que el legislador quiso dar al recurso de revisión con el fin que queda ya explicado de constituirle en un verdadero sistema de fiscalización de legalidad de los actos administrativos ejecutoriados. - CUARTO.- De todo cuanto queda expuesto se sigue y concluye que siendo el recurso de revisión una facultad que la ley (Art. 139 Código Tributario) asigna a la administración para opcionalmente y de acuerdo a su arbitrio rever sus propios actos ejecutoriados cuando por razones de legalidad de los mismos lo estima necesario, no es ni constituye éste un recurso del contribuyente o administrado, al cual tenga derecho para plantearlo y recabarlo de la administración y, no siendo así, mal puede, aún por un simple sentido de lógica elemental aplicarse al mismo el silencio administrativo positivo, cuando la administración no ha contestado dentro del término que la ley fija para el despacho de las solicitudes, pedimentos o recursos verdaderamente tales que se establecen como derechos del administrado o de terceros.”⁴²

De la Sentencia 141-98, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 22 de marzo del 2001, dentro del juicio que sigue la compañía Lojagas en contra del Ministro de Finanzas y Crédito Público:

[...] “El denominado recuso de revisión es de carácter extraordinario y se resume en la facultad de contralor que puede efectuar oficiosamente o a petición de parte interesada, la máxima autoridad de la administración tributaria de que se trate, respecto de actos o resoluciones firmes o ejecutoriados. No se trata en estricto sentido de un recurso que puedan utilizar quienes estimen se ha violado un derecho subjetivo. De allí que no cabe

⁴² Expediente 100, Registro Oficial 325, 14 de Mayo del 2001.

*aplicar respecto de la revisión el silencio administrativo y sus efectos, previsto en el Art. 21 de la Ley 05.*⁴³

De la Sentencia 7-2000, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 22 de marzo del 2001, dentro del juicio que sigue la Compañía Diprelsa S.A. en contra de Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“queda demostrado que la revisión tiene carácter extraordinario, razón por lo que el Art. 21 de la Ley 05, que considera el silencio administrativo como aceptación tácita de los reclamos o recursos, de no ser resueltos dentro del plazo de ciento veinte días que señala, no es aplicable a los recursos de revisión, tanto más, que los plazos fijados en los Arts. 140 y 143 del Código Tributario, referidos líneas antes, exceden del fijado por aquel precepto, razón más que imposibilite su aplicación.”*⁴⁴

De la Sentencia 7-2000, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 22 de marzo del 2001, dentro del juicio que sigue la Compañía Fertilizantes Terminales y Servicios S.A. Fertisa en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“Fortaleciendo los razonamientos expuestos y para demostrar jurídicamente que la aceptación tácita no es aplicable al recurso de revisión, es necesario observar los plazos que la ley prevé para la tramitación y resolución del recurso de revisión; el Art. 140 del Código Tributario disponía a la fecha de presentación del recurso de revisión en este caso la tramitación del mismo mediante la instrucción de un sumario administrativo de treinta días de duración, que habrá que instaurarse, previo informe del departamento jurídico respectivo si lo hubiere o de un abogado designado para el efecto, (informe para cuya presentación no se fija plazo) y, luego el Art. 143 del mismo código dispone que: “Concluido el sumario se pedirá nuevamente informe al departamento jurídico o al abogado designado para el efecto, por el plazo de ocho días, vencido el que, con o sin informe, la autoridad administrativa correspondiente, dictará resolución motivada en el plazo de noventa días, en la que confirmará, invalidará, modificará o sustituirá el acto revisado”. Por otra parte, adviértase que, si se suman todos los plazos que expresamente señalaban los artículos 140, 143 del Código Tributario, tenemos que el trámite del recurso de revisión precisaba de un plazo mayor a los ciento veinte días, sin contar dentro de ellos, el que necesariamente deberá otorgarse al departamento legal o al abogado designado para la emisión del informe preliminar, plazos que en definitiva van mucho más allá de los ciento veinte días señalados en el Art. 21 de la Ley 05 Reformatoria de la Ley de Régimen*

⁴³ Expediente 141, Registro Oficial 342, 7 de Junio del 2001.

⁴⁴ Expediente 7, Registro Oficial 327, 16 de Mayo del 2001.

*Tributario Interno, para que se produzca el silencio administrativo positivo, a favor del administrado.*⁴⁵

De la Sentencia 107-2000, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 24 de marzo del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Ingemelec Cía. Ltda, en contra la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Es de anotar que aún en el supuesto de que sea insinuada por los particulares, no es obligatorio de la máxima autoridad tributaria el concederla, lo cual corrobora su calidad de actividad oficiosa. Finalmente cabe agregar que el plazo para resolver el recurso de revisión, es muy superior al previsto en el Art. 21 de la Ley 05. En consecuencia, el efecto de aceptación tácita que el Art. 21 de la Ley 05 concede al silencio administrativo, no es aplicable ni a la revisión promovida de oficio ni a la revisión instaurada a instancia del particular directamente afectado, conforme lo ha resuelto esta Sala, entre otros, en los recursos 7-2000, sentencia publicada en el Registro Oficial 327 de 16 de mayo del 2001; 79-99, sentencia publicada en el Registro Oficial 52 de 1 de abril del 2003, y, 70-2000, sentencia publicada en el Registro Oficial 53 de 2 de abril del 2003, por cuanto la revisión no es un recurso administrativo.”⁴⁶

De los fallos transcritos en líneas anteriores, relativos a la inoperancia del silencio administrativo frente a recursos de revisión, podemos realizar las siguientes digresiones. Si partimos de una interpretación en exceso restringida y literal, podríamos concluir, a primera vista, que la Ley 05 otorgó para todo tipo de petición, reclamo y recurso, el plazo de ciento veinte días para que la autoridad administrativa resolviera dentro de dicho término.

No obstante, es interesante la interpretación que realiza la Sala de lo Fiscal a fin de establecer si esta norma es o no aplicable al recurso de revisión. Para ello, analizan si la revisión constituye un verdadero recurso y si es o no posible aplicar el mencionado plazo. Así, la doctrina ha calificado de forma unánime que la revisión en materia tributaria es de naturaleza extraordinaria y particular, que no opera de la misma manera que un recurso interpuesto por el administrado. La razón es que este recurso queda a criterio de la

⁴⁵ Expediente 33, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003.

⁴⁶ Expediente 107, Registro Oficial 389, 1 de Noviembre del 2006.

autoridad competente para determinar la procedencia, o, en su defecto, la inadmisibilidad de la revisión de los actos o resoluciones firmes o ejecutoriadas.

Si bien es cierto que el interesado, dígase por ejemplo el mismo contribuyente que se considera perjudicado por una resolución que no admitió el recurso de revisión, puede sugerir a la administración, así como también cualquier otra persona directamente afectada o la misma administración, de oficio, o; no por ello cambia el hecho de que la legislación ha previsto que solamente puede insinuarse a la administración para revise el acto firme; mas no endereza, en estricto sentido, un recurso propiamente hablando, de acuerdo a los argumentos que establece la Sala. La jurisprudencia ha pronunciado que se trata de un acto privativo, discrecional y optativo de la administración el aceptar la insinuación propuesta por el administrado.

De otro lado, cabe analizar que dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, este pone en tela de juicio al acto o resolución firme o ejecutoriada. Esta situación hace que la configuración misma de la revisión sea de índole excepcional, en la cual se revisan circunstancias taxativamente establecidas en la ley, a manera de fiscalización de los actos propios. Por ello, la jurisprudencia ha establecido que la revisión, más que ser un derecho del contribuyente, es una facultad de la administración, por lo que no cabe que se produzca el silencio administrativo a favor del administrado.

De la Sentencia 58-2001, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia el 20 de noviembre de 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Minera Australiana Cía. Ltda. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “A fin de establecer si esta norma es aplicable a la revisión, es necesario analizar si se trata de un verdadero recurso y si es o no posible aplicar el mencionado plazo. Respecto de lo primero, en el considerando anterior queda demostrado que la revisión tiene una naturaleza particular y extraordinaria y que en estricto sentido no opera como recurso propuesto, sino a instancia de los interesados o de oficio, quedando a criterio de la autoridad competente proceder o no a la revisión de los actos o resoluciones firmes o ejecutoriadas.”⁴⁷

⁴⁷ Expediente 151, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003

En el mismo sentido de negar la aplicación del SAP al recurso de revisión se pronuncia la siguiente sentencia: [...] *“Por tratarse de una instancia ante la autoridad competente, y no propiamente de un recurso, ya por lo extraordinario de la revisión, ya en fin por el modo como decurren los plazos, no le es aplicable el plazo de ciento veinte días ni la aceptación tácita previsto en el artículo 21 de la Ley 05.”*⁴⁸

De otro lado, para justificar la procedencia del SAP frente al recurso de revisión en materia tributaria, se sostuvo que:

*“El derecho de petición garantiza la atención y respuesta oportuna de las peticiones dirigidas a las autoridades, en un plazo adecuado; a pesar de que el trámite del Recurso de Revisión, desde su insinuación, hasta su resolución reviste de circunstancias particulares que lo hacen extraordinario o especial, los contribuyentes deben recibir una respuesta en un plazo oportuno a sus peticiones...Tomando en consideración que no se puede menoscabar los derechos de los contribuyentes, el plazo oportuno que podría considerarse: A) en la fase resolutoria del recurso, el plazo sería de noventa días contados desde que concluyó el respectivo sumario probatorio; o, B) en la fase de instauración del sumario, el informe del departamento jurídico, debe estar regulado por un plazo, que permita el cómputo de los plazos señalados para la tramitación del recurso de revisión...”*⁴⁹

2.2.4 Improcedencia del SAP frente a consultas tributarias

Respecto del tratamiento de las consultas que se pueden formular a la administración, debemos entender la naturaleza de las mismas para luego analizar si procede la aplicación del silencio administrativo.

Como hemos visto, precisamente una de las facultades que la ley otorga a las administraciones tributarias consiste precisamente en la facultad resolutoria. La ley establece que *las autoridades administrativas están obligadas a expedir resolución motivada, en el tiempo que corresponda, respecto de toda consulta, petición, reclamo o recurso que, en ejercicio de su derecho, presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de administración tributaria.*⁵⁰

⁴⁸ Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. p. 886.

⁴⁹ MARTÍNEZ CASTILLO, Juan Francisco, op. ct. p.84

⁵⁰ Art. 69 de la Codificación del Código Tributario

Aproximando la esencia de la consulta, podemos decir en palabras de JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN, que *“es un mecanismo a través del cual se pretende una toma de criterio por parte de la administración sobre la inteligencia y aplicación del ordenamiento jurídico tributario una situación jurídica en particular.”*⁵¹

La ley, al establecer la legitimación activa de quienes pueden proponerlas, establece que son los propios sujetos pasivos quienes podrán consultar a la administración tributaria respectiva, a fin de conocer de forma anticipada el tratamiento jurídico que se destinaría a casos concretos o por concretarse, relacionados con el ejercicio económico de la persona consultante. Frente a este tipo de consulta se prevé que la absolución será vinculante para la administración tributaria.

Vale decir, por el principio de competencia, que en materia tributaria las absoluciones de consultas presentadas a otras instituciones en vez de la respectiva administración tributaria no tienen efecto jurídico vinculante.

El legislador ha otorgado a la administración tributaria el plazo de treinta días de formuladas para ser absueltas; siendo vinculantes para la institución en la medida en que la información consignada que ha servido de base para que la administración conteste sea fidedigna; caso contrario, pierden el efecto descrito.

Incluso, vale recordar la imposibilidad que contempla la ley, de manera expresa, de que el contribuyente pueda impugnar las absoluciones a las consultas tributarias tanto en vía administrativa como en la judicial, lo que ya nos conduce al criterio de que no cabría la aplicación del SAP.

Este es el escenario legal que, por supuesto, ha sido descrito de manera sucinta, pero, para entender la institución del silencio administrativo nos bastará.

La jurisprudencia ha entendido de la siguiente manera la improcedencia del silencio administrativo en dichas consultas:

⁵¹BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, op. ct. p. 95

De la Sentencia 37-2001, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de julio del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Gondi SA. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“El Art. 21 de la Ley 05, ante la falta de pronunciamiento de la administración respecto de peticiones, reclamaciones o recursos, sin condicionamiento o calificación alguna, simple y llanamente prevé que el silencio equivale a aceptación de las pretensiones de los particulares, e inclusive determina que el funcionario por cuya culpa se origina semejante situación es responsable de la misma. Habiéndose producido en este caso el silencio de la administración, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, salvo los casos de revisión y consultas, procede que se reconozca que existe aceptación tácita en los términos de la norma mencionada.”⁵²*

Dada su naturaleza, no le es dable siquiera la aplicación del silencio administrativo negativo, toda vez que, como bien lo señala JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN, *“...esto resulta evidente, porque si el silencio a negativo permite entender negado lo que solicita el contribuyente para acudir al juez, se estaría convirtiendo a este en un órgano consultivo, de modo completamente inadmisibles a lo que comporta la jurisdicción”⁵³.*

Hacemos notar que la consulta tributaria se desdice como un mecanismo de defensa del contribuyente en la medida que no constituye ni un reclamo ni un recurso. Fijémonos para ello que el Código Tributario establece que la presentación de la consulta no exime del cumplimiento de deberes formales ni del pago de las obligaciones tributarias respectivas. En esa línea, se dice que *“la técnica del silencio administrativo es más acorde con los mecanismo de defensa (reclamaciones y recursos) o con las peticiones, pero no con el régimen y fines de la consulta que no tiene que ver con la impugnación de actos Administrativos, o con las instancias que pretenden la realización o concesión de algo por parte de la autoridad”⁵⁴*

⁵² Expediente 37, Registro Oficial 680, 10 de Octubre del 2002

⁵³ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, op. ct. p. 97

⁵⁴ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, op. ct. p. 198

La consulta es una interpretación anticipada que se atribuiría a un caso particular planteado por el contribuyente. Inclusive, la técnica del silencio administrativo no es la vía adecuada para obtener la aceptación del criterio sugerido por el contribuyente frente al caso particular por él planteado.

Lo que el contribuyente necesita es que la administración provea de seguridad y certeza jurídica para saber la forma cómo el contribuyente debe actuar en determinadas circunstancias. Se trata de un caso en el que necesariamente debemos contar con un acto administrativo expreso emitido por la administración. Además, hay que recordar que el efecto vinculante que se otorga a la consulta tributaria permanece en la medida en que los datos que se hubieran proporcionado en la consulta fueran exactos; caso contrario deja de ser vinculante. Si el contribuyente no ha planteado su consulta con datos veraces, aun en el caso que hubiera existido absolucón por parte de la administración, esta se va a encontrarse en la obligación de dejar de aplicar el criterio vinculante que antes habría vertido.

Otro aspecto importante a considerar se refiere a que no se puede conseguir mediante el silencio de la administración un tratamiento distinto del que se otorgaría, por mandato legal, al resto de contribuyentes. Entiéndase este criterio en el sentido de que atentaría contra el principio de igualdad. Si se hiciera valido el postulado de la aplicación del silencio y se considerara que el criterio insinuado por el contribuyente ha sido aceptado por el silencio positivo, ¿qué ocurriría en caso de que frente a las mismas situaciones, a otro contribuyente se le hubiera absuelto su consulta en el sentido totalmente opuesto? ¿A caso este segundo no tendría derecho a que se le trate de manera justa y no se realicen discriminaciones frente a las mismas circunstancias en las que se encuentra?

Si bien se ha determinado que no es aplicable el silencio positivo a las consultas, no se está subsanando la situación por la cual se está dejando en indefensión al contribuyente, por no recibir una resolución temporánea, afectando así su derecho de petición, toda vez que las consultas, igualmente, tienen su origen en aquel derecho constitucional. Por lo tanto, el estatuto tributario no nos insinúa un camino para efectivizar el derecho en este aspecto.

Al hablarse sobre la procedencia del SAP frente a las consultas tributarias, un sector doctrinario consideró que si eran procedentes, por cuanto:

“el artículo 130 del Código Tributario establece que las consultas deberán ser absueltas en el plazo de 30 días, sobre el que operaría el Silencio administrativo... Sin embargo, la administración Tributaria, no cumple con lo dispuesto en esta norma legal, por cuanto, las consultas no se las puede impugnar en vía judicial y además, su falta de pronunciamiento no ocasiona ninguna sanción expresa por esta omisión.”⁵⁵

En cambio, otra postura, que manteniendo la procedencia del SAP frente a las consultas, consideró que estas *“fueron expresamente excluidas del ámbito regulador del Decreto Ley 05, por lo que a esta especie de peticiones no le es aplicable el término de ciento veinte días, sino el de quince días previstos en la Ley de Modernización del Estado en razón de lo dispuesto en el Art. 66 de esta Ley”⁵⁶*

2.3 Por la vinculación de la aceptación tácita del SAP:

Dentro de este postulado analizaremos en qué medida el SAP es mandatorio para la administración y si es que cabe efectuar el control de legalidad por parte de la rama jurisdiccional. Además, trataremos el tema de la incondicionalidad del SAP, refiriéndonos a si este admite interrupciones en el plazo para que la autoridad resuelva el petitorio.

A continuación los presupuestos que han sido incorporados por nuestros tribunales para la aplicación favorable del derecho de petición, conforme explico con los siguientes fallos:

De la Sentencia 36-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de octubre del 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Empresa Eléctrica Manabí S.A. en contra del Director Regional del Servicio de Rentas Internas de Manabí: [...] *“en materia aduanera no existe ninguna condición que permita considerar para el caso de silencio administrativo ninguna interrupción del plazo establecido en el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas en vigencia que es incondicional.”⁵⁷*

⁵⁵ MARTÍNEZ CASTILLO, Juan Francisco, op. ct. p.84

⁵⁶ NEIRA, Edgar, op. ct. p. 167

⁵⁷ Expediente 100, Registro Oficial 311, 12 de Abril del 2004.

La hoy derogada la Ley Orgánica de Aduanas disponía de forma precisa el efecto que tenía la falta de contestación de la reclamaciones dentro en el término oportuno que, para asuntos aduaneros, correspondía a treinta días (si sumamos el término de prueba que puede otorgarse al administrado). En efecto, la ley atribuía expresamente la firmeza del acto, el causar estado y la falta de competencia que tiene el funcionario aduanero de emitir resolución extemporánea.

Revisemos lo que disponía la mentada ley:

*Art. 77.- **Resolución.**- El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días.*

La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio del recurso de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar.

La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo.

La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impondrá una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, a los funcionarios responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar.

De lo antes transcrito evidenciamos la normativa especializada en materia aduanera que giraba en torno al silencio administrativo, para la cual, en cuanto a esta institución jurídica, no se aplican supletoriamente el Código Tributario ni la Ley de Modernización. En función de lo dicho, la aplicabilidad del silencio administrativo positivo tenía una connotación mandatoria, sin admitir condicionamientos o interrupciones al plazo que tiene la administración para resolver; por lo que mal pudieron haber sido alegadas.

Ahora bien, de la revisión de la norma que derogó la Ley Orgánica de Aduanas, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, en relación al tratamiento legal que ha destinado al SAP, menciona lo siguiente:

*Art. 124.- **Reclamos y Recursos Administrativos.**- Toda persona podrá presentar reclamo administrativo en contra de los actos administrativos dictados por el Director General o los Directores Distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador que afectaren directamente sus derechos, dentro del plazo de veinte días contados desde la fecha en que hubiere sido notificado con dicho acto.*

Los reclamos que se presentaren se sustanciarán y resolverán de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Tributario, dentro del plazo de sesenta días contados desde que el reclamante hubiere presentado dicho reclamo.

El Director Distrital es la autoridad competente para conocer y resolver los reclamos administrativos de pago indebido.

Los reclamantes podrán presentar recurso de revisión ante la Directora o Director General en contra de las resoluciones que dictaren los Directores Distritales, de conformidad con las normas del Código Tributario.

La primera apreciación que podemos realizar es sin duda el retroceso en materia de derechos, en este caso, el derecho constitucional de petición. De conformidad con esta ley, los funcionarios podrán resolver dentro del duplo del término que antes se les otorgaba, evidenciándose el ánimo de evitar que se produzca el efecto de aceptación tácita de lo reclamado.

Si bien podría ser vista esta norma de remisión al Código Tributario como un intento unificador de la legislación en materia de tributos donde, en estricto sentido, las reclamaciones arancelarias versan propiamente sobre tributos a la importación; el hecho que no se haga constar de forma expresa y, al contrario, se haya derogado que *La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa, y que La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado,* podría permitir que la administración tributaria pudiera actuar discrecionalmente al amparo de estas omisiones, alegando que la imprevisión de aquella norma les permitiría resolver extemporáneamente.

Se trataría sin duda de un extremo, improbable pero no imposible. Sin embargo, resulta más inaudito el hecho que ya no se prevea la sanción específica por la negligencia del funcionario que no obró con el deber jurídico de atender las peticiones oportunamente. Si bien no es materia de este estudio, debemos hacer notar las diferencias en cuanto al

tratamiento que se otorga a esta institución y de la cual, sin duda, la administración de cumplir con los deberes que por la ley le han sido conferidas.

De la Sentencia 129-99, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de febrero del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Transportadora de Valores S.A. Tevcol, en contra del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“Las leyes 51 (R.O. 349 de 31 de diciembre de 1993) y 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994) consagran de modo inequívoco y mandatorio que producido el silencio administrativo se considerarán aceptados tácitamente las reclamaciones y recursos propuestos por los administrados. Tales normas no contemplan condicionamiento alguno, tanto más que se prevé que los funcionarios que ocasionan el silencio serán removidos de sus cargos, sin perjuicio de las acciones que se incoe en contra de ellos. Ante el silencio positivo no cabe efectuar control de legalidad en los términos del Art. 288 del Código Tributario.”*⁵⁸

A través de estos fallos se vuelve a reiterar la aplicación de los postulados de la primera época jurisprudencial que concibió al silencio administrativo de manera irrestricta y mandatoria. Sin la previsión normativa expresa de condicionamientos para que interrumpen la aceptación tácita de las reclamaciones, la jurisprudencia sentó el criterio de la inadmisión de excepciones para intentar enervar la ocurrencia del efecto positivo de esta institución. Incluso, determinó que no se debe realizar el control de legalidad por parte de los jueces, en cuanto todo pedido debía ser entendido como aceptado.

Como se dijo en otro acápite, el control de legalidad por parte de la Función Judicial comporta el mecanismo de control de los actos administrativos dentro de la instancia jurisdiccional. Dentro de este, se pueden verificar y rectificar los antecedentes de hecho y de derecho alegados por las partes para llegar al convencimiento de una verdad no solo procesal sino material.

No obstante, la interpretación que ha dado la jurisprudencia gira en torno a la improcedencia de este tipo de control toda vez que – atendiendo el criterio de la primera época- si la ley preveía expresamente la aceptación tácita de los reclamos o recursos, mal pudiese la administración de justicia entrar a analizar las circunstancias que generaron dicho

⁵⁸ Expediente 129, Registro Oficial 600, 19 de Junio del 2002.

derecho, al ser la administración pública la que debió haber actuado con debida diligencia, so pena de quedar vinculada jurídicamente en los términos de la petición formulada por el contribuyente. Así lo sostuvieron los fallos analizados.

De la Sentencia 117-2000, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 7 de mayo del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Cemplafem en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“Desde la fecha en que se presentó la reclamación, hasta la fecha en que se notificó con la resolución transcurrió el plazo de ciento veinte días que tenía la administración para pronunciarse, habiéndose producido el silencio administrativo positivo previsto en el Art. 21 de la Ley 05. No hace al caso las consideraciones que efectúa la administración en el recurso de casación atinentes al control de legalidad, así como a que el administrado se encuentre investido del derecho que alega, por no haber sido previstas por las normas que tratan del punto discutido.”*⁵⁹

Siguiendo este análisis, la Sala de la Corte Suprema de Justicia no entró a analizar cuestiones ajenas a la pretensión principal de demostrar que ha operado el silencio administrativo, cuestión que ha sido determinada comprobando que fenecido el plazo, la administración no efectuó una oportuna resolución y posterior notificación al administrado. Es importante volver a recalcar que en ninguno de estos fallos se ha solicitado la acreditación del certificado por parte del funcionario omiso sobre el transcurso del plazo sin contestación.

Como se dijo en su oportunidad, este requerimiento corresponde a una disposición contenida en la Ley de Modernización, que si bien fue el primer postulado normativo que cambió radicalmente el sentido que debían darse a la falta de contestación de la administración pública, entendida como negativa tácita, recién a partir de la emisión de la Ley 05, se normó en materia tributaria el sentido de la aceptación tácita, por lo que debía atenderse a lo dispuesto en esta ley, que por no establecer dicho requisito, así como tampoco el Código Tributario, no debe ser solicitado al contribuyente.⁶⁰

⁵⁹ Expediente 117, Registro Oficial 636, 8 de Agosto del 2002.

⁶⁰ NB. Tómese en cuenta que la Ley de Modernización supuso el primer avance en materia del instituto del silencio positivo en la Administración, cuyo artículo 66 contenía la disposición de que las normas contrarias a

Continuando este estudio, el grado más alto de aplicación de la mandatoriedad de la aceptación tácita se demuestra con los dos siguientes fallos, en los que se postula que no cabe analizar si con el silencio positivo se está o no reconociendo un derecho en contra de lo que prevé la ley; lo cual conlleva inequívocamente a determinar que la Corte Suprema aplicó de forma irrestricta la ley 05, dejando a salvo, por supuesto la posible responsabilidad de los funcionarios causantes de que se haya producido el silencio con el silencio positivo.

De la Sentencia 5-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de septiembre de 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Flopec en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“Consta del proceso que la empresa actora el 29 de diciembre de 1999 solicitó el reintegro del IVA pagado de mayo a octubre de 1999, documento que sin duda es una reclamación, inclusive se le asigna el número de trámite 19991236470 y contiene una pretensión concreta que es obtener la devolución del IVA pagado por FLOPEC en los meses de mayo a octubre de 1999; de allí que no cabe aceptar la alegación de la Administración Tributaria de que se trata de una simple petición y de que sobre ella no opera el silencio positivo en los términos del Art. 21 de la Ley 05. Al respecto, no cabe efectuar el análisis que pretende la parte demandada y determina si con el silencio positivo se está o no reconociendo un derecho en contra de lo que prevé la ley; pues, precisamente la reclamación de la parte actora, en conformidad a dicho artículo 21, se debe dar por aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios causantes de que se haya producido el silencio.”*⁶¹

De la Sentencia 49-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de octubre del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Operadora y Procesadora de Productos Marinos OMARSA S.A., en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“TERCERO.- Consta que la empresa actora el 29 de mayo del 2000 solicitó el reintegro del IVA satisfecho entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 1999, fs. 4 de los autos. Igualmente consta que el 30 de abril y el 9 de mayo del 2001, la Directora General*

aquella, incluyendo de manera expresa las contenidas en el Código tributario, se entenderían modificadas en cuanto la contradijeran. No obstante, en el mismo registro oficial en el que se publicó esta ley novedosa, se promulgó la Ley 51, la cual postuló el instituto del silencio negativo en materia tributaria.

⁶¹ Expediente 5, Registro Oficial 229, 10 de Diciembre del 2003.

del Servicio de Rentas Internas dispuso la devolución de varias sumas de dinero por IVA pagado en su condición de exportadoras, a diferentes empresas, entre ellas a la actora, fs. 5 a 9 de los autos. Dichas resoluciones se expidieron en forma tardía, cuando había transcurrido con exceso el plazo de ciento veinte días previsto en el Art. 21 de la Ley 05 y había operado el silencio administrativo a favor de la reclamante. Al respecto, no cabe efectuar el análisis que pretende la parte demandada y determinar si con el silencio positivo se está o no reconociendo un derecho en contra de lo que prevé la ley, pues, precisamente la reclamación de la parte actora, en conformidad a dicho Art. 21, se debe dar por aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios causantes de que se haya producido el silencio”⁶²

De la Sentencia 192-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Operadora Cooperativa de Ahorro y Crédito Chone contra Director Regional del Norte del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Al momento en que se expidió y notificó esta resolución, habían transcurrido en exceso los ciento veinte días hábiles que tenía la administración demandada para resolver, habiéndose configurado la aceptación tácita del mismo, de conformidad con lo prescrito en el Art. 21 del Decreto Ley 05, que introdujo este efecto de silencio administrativo al hoy Art. 104 del Código Tributario. Cabe señalar que el silencio administrativo es incondicional y opera de pleno derecho, y que al propósito de su reconocimiento, no cabe entrar a analizar otras consideraciones como la de si la Cooperativa de Ahorro y Crédito Chone Ltda. es o no una organización de campesinos o pequeños agricultores, y por ende, está exonerada del pago de impuesto a la renta”⁶³

Manteniendo esta línea jurisprudencial comentada, la Corte Suprema de Justicia resalta la incondicionalidad para que ocurra el silencio administrativo, incluyendo la referencia de que opera de *pleno derecho*, entendiéndose por tal que no es necesario que sea alegada por las partes para que despliegue sus efectos jurídicos, sino que se haya producido para que sea constitutiva de los derechos que le asisten al administrado.

En ciertos fallos sobre el tema se halla inmersa la cuestión de si procede la exoneración administrativa frente a las peticiones planteadas a la administración en el sentido de que se declare la existencia de la exención frente a determinados tributos. Si bien en el caso

⁶² Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

⁶³ Expediente 188, Registro Oficial 397, 15 de Noviembre del 2006.

anterior la sentencia no se refiere propiamente a aquello, sino a la confirmación de la calidad tributaria que ostenta una organización, de la cual se derivarían importantes consecuencias jurídicas, como acogerse a cierta exoneración, debe quedar claro que la jurisprudencia especializada señala claramente que es solamente la ley la que determina los presupuestos necesarios para la exoneración, por lo que mal podrían pretenderse que mediante una petición un contribuyente obtenga este beneficio; al menos esta es la postura más acorde con los últimos fallos.

Como será revisado posteriormente, en lo atinente a los efectos vinculantes del silencio administrativo, existe otra tendencia que explica que no puede obtenerse por el silencio administrativo lo que la ley no lo permite de forma natural.

De la Sentencia 103-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Operadora y Procesadora de Productos Marinos OMARSA, en contra la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“En conformidad a lo que la Sala única considera probado han transcurrido con exceso los ciento veinte días previstos en el Art. 21 de la Ley 05, desde que se presentó la reclamación de devolución del IVA hasta que se notificó la resolución por parte de la administración, lo cual devino en el silencio administrativo alegado. Al efecto no cabe aceptar enunciados doctrinarios que riñen con el texto de la ley que acepta el silencio positivo ante la falta de actividad de la administración. A mayor abundamiento, cabe aludir, a la numerosa jurisprudencia emitida por esta Sala que ha sentado ese criterio.”*⁶⁴

Como en el caso anterior, son numerosas las situaciones en las que se ha producido el silencio administrativo ante el Servicio de Rentas Internas por concepto de devolución del impuesto al valor agregado IVA. El argumento central de la administración para desconocer que había operado el silencio administrativo se basaba en el derecho que tienen los exportadores a la devolución del IVA, siempre que los valores reclamados no hubieren sido previamente compensados y cuando se tratare de crédito tributario, conforme a las normas reglamentarias. El sustento era que no habiéndose cumplido con los requerimientos establecidos por la ley, no era posible acogerse a este beneficio.

⁶⁴ Expediente 103, Registro Oficial 107, 19 de Junio del 2003.

La Sala, para ello, expone una de las hipótesis que sostienen los tratadistas Ramón Fernández y García de Enterría, consistente en que, por el hecho de reconocerse el silencio administrativo el interesado no adquiere un derecho que la ley no le da ni puede acceder a más beneficios que los que en forma clara prevén las normas legales.

La Sala consideró que habiendo transcurrido el plazo de los ciento veinte días dentro de los cuales la administración podía resolver el pedido, con la consiguiente notificación legal, devino en silencio administrativo. No entra a dilucidar el argumento de la falta de sustento documental o el incumplimiento, en caso de haberlo, de ciertas normas alegadas.

La Sala, manteniendo este primer criterio incondicional y mandatorio de la Ley 05, dispuso que la doctrina no podía contradecir el texto de la ley, postura de lo cual se desprendió que cualquier reclamo pudiera ser aceptado sin que importe las cuestiones de su legalidad.

De la Sentencia 55-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía de Elaborados de Café, El Café C. A. contra la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] *“TERCERO.- Entre la fecha de presentación de la reclamación y la de expedición de la mencionada resolución han transcurrido con exceso los ciento veinte días previstos en el Art. 21 de la Ley 05 y por ende se ha producido el silencio administrativo positivo a favor de la empresa. En mérito de las consideraciones expuestas, no siendo necesario entrar a examinar el fondo del asunto...”*⁶⁵

De esta sentencia se observa que la empresa presentó ante la Directora General del Servicio de Rentas Internas un reclamo administrativo por pago indebido, solicitando la devolución del impuesto a la circulación de capitales. La administración negó el reclamo extemporáneamente; es decir, cuando transcurrió en exceso los ciento veinte días, produciéndose el silencio administrativo positivo.

La Sala, en este caso, se limita a la constatación del término decurrido entre la presentación del reclamo y la notificación con la resolución, mas no analiza el fondo del asunto. Recordemos que conforme a la primera etapa del silencio administrativo, no se realizaba

⁶⁵ Expediente 55, Registro Oficial 559, 6 de Abril del 2005.

control de legalidad. Siendo así, en este caso se evidencia la falta de análisis sobre la existencia efectiva o no de un pago y si el mismo fue indebido; requisitos que posteriormente serán acogidos como necesarios para que opere el SAP en reclamos por pago indebido.

De la Sentencia 81-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de junio de 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Ferro S.A. en contra del Servicio de Rentas Internas:

[...] “*QUINTO.- Se considera que el artículo 273 del Código Tributario establece la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, en la especie, este punto sería referente a la devolución del supuesto pago indebido. Si bien ello no se encuentra en el expediente, es menester precisar que la esencia de la demanda no radica exactamente en este punto, sino que la resolución de la administración no fue debidamente notificada al actor, y debido a ello, se produjo el silencio administrativo... Si se toma en cuenta que el recurso ingresado el 4 de noviembre de 1998, no tuvo resolución legal dentro de estos 120 días hábiles, por lo que es evidente que debe tenerse por aceptado todo el contenido del citado recurso*”⁶⁶

La litis, en el presente caso, se contrae a la falta de contestación oportuna a un recurso de reposición, vigente a la época. Por su parte, la administración alega que sí notificó oportunamente; no obstante, se logra demostrar que se lo hizo en un casillero judicial incorrecto, lo cual tornó ineficaz a la resolución administrativa, configurándose el caso del silencio administrativo positivo.

Del texto de la sentencia extraemos lo referente a la falta de prueba del supuesto pago indebido, frente a lo cual la Sala concluye que, si bien no obra de autos, el punto de análisis no radica en aquello, sino en precisar si la resolución de la administración fue debidamente notificada al actor.

⁶⁶ Expediente 81, Registro Oficial 169, 15 de Septiembre del 2003.

Una vez más, observamos que existen fallos a la época en los que no se establecía la necesidad de determinar para la procedencia de un reclamo por pago indebido que el actor haya efectuado aquel pago y que el mismo hay sido indebido, como anotamos.

De la Sentencia 38-2007, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de febrero de 2007, dentro del juicio que sigue la Compañía El Rosado en contra del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Así, en el caso, estando frente a una petición que carece de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, pues, se funda sobre la base de un pago indebido inexistente, y en consecuencia, la falta de respuesta a esta solicitud no podía alcanzar el efecto de la aceptación tácita, en los términos de la jurisprudencia antes citada. No cabe que por silencio administrativo positivo, se reconozca lo que la ley no permite reconocer por un acto administrativo expreso. Actuar en contrario significaría violar los principios de igualdad y generalidad del régimen tributario⁶⁷

Mediante la resolución transcrita del año 2007, se puede evidenciar que la Sala retoma el criterio por el que el límite del SAP radica en un criterio de legalidad, por el cual, usando las palabras de la sentencia estudiada “No cabe que por silencio administrativo positivo, se reconozca lo que la ley no permite reconocer por un acto administrativo expreso”. Como se dijo, de esta manera, la Sala luego adoptaría un criterio más protector de la legalidad que de la seguridad jurídica, haciendo referencia a las líneas jurisprudenciales que nos ha indicado García de Enterría en su Tratado.

Con el fin de abordar de manera más completa las referencias jurisprudenciales del tratadista en mención, ZAVALA EGAS explica que:

(...) surge el problema cuando la solicitud o petición del particular otorgada o concedida por silencio positivo trae como consecuencia el otorgamiento de derechos o facultades contrarias al Ordenamiento jurídico. Para solucionar este problema se desarrollaron tres posturas jurisprudenciales: El argumento de que el silencio positivo opera en forma independiente de que lo pedido o solicitado fuera o no conforme con la normativa del Ordenamiento jurídico. El profesor de la Universidad de Barcelona J. M. Trayter cita , como ejemplo de esta tesis, la sentencia del Tribunal Supremo español de de 20 de mayo de 1966: <El silencio positivo - aun reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la administración- opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza,

⁶⁷ Expediente 38, Registro Oficial Suplemento 349, 30 de Mayo del 2008

*independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues, transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instituto de lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así, se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos ...*⁶⁸

El mismo autor ecuatoriano explica la segunda tesis jurisprudencial por la que

*...en ningún caso se puede obtener por silencio administrativo con efectos positivos lo que tampoco se puede obtener por acto expreso, pues encima de cualquier otra consideración está la legalidad y el interés público. Esta solución argumental sin embargo, lesiona la seguridad jurídica y derecho de los ciudadanos fundamentalmente en los casos que no hay evidencia clara e indiscutida de la contradicción entre la facultad o derecho obtenido por silencio y las normas del Ordenamiento jurídico...*⁶⁹

Finalmente, y en relación con la tercera y última solución jurisprudencial que se ha dado a la temática

*“el tercer camino que es el aceptado y recogido como causal de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es el admitir que < el principio de la irrevocabilidad de la autorización o aprobación ganada por silencio positivo, pero con la importante salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho....”*⁷⁰

Una vez que se han dejado claras las posturas jurisprudenciales que han servido para aportar una solución a la cuestión de los límites del SAP, retomamos el estudio con los siguientes fallos:

De la Sentencia de 30 de mayo del 2007, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio contra el Servicio de Rentas Internas:

[...] “...El silencio administrativo, conforme lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, y al contrario de lo que la Procuradora Fiscal manifiesta en su recurso, es de orden público, su reconocimiento es mandatorio, y no admite condicionamiento alguno. No cabe que el juzgador entre a analizar si la petición formulada es justa si no está prohibida por ley pues

⁶⁸ZAVALA EGAS, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Perú, Edilex S.A., 2011. p. 620

⁶⁹Id.

⁷⁰Ibíd. p.621

la aceptación tácita es una garantía de los administrados frente a la falta de oportuna contestación de los pedidos formulados. Sostener que el silencio se encuentra limitado de cualquier manera sería negar el derecho de petición que asiste a todos los ecuatorianos de conformidad con la Constitución Política y la ley.”⁷¹

Finalmente, del fallo citado, extraemos, nuevamente, una variación de la línea jurisprudencial que ha mantenido la Sala. Observemos que se vuelve a retomar la tendencia por la que la petición queda aprobada en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso. Por ello, la Sala considera que no debe efectuar un control de legalidad de la misma; toda vez que aquello constituiría una limitación al derecho de petición; y, aun más, si aquellas limitaciones no se hallan explicitadas en la ley de manera expresa.

2.4 Por la naturaleza procesal de la acción derivada del SAP:

Una vez vistos los fallos especializados sobre la institución jurídica materia de este estudio, en este literal analizaremos la esencia procesal que le corresponde a la acción que se deduce para efectivizar el silencio administrativo positivo.

En ese sentido, observaremos cómo ha sido abordada, a partir de los lineamientos establecidos por la Alta Sala de la Corte. Abordaremos si esta acción da lugar a un proceso de conocimiento o de ejecución; si corresponde el tratamiento a una acción autónoma o si la misma está supeditada a otros factores.

A continuación el fallo cuya ratio resume nuestro argumento:

De la Sentencia 73-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de noviembre del 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Shell del Ecuador, en contra del Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Bien lo ha dicho esta misma Sala que el derecho que se establece como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo que nada tiene que ver con los hechos o circunstancias anteriores a su origen, a la que ni siquiera afecta una resolución negativa posterior al término que la ley establece para dar contestación a un reclamo; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el

⁷¹ Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, de 17 de Enero del 2008.

*derecho, el cual 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, pues este efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a una acción autónoma.*⁷²

A partir de este fallo, podemos extraer los siguientes conceptos:

- Como consecuencia del silencio administrativo se obtiene un derecho autónomo.- Cuando la sentencia se refiere a un derecho autónomo, implica aquella facultad independiente que se la ha obtenido por disposición expresa de la ley. Por ello, no se determinan las circunstancias que provocaron la generación de aquel derecho; o, dicho de otra manera, los hechos anteriores a que se produzca el silencio administrativo son irrelevantes una vez que se ha configurado los presupuestos legales establecidos para que este despliegue sus efectos. De lo antes explicado se desprende que no cabe entrar a analizar otra cuestión fuera de la operancia o no de silencio, para lo cual se observa el término transcurrido en la presentación de la petición y, de haberlo, la efectiva notificación al administrado con la resolución.

-Al silencio administrativo positivo no le afecta una resolución negativa posterior.- Es propio de la naturaleza de esta institución que no pueda afectarle una resolución extemporánea posterior negatoria de la pretensión del administrado. Consentir lo contrario implicaría desmontar al silencio administrativo, permitiendo que la administración actúe de forma arbitraria, sin ajustarse al los mandamientos constitucionales y legales establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por cuanto la omisión de resolver dentro de término la petición planteada puede acarrear diferentes tipos de responsabilidad al funcionario público, se observa que en la mayoría de los casos estos, con el fin de desconocer los efectos legales del silencio administrativo, emiten resoluciones o, mucho peor, simples contestaciones fuera de término, en las que desconocen que se ha producido esta institución, así como niegan lo pretendido

⁷² Expediente 73, Registro Oficial 330, 7 de Mayo del 2004.

inicialmente por el administrado, sin argumentar ni motivar de forma debida, conforme manda la Constitución y la ley.

Este proceder, a todas luces atentatorio de los derechos del contribuyente, no puede modificar de forma retroactiva lo que debió haberse resuelto dentro del término que tenía para el efecto. Así, se debe entender que un acto administrativo está viciado de nulidad por cuanto no goza de la presunción de legitimidad, al haber sido dictado por una autoridad cuando esta carecía de competencia en razón del tiempo.

- La acción ante el órgano jurisdiccional corresponde a un proceso de ejecución.- Para comprender la diferencia entre un proceso de ejecución y de conocimiento es necesario partir de los siguientes postulados: en un proceso de conocimiento el actor busca que el juez reconozca la existencia de un derecho que esta parte afirma tener.

Es decir, la naturaleza de ese tipo de proceso corresponde a que se declare la certeza de la existencia de aquel derecho; razón por la que existe un conflicto jurídico. Por el contrario, un proceso de ejecución no está dirigido a que se declare el derecho, el cual se presume existente y certero, sino, a que el órgano jurisdiccional disponga su ejecución inmediata. La jurisprudencia en estudio ha considerado, igual como lo veremos en el respectivo acápite que trata la jurisprudencia en materia administrativa, que una acción de esta clase (silencio administrativo positivo) no da origen a un proceso de conocimiento, entendido conforme hemos explicado en este párrafo, sino a uno de ejecución, pues, consideran que parten de la existencia de un acto firme que ha generado un derecho a favor del administrado.

Independiente de la calificación que las Altas Salas han otorgado para efectivizar el derecho que ha surgido por el SAP, a través de un proceso de ejecución, vamos a examinar si esta guarda coherencia con la forma que la doctrina y otra jurisprudencia la han definido.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que los procesos de conocimiento se refieren a aquellos juicios en que hay una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor, configurándose sentencias que se denominan determinativas o de condena, que pueden ir acompañados o no de la imposición al demandado en el cumplimiento de dar, hacer o no hacer.

En ese sentido podemos anotar que:

*... los juicios de conocimiento lo constituyen los juicios ordinarios, verbal sumario y otros especiales. En el juicio ejecutivo se hace efectivo, en cambio un derecho cierto cuya satisfacción se asegura a través de un documento formal, que en nuestra legislación los llamamos títulos ejecutivos... No constituyen juicios de conocimiento los juicios ejecutivo, por imposibilidad de que estos reúnan el requisito de procedencia, que viabilice el recurso de casación, al sostenerse que no declaran, ni reconocen o establecen derechos, sino que se basan en títulos o documentos en que éstos se encuentran pertinente e indubitadamente señalados...*⁷³

Manteniendo esa línea, ENRICO LIEBMAN se pronuncia, refiriéndose a las acciones de cognición como sinónimo de acciones de conocimiento, y señala que:

*...las mismas tienen finalidad y la función específica de provocar el juicio en sentido propio y más restringido del término; con su proposición, el órgano jurisdiccional está llamado a juzgar, esto es, a ejercitar la características más característica de su función, la de declarar entre dos contendientes - con la solemnidad y los efectos de la sentencia - quien tiene la razón y quien no la tiene.*⁷⁴

A diferencia del proceso de ejecución que tiene por objeto hacer efectivo un derecho cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se obtiene de asegurar mediante el empleo de la coacción y concretamente el juicio ejecutivo, consiste en una pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en uno de los títulos llamados ejecutivos previstos en la ley.

Insistiendo en este tema el autor antes citado explica que:

*...desde el punto de vista del cumplimiento del mandato judicial o de la ejecución misma, la diferencia, entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución, radica en que el primer proceso no se puede proceder a la ejecución si no media declaración judicial de certeza; en cambio en el proceso de ejecución, se procede directamente a ejecutar. En el primer caso la ejecución depende de la existencia de una declaración de certeza previa y puede darse o no la ejecución, según exista dicha declaración de certeza; en el segundo caso, la ejecución se da sin más. De aquí resulta otra diferencia; la ejecución, en el proceso de conocimiento está condicionada, mediada y es dependiente; en cambio, en el proceso de ejecución, no.*⁷⁵

Para aclarar el tema de la distinción entre ambos tipos de procesos, el autor expone que:

⁷³ FERNÁNDEZ JARAMILLO, Simón, *Casación y Jurisprudencia Civil*, Babahoyo, segunda edición, 2003, p.23

⁷⁴ LIEBMAN, Marco Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1980, p. 121. En. CUEVA CORONEL, Luis Vinicio, *Manual de Casación en Materia Civil*, 2006, p. 31

⁷⁵ *Ibíd.* pp.32 y 33

*... no se puede proceder a la ejecución, directamente, si no tenemos definida en forma cierta e indubitable la cuestión jurídica, que vamos a ejecutar. A la inversa, podemos ejecutar directamente cuando la cuestión jurídica está definida en forma clara e irrevocable; es decir, cuando jurídicamente está titulada.*⁷⁶

De lo citado podemos justificar las distinciones que hemos señalado, y sumarnos a conceptualizar que el proceso de ejecución es un conjunto ordenado de pasos que tiene por objeto efectivizar prestación impuesta por una sentencia anterior, o determinada en documentos extrajudiciales, a los cuales la ley les asigna efectos como los de una sentencia.

Para confirmar lo antes dicho, el tratadista DEVIS ECHANDÍA, indica que:

*...el proceso ejecutivo es aquel por el cual se persigue satisfacer prácticamente, mediante un acto o el patrimonio de una persona, un interés jurídico reconocido, a favor del demandante o causante de éste, en sentencia de condena o en un título del cual emane de forma clara y expresa y que reúna los demás requisitos que la ley exige.*⁷⁷

Por su parte, el maestro CHIOVENDA añade que:

*El proceso de ejecución civil pertenece a la división del Derecho Público, ya que regula una actividad pública, que es el empleo de la jurisdicción para solicitar o coaccionar al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas. Pero tiene una posición especial, que deriva de la interferencia continua del interés general y del interés individual.*⁷⁸

Por eso suele calificarse a este tipo de procedimiento como aquel en el que se busca una actividad física por parte del juez, en la cual no predomina su voluntad cognitiva, sino dirigida al cumplimiento de una obligación insatisfecha, la cual, como hemos visto, debe hallarse sustentada en una sentencia judicial o en un título extrajudicial al cual la ley le ha otorgado similares efectos. Por ello, “...*el proceso de ejecución es un medio autónomo y definitivo para la realización del derecho y la satisfacción de sus accionantes, gracias al carácter del título y a la acción en la cual se fundamenta*”⁷⁹

Para adentrarnos al proceso de ejecución, desde ya debemos hacer notar que este no es sinónimo de juicio ejecutivo. Si bien el juicio ejecutivo es por antonomasia el proceso de

⁷⁶ Id.

⁷⁷ ECHANDÍA, Devis, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III, Bogotá, Editorial ABC, p. 340

⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 85

⁷⁹ REDENTI, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Buenos Aires, Editora Jurídica Europa-América, 1957, pág. 296

ejecución más recurrente, este segundo corresponde a un subgénero de la clasificación dentro de la teoría general del proceso, junto con el proceso de conocimiento. De otro lado, el juicio ejecutivo pertenece a un proceso de ejecución; pero este segundo no se limita solo a aquel, como lo hemos señalado. El juicio ejecutivo es una especie del género del proceso de ejecución.

Es importante hacer notar que existen corrientes doctrinarias que explican que no siempre el juicio ejecutivo va a desentenderse por completo de la cognición del juzgador; es decir, ser enteramente un proceso de ejecución. En respaldo de aquello, se ha sostenido que “... *la actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella, la actividad cognoscitiva*”⁸⁰. Por lo tanto, bajo este criterio, dentro de este procedimiento se llevará un proceso de cognición reducido, pero necesariamente previo al de ejecución. Una justificación puede hallarse en que “...*en el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión, significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional*”⁸¹

En contradicción a aquella teoría, EUGENIA ARIAMO DEHO, y nos adelantamos diciendo que nos parece más acertado este criterio, indica que:

*El juicio ejecutivo es un verdadero proceso de ejecución y lo es porque es un derivado histórico del processus executivus medieval que nació como proceso de ejecución y no como proceso de cognición. Fue una creación de la práctica justamente para evitar el proceso ordinario solemne y dispendioso, como corolario de los títulos con ejecución aparejada (executionem paratam), que permitían el ingreso a un proceso de ejecución sin una previa cognición judicial. El hecho de que dentro de su evolución histórica se haya permitido la incrustación dentro de su estructura de un incidente de cognición limitado – la ahora llamada contradicción – no le priva de su naturaleza ejecutiva.”*⁸²

Esta resulta ser probablemente la teoría más aceptada. Considera al juicio ejecutivo como un verdadero proceso de ejecución, pues, en atención a su finalidad, se busca conseguir el cumplimiento de una obligación que se encuentra reconocida e insatisfecha.

Retomando el tema materia de estudio, bajo las consideraciones expuestas, consideramos que en este punto surge una importante cuestión que es necesaria dilucidar. Si la naturaleza

⁸⁰ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1942, p. 443

⁸¹ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, p. 444

⁸² Ariamo Deho Eugenia, El Proceso de Ejecución, Lima, Editorial Rodha, 1996 pág. 173

de un proceso de ejecución implica que el derecho materia de aprobación no está en discusión, ¿cómo se debe entender que el juzgador efectúe el control de legalidad? Lo primero que deberíamos determinar es si el ejercicio del control de legalidad no desconoce la naturaleza del proceso de ejecución. En efecto, se podría pensar que este primero es un deber impuesto por la ley, para que el juzgador revise la legalidad del acto administrativo que ha sido puesto frente a él para que administre justicia.

Ahora, el que se efectuó un control de legalidad también responde a un cambio de criterio jurisprudencial en torno a la mandatoriedad del SAP. En un inicio, como se recordará, se alegaba que habiendo el legislador dispuesto la incondicionalidad y mandatoriedad de la Ley 05, no era dable que se realice el control de legalidad de lo obtenido por el silencio positivo. Una vez que se supera esa primera etapa, una segunda línea de la jurisprudencia optó por consignar que se realice aquel control, en pos de determinar la regularidad del acto administrativo presunto. Esto sin duda implica que se condiciona al SAP a cumplir una serie de requisitos que no facultan al juez a declarar la aceptación inmediata sin antes haber verificado que no éste no se halle viciado.

Como se verá en materia administrativa, se entiende que el control de legalidad de los actos administrativos presuntos que efectúa el órgano judicial, importa la revisión de la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico; es decir, la Corte no debe subsanar las deficiencias fácticas que no fueron debidamente analizadas en forma oportuna por la administración, pues, aquellas razones factuales son las que se encontrarán en la petición del administrado, que a su vez conforman el contenido del acto administrativo presunto; su motivación.

Siguiendo lo anterior, los tribunales distritales se han pronunciado en el sentido de que no pueden sustituir en el ejercicio de sus competencias a la administración; por lo que no les será dable que bajo el pretexto de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso de ejecución instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, y pasen a discutir los antecedentes o circunstancias en las que se dio este efecto. Por ello es que para que un acto administrativo se lo determine como irregular, el vicio que entraña su nulidad debe ser manifiesto y evidente.

Con estas precisiones, somos de la opinión que el llamado proceso de ejecución al que se han referido las Altas Salas en materia administrativa y en materia tributaria, sólo pudo haber sido considerado como tal (un proceso de ejecución) durante la primera época jurisprudencial que adoptó el criterio de la mandatoriedad e incondicionalidad del SAP; posterior a aquella época, se ha desnaturalizado aquel y se ha convertido en un “sui generis proceso de ejecución” o “sui generis proceso de conocimiento”, pues los límites entre ambos tipos de procesos son difusos en torno a esta institución jurídica, en la forma que ha sido delineada por la jurisprudencia.

Si consideramos, como hemos visto y veremos de la mayoría de casos estudiados, que el juez revisa la legalidad de lo solicitado, el cumplimiento de los requisitos del petitorio, los antecedentes y las circunstancias que se dieron para que opere el silencio administrativo; se estaría más frente a las características de un proceso de cognición, en el que el juez no se limita a ejecutar el SAP, sino a declarar la existencia del derecho en virtud de los antecedentes que rodean el caso puesto a su conocimiento.

- El silencio administrativo positivo es una presunción de derecho.- Necesariamente debemos contrastar este tipo de presunción con la legal. Frente a este segundo tipo, ante las cuales se pueden admitir pruebas que desvanezcan su certeza o existencia, las presunciones de derecho no admiten prueba en contrario, por lo que una vez producidos los hechos establecidos en la ley, no existe manera legal, por disposición expresa, razones para pretender desvanecer su valor probatorio de un hecho.

2.5 Por el valor jurídico de la resolución negatoria extemporánea del petitorio:

Este punto fue abordado en el literal anterior, en el cual se expuso de manera precisa que no cabe que una resolución extemporánea posterior al término legal en el cual la administración podía resolver una petición, genere efectos vinculantes para el administrado. Tanto jurisprudencialmente así como conforme a la doctrina, se ha entendido de forma unánime que es propia de la naturaleza del silencio administrativo positivo la aceptación

tácita de lo solicitado. Sin embargo, ¿Qué sucede si la administración, extemporáneamente, decide aceptar de forma parcial y negar el resto de la pretensión del contribuyente?

Debemos necesariamente entender que la ley no admite condicionamientos respecto de los grados por los que una petición debe entenderse aceptada. El legislador, al haber incorporado de forma general el efecto positivo del silencio administrativo frente a las reclamaciones no resueltas dentro del término legal, ha prescrito que se entenderán aceptadas. No obstante, *“una respuesta ajustada a los principios de Derecho Administrativo y a la lógica de sus instituciones, sugiere que el silencio administrativo ocurrirá respecto de aquel punto o puntos que planteados en la petición inicial, hubieren sido omitidos en la resolución administrativa.”*⁸³

Se debe considerar que una resolución emitida por la administración, sin que esta se halle investida de competencia, la torna innegablemente nula y, por tanto, ineficaz. Pretender que un acto administrativo pueda producir efectos jurídicos cuando la voluntad de la administración está viciada, es jurídicamente impensable y distorsiona completamente la naturaleza del silencio administrativo positivo.

Al caso, resulta pertinente analizar la siguiente norma del Código Tributario, que se halla plenamente vigente:

*Art. 134.- **Aceptación tácita.**- En todo caso, el silencio administrativo no excluirá el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque se hubiere deducido acción contenciosa por el silencio administrativo. En este evento, si la resolución expresa admite en su totalidad el reclamo, terminará la controversia; si lo hace en parte, servirá de elemento de juicio para la sentencia; y si la resolución fuere íntegramente negativa, no surtirá efecto alguno.*

Siguiendo lo dispuesto por la norma transcrita, la administración bien podría emitir una resolución que admita que niegue en parte, y acepte en otra, la reclamación del contribuyente; la misma que, según la norma, debería ser tomada en consideración para dictar sentencia.

⁸³NEIRA, Edgar, op.cit. p. 143

Hay que precisar si dicha norma no implica un desconocimiento de la naturaleza del silencio administrativo. Suponer la admisibilidad de este presupuesto, es bajo mi criterio un retroceso en materia del derecho de petición que ha sido abordado por la doctrina y la jurisprudencia de tal manera que la resolución administrativa extemporánea no afecta el derecho obtenido por el silencio administrativo.

Realizando un análisis del resto del articulado del Código Tributario, concerniente a esta institución, obtenemos lo siguiente:

Art. 104.- Aceptación tácita.- La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.

El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

Partamos de un análisis integral de la forma que trata el Código Tributario al silencio administrativo. De acuerdo al artículo antes transcrito, *La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva.* Esta aceptación implica de forma expresa que debe entenderse que la falta de resolución será considerada como aceptación tácita de la reclamación; por lo tanto, si por disposición expresa de la ley el efecto previsto frente a la falta de resolución oportuna por parte de la administración, es la aprobación de lo solicitado, no podemos concebir que otra norma admita condicionamientos para que se produzca el efecto positivo una vez que la administración ha perdido competencia en razón del tiempo para emitirla.

Si bien la competencia nace de la ley, y en efecto estamos ante una norma que dispone que el silencio administrativo no excluirá el deber de la administración de dictar resolución expresa, debemos entender la distinción de la institución del silencio administrativo en materia tributaria frente a otras materias como un campo de distinta manera de aplicación y efectivización de esta institución. No obstante, como explico a continuación, tampoco es cierto del todo esta apreciación en materia tributaria.

Como vimos en el análisis de la aceptación tácita de las reclamaciones aduaneras, las cuales se regulaban por ley propia, una vez que operaba el silencio administrativo, por disposición expresa de la norma, la autoridad se hallaba inhibida de emitir resoluciones extemporáneas. En efecto, se consideraba que la falta de resolución dentro del plazo previsto causaría la aceptación tácita del reclamo; aceptación que excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa, puesto que la aceptación tácita tendría el carácter de acto firme que ha causado estado.

A primera vista, podríamos creer de la simple comparación de los textos legales, que en una misma materia, la tributaria, se estarían manejando dos vertientes distintas respecto de la competencia administrativa y la firmeza del acto producto de la aceptación tácita de lo solicitado. Entonces, cabe que nos cuestionemos, ¿Por qué la diferenciación de tratamiento respecto de la prorrogación de la competencia del funcionario para emitir una resolución administrativa extemporánea en dos tipos de leyes tributarias?

La respuesta jurídica, en estricto sentido, es simple. Al legislador se le olvidó normar dicho vacío de ley, trayendo una aparente anomia.

Si acudimos al campo puramente empírico, podemos justificar la referencia expresa de la ley de excluir de enervar la competencia de los funcionarios aduaneros una vez ocurrido el silencio administrativo. Se trata de una razón más cerca del fenómeno social que responde a la agilidad propia del comercio aduanero, por la cual el legislador, a fin de que no permita que se extienda en el tiempo discusiones sobre aranceles cuando las mercancías ingresadas al país podrían sufrir deterioros, reconoció la importancia de que no se susciten conflictos respecto de la incompetencia administrativa.

La siguiente línea jurisprudencial aclaró el tema:

De la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 29 de enero de 1997, dentro del juicio que sigue la Compañía Flota Petrolera Ecuatoriana "Flopec" contra el Director General de Rentas:

[...] *“El Art. 21 de la Ley 5, publicada en el RO 396 de 10 de Marzo de 1994 que reformó a la Ley No. 51 Reformativa de la Ley de Régimen Tributario Interno y de la Ley No. 56*

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

Actualmente, cabe preguntarnos acerca de la situación normativa que regula el ámbito aduanero que, a partir de la expedición del COPCI⁸⁵, en lo referente al silencio administrativo, a excepción del plazo para que este opere, se ha remitido a la regulación contenida en el Código Tributario, por lo que torna una vez más incierto el panorama. Así, hoy en día, al menos en la normativa, ya no se considera de manera expresa que el funcionario de la administración pierde competencia para resolver la reclamación una vez que ha transcurrido el término previsto para que opere el silencio administrativo, debiendo la jurisprudencia ser un mecanismo de corrección en la interpretación que debe darse para la efectiva vigencia del instituto en estudio.

Volviendo a nuestro punto de posible desnaturalización de la norma contenida en el actual artículo 114 del Código Tributario, la única interpretación que considero admisible para que no se desmonte esta institución ampliamente desarrollada, es que, por un lado, se haya

⁸⁴ Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2194.

⁸⁵ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial de 29 de diciembre de 2010.

establecido como penalidad a la falta de cumplimiento por parte de los funcionarios de los plazos para resolver las reclamaciones, que la administración debe, de todas formas, resolver lo solicitado para garantizar el derecho constitucional de petición y no soslayar la inoperancia de sus miembros; sin perjuicio de que dicha resolución no tenga los requisitos para desplegar los efectos jurídicos frente al contribuyente. Esta norma, en cuanto a los efectos posteriores que puede producir la resolución extemporánea de la administración, debería ser derogada expresamente.

En todo caso, hasta que la recomendación anterior ocurra, si esta resolviera extemporáneamente admitir un reclamo en parte, a mi modo de ver, la parte del reclamo admitida por la administración despliega sus efectos jurídicos de aceptación expresa y la no admitida se la debería entender aprobada por efecto de la aceptación presunta del silencio administrativo positivo. Si no procedemos de esta manera podemos comenzar a pensar que dicho artículo no está acorde al resto de la normativa en el Código Tributario y, por tanto, debería ser derogado para que no riña con el espíritu de la institución materia de estudio.

Hago mías las palabras de JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN, cuando sostiene:

La norma aludida es la que correspondía al inciso segundo del artículo 127 de la anterior codificación del Código Tributario, la cual continua vigente desde antes de las reformas incorporadas por la ley de modernización y las leyes tributarias que establecieron el efecto positivo del silencio. En otros términos, aquella norma es propia de un contexto normativo dentro del cual la regla era de la de efecto negativo del silencio administrativo, y al haberla conservado sin la debida reforma, se produce una situación de incongruencia y anacronismo con el régimen jurídico actual.

Reiteramos que el efecto legal positivo del silencio administrativo equivale a una ficción de acto administrativo declarativo de derechos, que únicamente podría ser eliminado del mundo jurídico por la vía de lesividad. Sin embargo, permitir una respuesta expresa tardía en un sistema de silencio positivo, permite que los derechos adquiridos por el ministerio de la ley puedan ser alterados o negados por la Administración Tributaria. Es evidente que eso ocasiona una situación de incertidumbre y precariedad en la situación jurídica del contribuyente.⁸⁶

⁸⁶BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *El acto administrativo en materia tributaria*, op. cit. p. 113

Al respecto transcribo la parte pertinente de un fallo en el que precisamente se determinó este hecho:

De la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 26 de septiembre de 2003, dentro del juicio que sigue Mónica Marianela Loaiza Sotomayor contra el Director General de Rentas Internas.:

[...] “Teniendo en cuenta la intención del Legislador, no cabe duda que en relación con el punto regulado, esto es el silencio administrativo, las normas que se le opongan han quedado derogadas. Esto ocurre precisamente con los Arts. 102, 125, 127, 135 y 137 del Código Tributario, que han dejado de regir y que antes de la reforma regulaban el silencio administrativo negativo, esto es como negativa tácita o presunta de la pretensión del administrado.”⁸⁷

Si bien existe el principio legal universal por el cual la ley posterior deroga la anterior en todo lo que se le oponga, sin embargo, la práctica consuetudinaria ha hecho suya la postura antojadiza por la cual, en la medida en la que no se derogue de manera expresa un artículo, podría ser mal utilizado a fin de privar al interesado del efecto legal del silencio administrativo positivo.

De la Sentencia 150-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de marzo del 2004, dentro del juicio que sigue Industrial Textilana S.A. en contra la Dirección Financiera del Municipio de Quito:

[...] *“La petición presentada por la actora al Jefe de la Dirección Financiera del Municipio de Quito el 7 de septiembre del 2001, fs. 6 y 7 de los autos, cuya pretensión concreta se contrae a pedir la reconsideración del avalúo y del consiguiente impuesto predial, comporta una reclamación administrativa que debía tramitarse de acuerdo a la ley y resolverse en forma tempestiva. El Secretario de la Dirección General Financiera, con oficio No. 2608 de 25 de septiembre del 2001 a modo de respuesta a la reclamación, remite a la empresa el informe del Jefe de Avalúos y Catastro de la Zona Norte, fs. 32 y 33 de los autos. Tal respuesta no constituye una resolución, en los términos del Art. 81 del Código Tributario y 24 No. 13 de la Constitución Política.”*⁸⁸

⁸⁷ Expediente 16, Registro Oficial 241, 29 de Diciembre del 2003.

⁸⁸ Expediente 106, Registro Oficial 405, 24 de Agosto del 2004.

Es necesario precisar, conforme establece la jurisprudencia anterior, que una contestación no equivale a una resolución. Todo acto administrativo debe reunir ciertos requisitos para su validez. Uno de los más importantes se refiere a la motivación, por la cual debe enunciarse las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley.

En ese mismo sentido, la Constitución prevé lo que debemos entender por un acto motivado. Sin aquellos presupuestos, los actos de la administración no pueden desplegar efectos jurídicos y por tanto, frente a reclamaciones incoadas por los sujetos pasivos, se entenderá que operó el silencio administrativo positivo.

Una respuesta o contestación, sin resolver el asunto de fondo u objeto del petitorio, no interrumpe el plazo que tiene la administración Tributaria para resolver una petición en la forma establecida por la ley. Como fue dicho, la resolución implica analizar cada uno de los argumentos y fundamentos planteados para, motivadamente, dar una solución amparada en lo que dispone la ley y normativa infra legal. De lo contrario, estamos frente al caso de una contestación o respuesta, la cual no analiza la pretensión y antecedentes expuestos por el sujeto pasivo.

No basta que la administración, como vemos de la jurisprudencia citada, haga extensivo un informe al sujeto pasivo sin resolver el asunto planteado en la forma motivada conforme estaba obligada por la Constitución y la ley. Cada caso particular debe ser considerado de manera individual, atendiendo las circunstancias propias para, subsumiéndolas en las normas de derecho, llegar a una conclusión lógica y jurídica.

En la medida que no se cumpla con los parámetros descritos, sin importar si al administrado se le ha notificado de forma oportuna y de acuerdo a la ley, es decir dentro del término que tenía la administración para hacerlo, el acto administrativo va a adolecer de vicios de nulidad radical o absoluta por carecer de motivación suficiente. Frente a esta circunstancia, la aceptación tácita del silencio administrativo operará a favor del sujeto pasivo, aceptando la pretensión planteada en la reclamación o recurso.

Bastaría imaginarnos que la administración, para intentar evitar que opere el silencio administrativo, trate simplemente de dar una respuesta cualquiera por escrito, sin explicar la motivación de sus alegatos, esperando aducir que ha dado resolución a una petición dentro de término dispuesto por la ley. Por ello, se debe verificar la pertinencia de la resolución y que esta esté acorde a derecho.

2.6 Por la oficiosidad de la declaración del SAP por parte de la Función Judicial.-

Este postulado se resume en el hecho de que la función judicial ha determinado que el SAP opera aunque no haya mediado reclamo de una de las partes solicitando la declaración del SAP; es decir, puede adoptarse del oficio la declaratoria, pues se trata de un instituto jurídico de derecho público, el cual atañe al orden público.

Veamos los siguientes fallos:

De la Sentencia 31-99, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 5 de junio del 2002, dentro del juicio que sigue Elaborados de Café El Café, en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Es verdad que la empresa no se ha referido ni ha alegado a su favor el silencio administrativo positivo que se ha producido, más, no es menos cierto que el reconocimiento del silencio, por tratarse de una institución de derecho público, y por la naturaleza mandatoria de la ley aludida, opera aunque no medie reclamo de parte. - QUINTO.- Incluso el segundo párrafo del Art. 288 del Código Tributario, al tratar de la sentencia dice: “La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trató la litis y aquellos que en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes en fundamentos de la resolución o acto impugnados, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos”⁸⁹

De la Sentencia 23-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de junio de 2003, dentro del juicio que sigue la Empresa Embotelladora y Procesadora del Sur, contra la Directora General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Esta Sala de lo Fiscal tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que la aceptación tácita es una cuestión que atañe al orden y al derecho público por lo que se la debe

⁸⁹ Expediente 31, Registro Oficial 635, 7 de Agosto del 2002.

declarar de oficio aún sin mediar petición de parte y aplicando el Art. 288 del Código Tributario respecto de la obligación del Juez de suplir las omisiones que las partes incurran sobre asuntos de derecho como consta en los fallos Nros. 31-99 de 5 de junio de 2002 y 5 5-2000 de 29 de mayo de 2002, ambos publicados en el Registro Oficial 635 de agosto 7 de 2002; 66-2001 de 14 de marzo de 2002, Registro Oficial 637 de 9 de agosto de 2002 y 132-2001 de 28 de agosto de 2002, Registro Oficial 693 de 29 de octubre de 2002.⁹⁰

De la Sentencia 20-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue Kepso S. A. en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Al caso no es aplicable la afirmación del actor de que el silencio administrativo es ajeno a la litis, pues como lo ha reconocido reiteradamente esta Sala, el silencio administrativo es un asunto que atañe al orden y al derecho público, por lo que se debe declarar aún de oficio (Recurso 23-2002, R. O. 167 de 11 de septiembre del 2003). Producida la aceptación tácita del reclamo, no procede que esta Sala entre a analizar las demás afirmaciones hechas por el recurrente.”⁹¹

De la Sentencia 43-2006, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 29 de agosto del 2006, dentro del juicio que sigue Cía. Ecuatoriana de Productos Químicos C. A., Ecuaquímica, contra el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Esta Sala de lo Fiscal ha resuelto reiteradamente que el silencio administrativo es un asunto que atañe al orden y al derecho público, por lo que se debe declarar aún de oficio (Recurso 23-2002, R. O. 167, jueves 11 de septiembre del 2003).” Cabe recordar que en uso de la facultad contenida en el Art. 273 del Código Tributario, que faculta al Juez Tributario a decidir los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados⁹²

De los cuatro fallos recogidos en líneas anteriores, podemos extraer lo siguiente:

El reconocimiento del silencio, por tratarse de una institución de derecho público, y por la naturaleza mandatoria de la ley aludida, opera aunque no medie reclamo de parte. La

⁹⁰ Expediente 3, Registro Oficial 167, 11 de Septiembre del 2003.

⁹¹ Expediente 215, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

⁹² Expediente 100, Registro Oficial 46, 20 de Marzo del 2007.

justificación la encontramos, además de la obligatoriedad de la ley cuando establece que decurrido el término que la administración posee para resolver una petición se entenderá ipso iure que ha operado la aceptación tácita de la misma (así lo ha sostenido la Alta Sala), en la facultad oficiosa del tribunal de justicia, cuando el Código Tributario dispone que el juez debe suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos; es decir, efectuar el correspondiente control de legalidad.

Si bien hemos visto que, de acuerdo a la primera época jurisprudencial del silencio administrativo, no era dable al juez efectuar el control de legalidad de la pretensión del reclamante una vez que se hubiera verificado la ocurrencia del silencio administrativo; en cambio, si el juez, dentro de la tramitación de la causa hubiere evidenciado que la operancia del silencio administrativo es imperioso que efectuó el control de legalidad en procura de remediar esta cuestión que atañe al orden público y declare la ocurrencia del SAP. En ese sentido, el juez debe verificar los antecedentes de la resolución o acto impugnados, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.

Es precisamente la importancia de esta institución la que nos conlleva a determinar que va más allá de la índole particular y se extiende al orden social. Los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad y por ello están llamados a cumplirse.

Si conforme lo dispone la ley, frente a una reclamación no resuelta dentro de término oportuno, opera la aceptación tácita de la misma por efecto del silencio administrativo, aquel acto presunto que se genera a favor del sujeto pasivo también debería estar revestido de las mismas presunciones, pues recordemos que “el silencio positivo da lugar a un verdadero acto presunto que es concebido con idénticas garantías de permanencia y, en general, de régimen jurídico (con sus particularidades) que si se tratare de un acto expreso”⁹³

⁹³GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 171,172 y ss. En. PENAGOS, Gustavo. *El silencio administrativo*, Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, p. 108

En tanto se verifique la ocurrencia de esta institución, y si no está viciada de nulidad insanable, es menester que la Función Judicial la declare aun de oficio, toda vez que comporta, por un lado, el respeto del derecho constitucional de petición y, por otro, el acarreo de responsabilidad del funcionario de la administración que incurrió en una falta del deber jurídico de obrar conforme lo determina la ley.

Somos del criterio de que:

“El juez sí puede declarar oficiosamente la operancia del silencio administrativo positivo aun cuando el contribuyente no lo haya impetrado, por cuanto debe tenerse en cuenta que la Administración que tardíamente resuelve el recurso interpuesto por el contribuyente, lo hace sin competencia y su acto adolece de nulidad. Esta nulidad puede el juez declararla en virtud de que el silencio administrativo positivo se ha instituido como garantía del contribuyente y el juez debe hacerla efectiva a través de los medios que le otorga la ley, en este caso, declarando la nulidad del acto extemporáneo, aun oficialmente.”⁹⁴

2.7 Por la caducidad del derecho de accionar la sede jurisdiccional para ejecutar el SAP.-

En materia tributaria existen dos criterios respecto a la caducidad del derecho para proponer una acción de silencio administrativo. Por un lado, en el ámbito aduanero, mientras seguía vigente la Ley Orgánica de Aduanas, se disponía que una vez decurrido el término para que la autoridad emitiera resolución, el acto adquirió firmeza y causaba estado, excluyendo la competencia del funcionario de dictar resolución extemporánea.

Veamos el siguiente fallo:

De la Sentencia 23-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de mayo de 2003, dentro del juicio que sigue Frutera Jambelí Frujasa S.A. contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana: [...] *“Además, mediante fallo 4-97 de 30 de junio de 1999, publicado en el Registro Oficial 272 de 8 de septiembre de 1999 esta Sala*

⁹⁴Diss. CADENA BARRETO, Ana Carolina. *El silencio administrativo*, Santa fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, D344.8861/C114s, p. 172.

ha reconocido que no existe término o plazo para intentar acción contenciosa ante los tribunales distritales de lo Fiscal por silencio administrativo positivo."⁹⁵

Hemos extraído la ratio de la sentencia transcrita, por la cual se establece que no existe término o plazo para deducir una acción contenciosa ante los tribunales distritales de lo Fiscal por silencio administrativo positivo.

En defensa de la tesis contraria, es decir de la existencia de un plazo para que el sujeto pasivo pueda intentar la acción ante los tribunales, la autoridad aduanera adujo que el Código Tributario, establece el término de 20 días para proponerla, por lo que, al no haberse procedido de tal forma, devino el acto en válido al tenor de lo dispuesto en el mismo código y además adquirió ejecutoria.

Si bien es cierto lo que manifiesta la autoridad tributaria, en cuanto a que existe un plazo para deducir acción de impugnación ante el Tribunal Fiscal, sea en veinte o en cuarenta días, según el interesado resida en el país o en el exterior, dicho término debe empezar a contarse a partir de la notificación al contribuyente con la resolución. Sin embargo, no podemos hablar de preclusión del derecho del interesado a proponer acción contenciosa, cuando se hace presente una situación muy particular como lo es la falta de resolución expresa. Frente a esta circunstancia, en la que no ha existido notificación, el Código Tributario dispone que no sea eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación.

Pero incluso, en caso que haya llegado a resolverse la reclamación de forma extemporánea e igualmente notificada extemporáneamente, no podemos obviar el hecho de que dicha resolución está viciada, y por lo tanto, no puede desplegar sus efectos jurídicos ni mucho menos pretender hacer valer frente al interesado de tal manera que obstruya su derecho a accionar la vía jurisdiccional. Si como consecuencia de la inactividad de la administración, por la cual se ha transgredido el derecho de petición, se genera una resolución administrativa que no puede producir un efecto contrario del previsto en la ley, que es la aceptación tácita de lo reclamado, mal puede pretenderse que en base a aquella resolución

⁹⁵ Expediente 23, Registro Oficial 167, 11 de Septiembre del 2003.

viciada en su origen, se generen otros impedimentos que puedan afectar el derecho del interesado a ejecutar lo obtenido por el silencio administrativo. La autoridad tributaria mediante su inconducta no puede tratar de impedir la ejecución de un acto administrativo presunto generado a partir del propio silencio de la administración.

La prescripción de la acción es un asunto de derecho estricto por cuanto encamina, de forma taxativa, el proceder correcto de la interposición de una acción en el tiempo tanto por parte de la administración como del sujeto pasivo. En ese sentido, por cuanto la normativa no establece un plazo expreso que tiene el interesado para deducir su acción tendiente a ejecutar el silencio administrativo, no puede asimilársele a otros plazos previstos expresamente en la ley que no tienen que ver con los actos presuntos. Además, gozando un acto presunto de los privilegios y presunciones de las que gozan los actos administrativos, como es la legitimidad y ejecutoriedad, está llamado a cumplirse.

Sostener la tesis contraria implica, sin lugar a dudas, en ingresar a un campo de inseguridad y falta de certeza jurídica; no solo por el hecho de la ausencia de norma expresa para la prescripción de este tipo de acción, sino que estaríamos en una situación en la que, dependiendo del arbitrio de la administración, el interesado deba esperar la notificación de una resolución extemporánea -la cual por ser nula de pleno derecho ni siquiera podría producir efectos jurídicos- para poder deducir la acción en los veinte o cuarenta días a partir de practicada dicha diligencia.

Ahora, si bien hemos sustentado una línea lógica para argumentar la imprescriptibilidad de la acción tendiente a ejecutar lo ganado por el silencio administrativo, es necesario mencionar que tampoco es del todo clara la situación respecto de la caducidad del derecho de accionar del interesado. A nuestro parecer, no es uniforme la jurisprudencia sobre el tema.

Nos hemos referido a la sentencia 23-2002, publicada en el RO 167, jueves 11 de septiembre de 2003, que dispone que: [...] *“Además, mediante fallo 4-97 de 30 de junio de 1999, publicado en el Registro Oficial 272 de 8 de septiembre de 1999 esta Sala ha*

reconocido que no existe término o plazo para intentar acción contenciosa ante los tribunales distritales de lo Fiscal por silencio administrativo positivo."⁹⁶

Si bien el objeto de este estudio tiene como ámbito temporal a partir de la vigencia del SAP, la siguiente sentencia que involucra el silencio negativo nos es útil para demostrar una situación que no es modificada con el nuevo paradigma del silencio positivo, por lo menos hasta que se emitió la sentencia anterior.

En ese sentido, de la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de 30 de noviembre de 1998, dentro del juicio que siguió la compañía Mercaproduct C.A. contra el Director General de Rentas:

[...]En el Código Tributario no existe ninguna disposición expresa que declare imperativamente que hay un plazo para que el contribuyente pueda ejercer la acción de impugnación de la negativa tácita producida por el silencio administrativo; y, en consecuencia tampoco hay norma alguna que manifieste que de no hacerlo en determinado tiempo, se extingue o caduca el derecho del contribuyente por falta de oportunidad.."⁹⁷

Por su parte, posteriormente la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, al tratar sobre el silencio administrativo en una devolución de pago indebido, mediante fallo 265-2009 de 3 de junio del 2010, dentro del juicio que siguió la compañía Cartonera Andina SA, sostendría contra el Director Regional del Servicio de Rentas Internas:

[...]se desprende con claridad meridiana que la pretensión del actor es que se le reconozca que ha operado el silencio administrativo, a lo que le es aplicable el número 4 del art. 234 del Código Tributario (actual 220), "De las que se formulen contra un acto administrativo, por denegación tácita o por silencio administrativo respecto a los reclamos o peticiones planteados, en los casos previstos en éste Código", mas no la prevista en el número 7 del mismo artículo "De las que se presenten contra resoluciones definitivas de la administración tributaria, que nieguen en todo o en parte reclamos de pago indebido o del

⁹⁶Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2194.

⁹⁷Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 4140

pago en exceso"; por lo que el plazo dentro del cual debió interponer la demanda era de 20 días, contados a partir de la fecha en la que le fue notificada la Resolución conforme a lo previsto en el primer inciso del art. 243 del Código Tributario (hoy 229) antes referido, y que a la fecha en la que lo hizo, resultaba extemporánea."⁹⁸

El fallo anterior dispuso la extemporaneidad de la demanda, razón por la que no se entra a analizar el silencio administrativo. El análisis se centra en que no planteada la acción dentro de los veinte días dispuestos por el Código Tributario, operó la caducidad del derecho del interesado para deducir una demanda por silencio administrativo positivo.

Al no ser clara la línea jurisprudencial al respecto, se genera incertidumbre y falta de seguridad jurídica, pues como hemos visto, existen criterios disímiles sobre el tema.

2.8 Por la complementación del petitorio para que opere el SAP:

Si hemos visto que la jurisprudencia ha delineado que frente a las peticiones simples no cabe que opere la institución materia de estudio; es porque dichas peticiones han sido expresamente excluidas por las disposiciones legales posteriores a la Ley 05; de tal manera que, frente a aquellos petitorios que no reúnen los requisitos establecidos por el Código Tributario para que se las considere propiamente como reclamaciones, no surtirá el efecto positivo del silencio administrativo.

Al respecto, dejamos sentado que el término para comenzar a contabilizar si se ha producido el silencio administrativo comienza desde el día hábil siguiente a la presentación del reclamo; siempre y cuando el mismo esté completo. De ahí colegimos que pueden darse dos situaciones ante una reclamación interpuesta por el sujeto pasivo, por las cuales, la administración puede calificarla de completo o, en su defecto, incompleta. A partir de que se complete el reclamo por parte del interesado, deberá decurrir el término para que opere el silencio administrativo.

De la Sentencia 27-2005, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 19 de junio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Proveedora

⁹⁸Expediente 265, Registro Oficial Suplemento 355, 29 de Octubre del 2012.

Ferretería Industrial S. A., Profeinsa, en contra del Gerente General y Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Es así que, desde la fecha en que se completó el reclamo administrativo, hasta el 17 de octubre del 2001 en que se notificó con la resolución s/n del Gerente del Primer Distrito de la CAE que lo niega, transcurrieron en exceso los veinte días que prescribe el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas más los cinco días de prueba conferidos por el Gerente Distrital mediante providencia de 11 de septiembre del 2001, por lo cual, había operado el silencio administrativo positivo a favor de la empresa actora.”⁹⁹

De la Sentencia 44-2005, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de octubre del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Motorisa S.A. en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “El Art. 125 de este cuerpo legal, 132 de su codificación, previene que el plazo para resolver se contará desde la presentación o de la aclaración o ampliación de la reclamación. En consecuencia no se ha configurado el silencio administrativo, pues, desde la fecha en que la empresa cumplió con la ampliación y complementación ordenada hasta la fecha de notificación de la resolución no ha transcurrido el plazo de treinta días.”¹⁰⁰

De la Sentencia 128-99, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre del 2001, dentro del juicio que sigue la Compañía Cuenca Bottling Company C.A. contra el Director Regional del Servicio de Rentas Internas:

[...] “finalmente, y en esencia, lo que se controvierte en este recurso de casación es el hecho de que si el término otorgado a la administración para emitir sus pronunciamientos, corre desde el momento de la presentación del documento o corre desde el día hábil siguiente; y, a no dudarlo, en aplicación de la norma expresa, contemplada por el artículo 125 del Código Tributario, es desde el día siguiente”¹⁰¹

Como se ha visto de los fallos que hemos citado, en materia de tributos existen dos plazos aplicables para que proceda la aceptación tácita del silencio administrativo, en atención al tipo de tributo que era regulado por la hoy derogada Ley Orgánica de Aduanas, hoy vigente COPCI, bajo la cual resultó aplicable el término de 30 días para reclamaciones aduaneras

⁹⁹ Expediente 27, Registro Oficial 398, 16 de Noviembre del 2006.

¹⁰⁰ Expediente 44, Registro Oficial 123, 10 de Julio del 2007.

¹⁰¹ Expediente 128, Registro Oficial 487, 4 de Enero del 2002.

mientras estaba vigente dicha ley; y, actualmente para estas últimas el plazo ha sido modificado a sesenta días¹⁰²; y, de otro lado, el término de 120 días para las reclamaciones previstas bajo amparo del Código Tributario.

2.9 Por la suficiencia resolutoria en sede jurisdiccional.-

Esta característica se resume en el hecho de que una vez reconocido o declarado por el tribunal el silencio administrativo positivo en las reclamaciones, no es necesario discutir otros asuntos planteados por el accionante en su demanda.

Al efecto, si consideramos que el derecho que se obtiene por el SAP es autónomo, que no tiene que ver con los antecedentes que sirvieron de origen, estamos otorgando a esta institución una suficiencia resolutoria plena de la litis.

La jurisprudencia temprana estableció la mandatoriedad de esta institución, aludiendo que no cabe analizar si lo aprobado estaba conforme o no a la ley; dado que se entendía aprobada de pleno derecho. Sin embargo, esta posición fue variando a tal punto que debía ser objeto de estudio si lo aprobado por el silencio administrativo estaba o no viciada de nulidad absoluta y, solo en la medida en que no lo estuviera, se entendería la aceptación tácita de lo solicitado por el sujeto pasivo.

Veamos los siguientes fallos:

De la Sentencia 49-2002, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de octubre del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Operadora y Procesadora de Productos Marinos Omarsa S.A. en contra de la Directora General del Servicio de Rentas Internas.:

¹⁰²NB. El COPCI dispone: “**Art. 124.- Reclamos y Recursos Administrativos.-** Toda persona podrá presentar reclamo administrativo en contra de los actos administrativos dictados por el Director General o los Directores Distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador que afectaren directamente sus derechos, dentro del plazo de veinte días contados desde la fecha en que hubiere sido notificado con dicho acto. Los reclamos que se presentaren se sustanciarán y resolverán de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Tributario, dentro del plazo de sesenta días contados desde que el reclamante hubiere presentado dicho reclamo...” Revisar apartado 2.3 del estudio para mayor profundización.

[...] “Al respecto, no cabe efectuar el análisis que pretende la parte demandada y determinar si con el silencio positivo se está o no reconociendo un derecho en contra de lo que prevé la ley, pues, precisamente la reclamación de la parte actora, en conformidad a dicho Art. 21, se debe dar por aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios causantes de que se haya producido el silencio ”¹⁰³

De la Sentencia 20-2004, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Cía. Ecudos S. A. contra el Gerente del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.:[...]“Producida la aceptación tácita del reclamo, no procede que esta Sala entre a analizar las demás afirmaciones hechas por el recurrente. ”¹⁰⁴

2.10 Por los límites de la aprobación SAP:

De la Sentencia 38-2007, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de junio del 2007, dentro del juicio que sigue la Cía. Importadora El Rosado S.A., contra el Director Regional del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Al respecto, cabe referir que como lo acotan García de Enterría y Fernández, *hay tres tendencias jurisprudenciales en cuanto se refiere a la aceptación tácita de reclamos administrativos cuya pretensión no es conforme a derecho. Una primera entendió que, producido el silencio, la petición queda probada en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en este sentido. La segunda de ellas, más sensible a la legalidad, prescribe que, siendo el silencio positivo una creación de la ley, difícilmente puede aceptarse que por esa vía pueda obtenerse lo que la ley prohíbe, por lo que concluye diciendo, que "el silencio suple, en efecto, al acto expreso, pero sólo dentro de los límites de la ley y hasta donde ésta permite". Y la tercera, más reciente, que permite un punto intermedio entre las dos anteriores, acepta, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido, "con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho" (Curso de Derecho Administrativo 1, 12 edición, p. 604). La jurisprudencia ecuatoriana, en numerosos fallos, ha hecho suya la tercera de estas posiciones, "por considerar que en ésta se unen tanto el respeto al principio de seguridad jurídica como al de la legalidad en términos que significan un verdadero ejercicio de la justicia; consecuentemente, estarían*

¹⁰³ Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

¹⁰⁴ Expediente 20, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

exentas de la aprobación por el silencio administrativo positivo, todas aquéllas que de aprobarse estarían afectadas por un vicio de nulidad absoluta; vicio éste que se refiere a los elementos esenciales del acto administrativo" (Sala de lo Contencioso Administrativo, resoluciones Nos. 89-2001, Gaceta Judicial Año CII, Serie XVII, No. 6, p. 1783; 328-2003, Gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII, No. 1, p. 283; 235-2002, Gaceta Judicial, Año CV, Serie XVII, No. 14, p. 4796). Así, en el caso, estando frente a una petición que carece de fundamento tanto en los hechos como en el derecho, pues, se funda sobre la base de un pago indebido inexistente, y en consecuencia, la falta de respuesta a esta solicitud no podía alcanzar el efecto de la aceptación tácita, en los términos de la jurisprudencia antes citada. No cabe que por silencio administrativo positivo, se reconozca lo que la ley no permite reconocer por un acto administrativo expreso. Actuar en contrario significaría violar los principios de igualdad y generalidad del régimen tributario, consagrados en los artículos 256 de la Constitución Política de la República y 5 del Código Tributario, pues, a iguales pretensiones contenidas en reclamos administrativos y en procesos contencioso tributarios presentados por otros contribuyentes, la respuesta de la administración y de esta Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, fue negativa ”¹⁰⁵

Como vemos, la Sala de lo Fiscal ha hecho suyo el criterio doctrinario y jurisprudencia que ha acogido la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que el silencio administrativo positivo opera en la medida en la que la petición no esté viciada de nulidad de pleno derecho. Al efecto, se consideran vicios que provocan la nulidad de pleno derecho a los contenidos en el siguiente artículo de Código Tributario:

*Art. 139.- **Invalidez de los actos administrativos.**- Los actos administrativos serán nulos y la autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando provengan o hubieren sido expedidos por autoridad manifiestamente incompetente; y,*
- 2. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo.*

Si bien de manera expresa el estatuto tributario prevé las dos casuales de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos tributarios, no les son ajenos a producir el más alto grado de ineficacia jurídica el incumplimiento de otras exigencias intrínsecas del acto administrativo. Como se ha dicho, “*aspectos que atañen al presupuesto de hecho, a la posibilidad de objeto y contenido, a la motivación, a la finalidad o a la causa, son*

¹⁰⁵ Expediente 38, Registro Oficial Suplemento 349, 30 de Mayo del 2008.

condicionantes de la corrección que debe imperar en el ejercicio de las potestades de la Administración Tributaria.”¹⁰⁶ Por ello, si el acto nace viciado en alguno de estos elementos deben desembocar necesariamente en un vicio de nulidad absoluta además de los dos enumerados en el Código Tributario.

Vale decir, de la misma manera, que la materia tributaria se rige por principios particulares que la distinguen de otras ramas del derecho público. En ese ámbito, la ley regula y condiciona aspectos relativos al nacimiento, modificación y extinción de los tributos, debiendo aplicarse al caso la normativa especializada que regula las distintas instituciones jurídicas; las mismas que se emplean a la institución jurídica del silencio administrativo. Basta revisar que el Código tributario dispone:

*“Art. 4.- **Reserva de ley.**- Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.”*

Si mediante una petición simple el sujeto pasivo pretendiera que se le exonere el pago de un impuesto al que legalmente está obligado a satisfacer, no podría pensarse que operó la aceptación tácita al no haber sido resuelta oportunamente por la administración.

Analicemos los siguientes fallos:

De la Sentencia 27-99, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de junio del 2000, dentro del juicio que sigue la Cía. Reda del Ecuador S.A., en contra del Alcalde y procurador Síndico del I. Municipio del Cantón Quijos:

[...] “La acción de reclamo administrativo en materia tributaria no es un recurso administrativo, es una acción directa regulada por el Libro Segundo del Código Tributario mediante los artículos 110 y siguientes a los que se remite el Art. 325 cuando de pago indebido de tributos se trata. Esa acción administrativa de reclamo debe ejercerse ante la autoridad administrativa competente que dentro del campo de la administración tributaria municipal no es otra que el Director Financiero respectivo. Si se ha presentado, como ha ocurrido en el presente caso, un reclamo administrativo ante autoridad manifiestamente incompetente, es obvio que si esta autoridad no da cumplimiento a lo dispuesto en el Art.

¹⁰⁶BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, op. cit. p. 68

78 del Código Tributario remitiendo el reclamo a quien lo sea y arrogándose atribuciones que no tiene expide tal acto administrativo, tal acto cae incurso en la causal de nulidad señalada por el numeral 1 del Art. 132 del Código Tributario y, lógicamente que tal autoridad debe responder en los términos del Art. 477, reformado de la Ley de Régimen Municipal. 5.- Resulta extraña la afirmación del recurrente en el sentido de que si se ha presentado una petición o reclamo ante una autoridad manifiestamente incompetente su silencio o negligencia deba reputarse aceptación tácita, puesto que su supuesto no puede jamás hallarse inmerso dentro del regulado por el Art. 21 de la Ley 05, publicada en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994. Fácil sería imaginar el caos que se originaría en el ordenamiento jurídico y económico del país de ser admisible semejante hipótesis que dará pie a que se presente reclamos de pago indebido ante cualquier autoridad y, debido a la incompetencia de ésta se puede tener como aceptación tácita pedimentos que vulneran el estado de derecho y atentan contra la misma seguridad jurídica y los principios del debido proceso.¹⁰⁷

De la Sentencia 95-2000, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de abril del 2002, dentro del juicio que sigue la Compañía Oleica S.A. en contra del Administrador del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] *“Hay pues una evidente falta de legitimo contradictor en la demanda, motivo que debió ser examinado con ponderación en la sentencia que en la especie debió necesariamente declarar su improcedencia a fin de que el Administrador de Aduanas demandado tenga oportunidad de conocer la reclamación formulada, no siendo argumento de peso que correspondía al Juez Regional de Aduanas, autoridad manifiestamente incompetente, remitir el reclamo a la que legalmente lo era.”*¹⁰⁸

De la Sentencia 81-2003, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de noviembre del 2003, dentro del juicio que sigue la Compañía Banco Popular del Ecuador, en contra del Director Financiero del I. Municipio de Riobamba:

[...] *“La Sala en jurisprudencia reiterada con relación al silencio administrativo ha dicho que, “siendo en todo caso de importancia doctrinaria dejar sentado el valor que en derecho tiene la aprobación por el Ministerio de la Ley de las pretensiones no contrarias a derecho presentadas ante autoridad competente como consecuencia del silencio administrativo”; en el caso, el reclamo del Banco Popular contiene pretensiones contrarias a la ley y fue presentado ante autoridad incompetente para resolver sobre la petición.- Ello significa que habiéndose producido el silencio administrativo con efecto positivo, es obligación del*

¹⁰⁷ Expediente 27, Registro Oficial 139, 11 de Agosto del 2000.

¹⁰⁸ Expediente 95, Registro Oficial 601, 20 de Junio del 2002.

Tribunal, verificar que la petición o reclamo esté debidamente fundamentado en un derecho no contrario a la ley ni a las buenas costumbres, y que además quien pueda resolverlo, sea una autoridad legalmente competente para asumir los efectos del silencio positivo”¹⁰⁹

De la Sentencia 24-2005, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de mayo del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Agrícola Bananera Reybancorp Abr. S.A. en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...] “Al haberse presentado la reclamación el 5 de octubre ante el Gerente Distrital VII en lugar de haberlo hecho ante el Gerente General de la CAE, no existe una fecha inicial para contar el plazo máximo de treinta días referido en el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas, disposición que permite considerar la falta de resolución como aceptación tácita del reclamo, la cual, por lo tanto, no ha operado.”¹¹⁰

Como vemos de los anteriores casos, no opera el silencio administrativo respecto de un reclamo administrativo planteado ante autoridad manifiestamente incompetente, sin que pueda convalidarse el referido acto por adolecer de nulidad radical. Aquello que en su origen estaba viciado de nulidad va necesariamente a desembocar un acto nulo y, por lo tanto, inválido. Así ha sentado la Sala su criterio al respecto.

Ahora, resulta pertinente analizar qué debe ocurrir cuando una autoridad incompetente conoce de un reclamo del sujeto pasivo para la cual está desprovista de competencia.

El Código Tributario manda:

*Art. 78.- **Autoridad incompetente.**- Cuando el órgano administrativo ante quien se presente una consulta, petición, reclamo o recurso se considere incompetente para resolverlo, así lo declarará dentro de tres días y, en un plazo igual lo enviará ante la autoridad que lo fuere, siempre que forme parte de la misma administración tributaria. Pero si el órgano competente corresponde a otra administración tributaria, el que hubiere recibido la solicitud la devolverá al interesado dentro de igual plazo, juntamente con la providencia que dictará al efecto.*

Según la norma invocada, la ley ha atribuido al funcionario un deber de obrar por el cual está obligado a remitir la reclamación a la autoridad competente dentro del plazo ahí

¹⁰⁹ Expediente 81, Registro Oficial 331, 10 de Mayo del 2004.

¹¹⁰ Expediente 24, Registro Oficial 410, 4 de Diciembre del 2006.

previsto, una vez que ha tomado conocimiento que carece de competencia para resolver lo solicitado. Esto implica que, en caso que la autoridad competente pertenezca a la misma administración tributaria que la autoridad incompetente, debe, de oficio, disponer la remisión del expediente. No obstante, en caso de no hacerlo, no por ello se entenderá producido el silencio administrativo, dado que la competencia nace de la ley y no puede atribuirse la administración otras facultades que no sean las que le corresponden.

Sin embargo, lo antes dicho no subsana la realidad, por la cual, si el sujeto pasivo no recibe resolución a su reclamo, se está vulnerando de todas maneras su derecho constitucional de petición. Para eso, la ley ha previsto la necesidad de que la autoridad incompetente remita, necesariamente, a la competente y, además, dentro de un plazo determinado.

En virtud de lo antes dicho, debemos cuestionarnos si procedería que el interesado acuda ante la autoridad ante la cual planteó la reclamación y solicite una certificación por la que se evidencie la remisión del expediente a la autoridad competente; a fin de que se le imponga una sanción administrativa; o, plantee una acción constitucional para que la autoridad administrativa competente requiera a la incompetente la remisión del expediente, por vulnerarse su derecho de petición; o, en su defecto, acuda directamente a sede jurisdiccional reclamando el efecto positivo del silencio administrativo, pero, esta vez, el demandado sea la autoridad competente.

Sin duda, en el último caso planteado, la autoridad competente podría defenderse en cuanto no ha tenido conocimiento de lo planteado de forma errónea por el sujeto pasivo, en caso que no se le hubiera remitido el reclamo. Pero, esto no obsta la obligación legal que tenía el funcionario incompetente de enviar el reclamo a quien correspondía, cuya inacción debe tener consecuencias legales, pues ha dejado en indefensión al interesado frente al su derecho de petición. En ese caso, ¿Cómo se debería actuar bajo el presupuesto de que el reclamo debía estar en conocimiento del competente? ¿Se debería otorgar un término perentorio a la autoridad competente para que resuelva? Sin duda que no puede obtenerse por el silencio un derecho que una autoridad incompetente no hubiera podido producir, ni tampoco hacer extensiva la responsabilidad por silencio administrativo a un funcionario que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de una reclamación que entra

dentro de la esfera de su competencia; no obstante, son varias las preguntas que deben ser consideradas, del tal manera que no permitan que el derecho de petición del administrado sea vulnerado.

En relación con la segunda causal para que se declare la nulidad; esto es “*Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe*”, ponemos de ejemplo las siguientes sentencias:

De la Sentencia 121-2004, dictada por la Sala especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de noviembre del 2004, dentro del juicio que sigue la Compañía Productos Alimenticios y Licores Cía. Ltda.. Proalco en contra del Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur:

*[...] La reclamación obra a fs. 35 de los autos. En su encabezamiento consta que comparece el ingeniero Miguel Peña Valle como Gerente General de la actora, más, la misma se encuentra suscrita por la abogada Melba Cabrera como abogada defensora sin que exista constancia de que ha legitimado su personería. En consecuencia, no existe reclamación administrativa formalmente presentada, razón por la cual, mal cabe sustentar que se haya producido silencio administrativo. Además, consta del proceso que ya se había iniciado el procedimiento coactivo 2238-95, fs. 31 y 32 de los autos...*¹¹¹

De la Sentencia 215-2004, dictada por la Sala especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de julio del 2006, dentro del juicio que sigue la Compañía Kepso S. A. en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas:

*[...]“El mencionado escrito de 29 de junio del 2001 presentado por la empresa no cumple con los requisitos que para una reclamación prevé el Art. 114 del Código Tributario, 119 de la codificación. En lo sustancial confunde el crédito tributario al que dice tener derecho, con la devolución del IVA concedida a los exportadores. Además confunde la devolución de un pago indebido o excesivo con la devolución de un pago debido.”*¹¹²

En los dos casos anteriores ponemos en relieve que no cumplen de forma cabal con lo dispuesto en el Código Tributario, relativo al contenido con el que deben cumplir los reclamos tributarios:

¹¹¹ Expediente 121, Registro Oficial 76, 5 de Agosto del 2005.

¹¹² Expediente 215, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

*Art. 119.- **Contenido del reclamo.**- La reclamación se presentará por escrito y contendrá:*

- 1. La designación de la autoridad administrativa ante quien se la formule;*
- 2. El nombre y apellido del compareciente; el derecho por el que lo hace; el número del registro de contribuyentes, o el de la cédula de identidad, en su caso.*
- 3. La indicación de su domicilio permanente, y para notificaciones, el que señalare;*
- 4. Mención del acto administrativo objeto del reclamo y la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, expuestos clara y sucintamente;*
- 5. La petición o pretensión concreta que se formule; y,*
- 6. La firma del compareciente, representante o procurador y la del abogado que lo patrocine.*

A la reclamación se adjuntarán las pruebas de que se disponga o se solicitará la concesión de un plazo para el efecto.

De lo antes revisado podríamos concluir que, de la apreciación de la Sala, ambas reclamaciones estarían enmarcadas en la segunda causal de la nulidad antes referida, por cuanto obvian las formalidades previstas en la ley para la generación de efectos jurídicos.

Si producto de la aceptación tácita de un reclamo, cuando parecería ha operado –prima facie- el silencio administrativo, se genera según la jurisprudencia un acto administrativo presunto, el mismo que conforme a la teoría del acto jurídico administrativo debe estar provisto de los elementos esenciales para su existencia, y de elementos no viciados de nulidad absoluta para que produzca su eficacia respecto de sus destinatarios, debemos centrar nuestra atención en una situación particular, pero no por ello ajena a la realidad.

Respecto de este punto, es relevante considerar lo que BENALCÁZAR GUERRÓN nos trae a colación:

...la operación de los efectos del silencio administrativo gira sobre un presupuesto fundamental: que la administración haya tenido toda la oportunidad de pronunciarse y que cuente con los elementos de juicio necesario para dictar una resolución conforme a derecho. Verdaderamente ese es el propósito del procedimiento administrativo, sin que pueda acusarse a la Administración de incurrir en silencio cuando lo que falta es el elemento básico de un pronunciamiento administrativo. En tal virtud, la deficiencia sustancial en el petitorio, la ausencia de documentación esencial o de informes indispensables, o la carencia de pruebas, no permiten cumplir el fin del procedimiento y, por consiguiente, no será posible dictar un acto conforme a derecho ni acusarse a la Administración de callar. Además, debe haber posibilidad de finalizar el procedimiento y cumplir normalmente el plazo de los mismos, de modo que no cabrían situaciones fraudulentas provenientes del contribuyente, destinadas a retardar innecesariamente los trámites o a consumir el plazo. En la normativa del Código Tributario, el artículo 120 se

refiere al caso de la reclamación oscura o que no reúne los requisitos legales, y dispone que de no aclarársela o completársela, se tendrá por no presentado el reclamo. Además, se ha previsto situaciones de interrupción del plazo para resolver cuando el contribuyente requiere informes o datos o cuando éstos sean necesarios para resolver (artículos 126, 127 y 132). Por último, y esto es evidente, el petitorio, reclamación o recurso debe presentarse ante autoridad competente, y en caso contrario, el plazo que se otorga a la Administración para pronunciarse debería contarse desde la fecha en que la autoridad competente recibe en toda regla la petición, reclamación o recurso propuestos.¹¹³

VINCENC AGUADO I CUDOLA ratifica este principio toda vez que:

*...de los requisitos establecidos para la legislación para las instancias no todos tienen la misma relevancia, pudiendo entenderse que la ausencia de alguno de ellos no determina necesariamente que no haya llegado a producirse el silencio administrativo, sobre todo si el mismo puede inferirse de los demás obrantes en la solicitud. Ello no sucede, por ejemplo, con la identificación del órgano al que se dirige la instancia.*¹¹⁴

Complementando lo antes dicho, es innegable que el silencio administrativo no debe ni puede servir de medio para obtener fraudulentamente derechos cuando el contribuyente ha obrado de mala fe; con la intención destinada a retardar el trámite que por el cauce administrativo normal hubiera encontrado obstáculos.

Dado que existe una presunción constitucional de inocencia, esta debe aplicársele al administrado en todos los casos, incluso en aquellos en los cuales la mala fe se haga patente. Así, la administración, aun cuando fehacientemente evidencie el ánimo doloso con el que actuó el contribuyente, está obligada a desvirtuar la presunción constitucional referida.

Estas reflexiones las hago por el siguiente razonamiento: los autores han sostenido que la deficiencia sustancial en el petitorio, la ausencia de documentación esencial o de informes indispensables, no permiten a la administración dictar un acto conforme a derecho ni acusársela de callar. En principio esto es correcto.

Ahora, veamos lo que ocurre desde una perspectiva distinta, la del interesado, de quien, por la disposición constitucional invocada, no puede presumirse un ánimo doloso en su

¹¹³BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, op. cit. p. 109

¹¹⁴AGUADO I CUDOLA, Vincen, op. cit. p. 95.

actuación. Para el efecto, es necesario remitirnos al siguiente artículo del Código Tributario, que establece:

Art. 120.- Complementación del reclamo.- Salvo lo que se dispone en los artículos 78 y 79 de este Código, si la reclamación fuere oscura o no reune los requisitos establecidos en el artículo anterior, la autoridad administrativa receptora dispondrá que se la aclare o complete en el plazo de diez días; y, de no hacerlo se tendrá por no presentado el reclamo.

Si se le ha presentado a la administración una reclamación, la misma que no fue atendida dentro del término legal y, una vez que el interesado accionó la vía jurisdiccional para hacer valer la aceptación tácita por silencio administrativo, ha sido negada por cuanto la petición tenía deficiencias sustanciales, debemos realizar las siguientes reflexiones.

En efecto, la petición pudo no haber reunido todos los requisitos o incluso no ser clara, pero recordemos que si la administración hubiera actuado con debida diligencia, en vista de la mandatoriedad del artículo referente a la complementación y /o aclaración del reclamo, una vez que esta hubiera advertido que el sujeto pasivo tenía que completar o aclarar la reclamación, estaba en la obligación legal de remediar dicha situación en la manera dispuesta por ley, informando al interesado que disponía de diez días para que el reclamo esté conforme.

Del artículo antes referido, de forma expresa se establece que, salvo los casos de incompetencia del funcionario – el cual está en el deber de remitir el reclamo a la autoridad competente- siempre que se evidencie que la petición adolezca de algún vicio de contenido, a la administración tributaria no le es facultativo, sino obligatorio, comunicar este particular al sujeto pasivo.

Cuando la administración no ha resuelto la petición, ésta, con su actuación negligente, está trasladando al administrado un error que debió haber sido corregido oportunamente. Al no haberlo hecho, permitió que el administrado acuda hasta la vía judicial, con el consiguiente tiempo y costos que debe esperar hasta que se dicte sentencia, dejándolo en incertidumbre respecto de la configuración de su derecho de petición.

Frente a la situación descrita, ¿es acaso justo que el administrado sea quien deba solventar la ineptitud de la administración, la cual se está beneficiando de su propia negligencia? ¿Está en la obligación de soportar un perjuicio que se le ha impuesto? ¿A caso la sentencia por la cual se niega la acción de silencio administrativo porque la reclamación no ha reunido todos los requisitos de ley, está asegurando el derecho constitucional de petición, independientemente de si se le hubiera impuesto una sanción administrativa al funcionario remiso?

A estas preguntas les aplica la misma respuesta. Ante esta situación debemos cuestionarnos si la institución del silencio administrativo positivo, tal y como está concebida en nuestra legislación y jurisprudencia, es la vía más idónea para asegurar el derecho de petición del ciudadano.

Tal vez sea cierta la posición de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA cuando sostiene que

“...en realidad, se trata de una cuestión de resolución casuística, sirviendo no obstante como regla general el principio de que únicamente se evitarán efectos del silencio positivo cuando lo solicitado sea esencialmente contrario al ordenamiento jurídico. No, por tanto, en los demás casos, aunque- se insiste- el interesado estará en una situación de inseguridad en tanto no exista una resolución judicial que corrobore que su actuación, amparada en el silencio positivo, fue correcta”¹¹⁵

Si verificamos el siguiente fallo, podemos dilucidar que en efecto la administración no podía resolver el reclamo por cuanto el sujeto pasivo omitió señalar de forma clara domicilio civil y no hizo constar domicilio judicial en su escrito.

De la Sentencia 129-2007, dictada por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el a 19 de marzo del 2009, dentro del juicio que sigue la Compañía Ecuatoriana del Caucho en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

[...]“Es de notar que la empresa sustenta que se trata de un reclamo y no de una simple petición y que en base de este aserto afirma que ha operado el silencio administrativo y de que el propio artículo 76 prevé que los reclamos aduaneros cumplirán los requisitos previstos en el Código Tributario. QUINTO.- El artículo 119 del Código Tributario contempla, entre otros requisitos, que se fijará domicilio para notificaciones y de que

¹¹⁵GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990. p.171. En. PENAGOS, Gustavo. *El Silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p. 112.

actuará un abogado patrocinante. Según el artículo 112 del mismo Código, cuando deba intervenir un abogado se debe señalar un número de casilla y/o domicilio judicial. Tal requisito no se ha cumplido en el caso, según queda anotado en el considerando tercero de esta sentencia. Ello imposibilita considerar la ocurrencia del silencio administrativo.¹¹⁶

Hacemos nuestras las palabras de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA cuando dice que

*“la necesaria conformidad con el ordenamiento jurídico no significa que para que se produzca efectos el silencio positivo deban cumplirse todos y cada uno de los requisitos, por mínimos que sean... Se dijo entonces que, de igual forma que es razonable rechazar la producción de efectos prohibidos por la ley merced al silencio positivo, del mismo modo es rechazable la postura extrema que se traduciría en que cualquier defecto, por mínimo que fuera, evitaría la producción de efectos del silencio positivo”*¹¹⁷

Como hemos visto a lo largo de este estudio, la aplicación de la institución del silencio administrativo en materia tributaria por la Alta Sala no ha sido uniforme; sin embargo, rescatamos la evidente intención de robustecerla y desarrollarla, aplicando para ello líneas jurisprudenciales con sustento doctrinario y jurídico, que, a nuestro entender y en atención al mandato constitucional, siempre deberán privilegiar la interpretación que más favorezca el contenido del derecho de petición.

Por ello, somos de la opinión que la postura que menos compromete este derecho, sin desentenderse con el principio de legalidad, en la forma que nos ha enunciado el tratadista García de Enterría, es el criterio ecléctico, correspondiente a la tercera vertiente doctrinaria, por la cual se acepta, en principio, la obtención por el silencio administrativo de todo lo pedido con la única salvedad de que la autorización obtenida adolezca de vicios de nulidad radical.

¹¹⁶ Expediente 129, Registro Oficial Suplemento 89, 23 de Noviembre del 2010.

¹¹⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990. p.172. En. PENAGOS, Gustavo. *El Silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p. 111.

CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DESARROLLADAS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA ESPECIALIZADA.

A partir de la jurisprudencia que estudiaremos, podremos extraer como principales características del silencio administrativo en materia administrativa las siguientes, que serán explicadas a lo largo de este capítulo:

- El SAP genera un derecho autónomo y un acto administrativo presunto.
- La acción procesal para ejecutar lo obtenido por el SAP es una acción de ejecución y no una de conocimiento.
- No procede apertura del término de prueba cuando se busca la ejecución del derecho que ha surgido por el SAP y se ha acompañado la certificación del vencimiento del plazo o las diligencias pre procesales señaladas por la Corte.
- No procede el SAP en materia de contratación pública.
- No procede el SAP cuando se discuten asuntos tutelados por la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (anterior LOAFYC).
- Sí procede el SAP frente al recurso extraordinario de revisión.
- La certificación del funcionario omiso sobre la ocurrencia del SAP no es constitutiva de derechos.
- La resolución extemporánea posterior emitida por la autoridad administrativa no afecta el derecho que surgió por el SAP.
- Para que la administración deje sin valor el derecho nacido por el efecto SAP, necesita seguir una acción de lesividad, de acuerdo a la normativa legal.
- El cómputo del plazo para que opere el SAP puede suspenderse si la administración Pública Central requiere de informe técnicos para formar la voluntad administrativa.

- No procede el recurso de casación frente a sentencias de ejecución deducidas por el beneficiario del SAP.
- La caducidad del derecho para ejecutar lo obtenido por el SAP, cuando no ha sido notificado al administrado, opera en 5 años.
- El límite de los efectos del SAP halla su tendencia más aceptada en el sentido de que se obtendrá por aquel todo aquello que no estuviere viciado de nulidad absoluta.

Previamente a adentrarnos en la explicación de los puntos antes referidos, resulta pertinente hacer una primera precisión sobre la regulación general que otorga la Ley de Modernización del Estado, a efectos de desarrollar el derecho de petición que se halla consagrado en la Constitución ecuatoriana.

En efecto, la mencionada Ley contempla la aplicación del término de 15 días a la administración para atender peticiones y reclamaciones incoadas por el administrado.

No obstante, debemos acotar que el término dispuesto en aquella Ley se halla excluido del régimen general aplicable a las instituciones de la Función Ejecutiva. Basta que revisemos el artículo agregado a continuación del artículo 28 de la mentada ley, que establece:

Art.- 28.A.- “La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la función ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva”

Bajo la norma en estudio, la cual se la incorporó a partir de la promulgación de la Ley para la Promoción de las Inversiones, a la regulación de los actos administrativos de la función ejecutiva, le es por remisión aplicable el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). En ese sentido, debemos atenernos a esta norma reglamentaria en cuanto al término para que opere el silencio administrativo:

*Art. 206.- **Plazo.**- En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de dos meses contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades. En caso de una petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer.*

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

De lo antes transcrito se desprende que son dos meses el término que la Función Ejecutiva posee para ejercer la resolución de las reclamaciones planteadas ante esta y no el término de 15 días del que nos habla la Ley de Modernización.

Si bien no se desconoce la jerarquía normativa que tiene el ERJAFE, que por su naturaleza jurídica corresponde a un reglamento, por mandato legal corresponde que, en lo atinente al nacimiento de los actos administrativos relacionados a la Función Ejecutiva, se aplique el régimen de este cuerpo infra legal, y por tanto, el término antedicho de dos meses para resolver peticiones y reclamaciones.

Abordemos cómo ha evolucionado la línea jurisprudencial en torno a la materia de estudio, mediante un análisis de las sentencias que, a nuestro criterio, son las más relevantes, para lo cual segmentaremos el análisis de éstas de acuerdo a los siguientes parámetros:

3.1 Por los efectos que produce el SAP:

De la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de diciembre de 1997, dentro del juicio que sigue la Compañía Agip Ecuador Cía. Ltda. en contra del Ministro de Energía y Minas y Gerente de la Empresa de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador Petrocomercial:

[...]“El derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está

dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en el Art. 19 numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”¹¹⁸

Resulta trascendental la forma en la que la Sala concibe al silencio administrativo positivo; institución que es justificada con gran sustento doctrinario y de jurisprudencia comparada. Resaltamos la referencia por la cual se genera un derecho autónomo; derecho que debe ser entendido que surge como resultado de la falta de actuación oportuna de la administración frente a pedimentos y reclamaciones enderezados por los administrados.

De esta manera, aquel derecho se lo configura de manera independiente a los hechos o circunstancias anteriores a su nacimiento; sin que se presten como materia de discusión ante los tribunales o la misma administración, las causas o incidentes en los que se vio envuelto el peticionario al dirigir su reclamación. Al menos esta postura indicada es la que se identificó en un inicio con el denominado *automatismo del silencio administrativo positivo*, que al ser abordado por el tratadista GARCÍA TREVIJANO GARNICA, indicó que “*el caso del silencio positivo se traducía en el hecho de que el automatismo era tal que la adecuación o no a la legalidad estricta de lo pedido no obstaba a su obtención a través del acto presunto, siempre que, además concurrieran los demás requisitos necesarios para que el silencio operase*”.¹¹⁹

¹¹⁸ Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716.

¹¹⁹GARCÍA TREVIJANO, Ernesto, *El silencio administrativo en derecho español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 171 y 172

La postura antes descrita se halla más acorde con el principio de seguridad jurídica que con el de legalidad, en atención a las líneas jurisprudenciales que han sido explicadas por el tratadista García de Enterría.

Aquel derecho autónomo se bifurca entonces en dos vertientes: la una material y la otra procesal. En cuanto a la material, de conformidad a la jurisprudencia citada, el derecho que nace consiste en la aceptación tácita de lo incoado ante la administración omisa por el administrado. Por disposición legal, la aceptación debe ser entendida en tal sentido. De otro lado, el sustento procesal que ha desarrollado la jurisprudencia encamina la ejecución de dicho derecho a un proceso de ejecución, por el que el beneficiario no interpone, para hacer valer el derecho adquirido, un proceso de conocimiento, en el que se discutiría el derecho en sí, sino, toda vez que el derecho se encuentra firme, solo procede disponer su ejecución.

Tal alcance se le ha otorgado a este derecho autónomo; al cual se ha determinado que está dotado de una presunción *iure de iure*; es decir ante la cual que no cabe o admite prueba en contrario, lo que fortalece la naturaleza de privilegiar lo obtenido por el silencio administrativo positivo.

Otro fallo que resume los principales efectos del silencio administrativo es el siguiente:

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 30 de mayo del 2007, dentro del juicio que sigue Ida Traverso Loor en contra del Ministro de Educación y el Procurador General del Estado, hay lo siguiente:

[...] “*Se ha señalado en múltiples ocasiones, que el efecto del silencio administrativo consiste en la originación de un acto administrativo autónomo con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. La consecuencia de ello supone que los actos administrativos posteriores no pueden modificar o ser útiles para revocar el acto administrativo presunto regular, 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. Abonando a lo que ha sido reiterado, es conveniente señalar que otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo, es su ejecutividad, de tal forma que el administrado podrá desde el día siguiente a la fecha de vencimiento de término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo 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 explicadas en el considerando octavo de esta sentencia. Sin perjuicio de lo anotado, se generan, junto con el silencio administrativo, otros efectos colaterales de origen legal, sobre los que los tribunales distritales deben pronunciarse, pese a que no exista petición alguna al respecto, esto es, sobre las sanciones de orden administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa Privada prevé en el caso de infracciones al derecho de petición. Estas 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 ocasionen al Estado por su falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones*¹²⁰

De esta forma, la Sala reitera que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar el derecho nacido por el acto administrativo presunto regular. Caso contrario, se deberá seguir el procedimiento de lesividad del que se hablará posteriormente y, solamente en la medida que no hubiera sido solicitada la ejecución del acto administrativo presunto.

3.2 Por la vinculación de la aceptación tácita del SAP:

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 26 de enero de 1999, dentro del juicio que sigue María Ivonne Mortensen Chiriboga en contra del Presidente Ejecutivo de Emetel y Gerente Regional de la misma institución:

[...]“No podría ser objeto del juicio el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley producido por el silencio de la administración, sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución, y consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación. En el caso, el juez "a quo", sin que para nada tenga que referirse a los antecedentes de lo aprobado por el ministerio de la ley, debió

¹²⁰Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.

disponer, como así lo hizo, el inmediato cumplimiento por parte del administrador de lo aprobado gracias al silencio administrativo, sin que ni siquiera sea necesario el que califique o no de lícito el acto original de la administración que motivó la reclamación del actor que no fue oportunamente contestada.”¹²¹

Comentando la línea jurisprudencial que sostiene este fallo, consideramos que la Sala se mantiene en la postura más a fin al automatismo del silencio administrativo positivo. Así, sostiene que no procede discutir el derecho materia de aprobación por el silencio positivo, ya que corresponde al juzgador ejecutar el mismo a través de un proceso de ejecución.

Dentro de ese mismo análisis conceptual, la Sala, de forma expresa, sostiene que no es necesaria por parte del juzgador, la calificación de la licitud del acto presunto que generó el derecho en favor de administrado. De este postulado extraemos que la Sala considera la mandatoriedad del silencio positivo como parte integrante del derecho que ha nacido por mandato de la ley; por ello, nos plantea que es deber del juez ejecutar de manera directa lo obtenido por el silencio positivo aún cuando se podría vislumbrar ciertos indicios de ilegalidad en lo reclamado o peticionado a la administración por el administrado.

Asimismo, se condiciona una limitación procesal por la cual no se permite enderezar el recurso de casación contra las sentencias que declaren la ocurrencia del SAP, por cuanto este recurso extraordinario se halla reservado para procesos de conocimiento y no de ejecución, el tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley de Casación¹²².

La justificación que encuentra la Sala al otorgar al derecho que surge por la operancia del silencio positivo el camino procesal de un proceso de ejecución y no de conocimiento parte

¹²¹ Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 4159.

¹²² NB. El inciso primero del artículo 2 de esta ley, publicada en el Registro Oficial Suplemento 299 de 28 de marzo de 2006 establece: “PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”

de considerarlo como un acto administrativo presunto y, como tal, también revestido de los privilegios de los que gozan los actos expresos.

Por ello, la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad se hace patente también frente a estos tipos de actos administrativos. Dado que aquellos actos se presumen que son legítimos y están llamados a cumplirse, el juzgador determina el camino procesal al señalar que le es propio enderezar un proceso de ejecución y no de conocimiento, puesto que se busca conseguir el cumplimiento del derecho que ha nacido a través del acto administrativo presunto; el mismo cuya existencia no es controvertida, al ser la ley la que ha dispuesto su nacimiento, al parecer de la Sala.

A esta tesis, como ha sido explicado en el acápite respectivo del análisis jurisprudencial tributario, no es compartida de forma unánime por la doctrina.

Para JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN, este procedimiento podría hallarse sustentado en el principio de que no puede denegarse justicia por oscuridad o falta de ley, no obstante, la practicidad y las dificultades que acarrear la incorporación de esta institución, en la forma que ha sido delineada por la jurisprudencia, nos conduce a preguntarnos:

*“¿En qué momento la LJCA ha instituido un contencioso administrativo de ejecución? ¿Cuál sería el procedimiento para “ejecutar” un acto administrativo ficto si la estructura procesal de la LJCA es propia de un proceso impugnatorio, que por definición, involucra actos expresos, o bien, tácitos o implícitos?”.*¹²³

Su crítica finaliza en atribuir al legislador las vicisitudes que ocurren, pues no ha abarcado de manera coherente el tratamiento procesal para ejecutar esta institución.

3.3. Por los límites de la aprobación del SAP:

¹²³BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano*. op. cit. p. 241

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 26 de marzo de 2001, dentro del juicio que sigue Luis Serrano Figueroa en contra del Rector de la Universidad de Guayaquil:

[...]“El problema mayor, y prácticamente único, que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por ese medio en los supuestos en que la pretensión, ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. Tres líneas jurisprudenciales distintas se fueron perfilando al respecto una primera entendió, en obsequio a la siempre necesaria seguridad jurídica, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en ese sentido; una segunda, más sensible a la legalidad que la seguridad jurídica, consideró, en cambio, que siendo el silencio creación de la ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la Ley y hasta donde esta permite; finalmente, una tercera, en fin, encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho.”¹²⁴

Examinemos el apartado extraído de la sentencia referida, en la cual se hace mención al criterio doctrinario de Eduardo García de Enterría, en torno a las líneas que se han adoptado para determinar el alcance de la aceptación tácita del silencio administrativo.

La primera, en aras de brindar mayor seguridad jurídica, consideró que el alcance de lo aprobado era una analogía de un acto expreso emitido por la administración; de tal forma que el silencio de esta era un verdadero acto que entendía como aprobado lo peticionado por el administrado. La segunda, consideró que lo aprobado por el silencio positivo estaba supeditado a la inexistencia de vicios de legalidad, de tal manera que no se podría obtener por el silencio positivo aquello que la ley no le hubiera concedido; y, finalmente la tercera, con una posición más ecléctica entre las dos posturas anteriores, se pronunció en el sentido de abordar la ocurrencia del silencio positivo, supeditándolo a la inexistencia de vicios de nulidad absoluta en el acto administrativo presunto generado por efecto del silencio de la

¹²⁴ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1782

administración.

Para entender de manera cabal los vicios de pleno derecho o absolutos a los que nos hemos referido; los mismos que tienen que ver con los elementos esenciales del acto administrativo (competencia, voluntad y forma), debemos remitirnos a las siguientes normas que las regulan:

En efecto, el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa plantea que son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento de acuerdo con la ley cuya resolución se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión de la causa.

La norma referida debe entenderse aplicable para las instituciones que no forman parte de la Función Ejecutiva, por cuanto para esta otra se debe estar al tenor de lo que dispone el ERJAFE, que lo señalamos a continuación:

Art. 129.- Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;*
- b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;*
- c. Los que tengan un contenido imposible;*
- d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;*
- e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;*
- f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;* y,
- g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán

nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De la simple comparación entre la regulación de las dos normas observamos que el ERJAFE, aunque posee una jerarquía normativa inferior la ley, aborda de manera más integral y completa las causales de nulidad de los actos administrativos.

No obstante, como ZAVALA EGAS sostiene, se desprenden otras dificultades que entraña la aplicación del ERJAFE, sobre todo en lo relativo al literal f) del Art. 129, pues:

...se castiga con la nulidad de pleno derecho a “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (...)” Sin embargo, la norma puede traer algunas complicaciones prácticas. El acto nulo de pleno derecho puede ser revocado por la misma administración, de oficio o a petición de parte y en cualquier tiempo, de conformidad con el artículo 167 del ERJAFE. Esto permite pensar, que la Administración no habrá perdido la oportunidad de revocar lo que llama “acto presunto” nulo, lo cual implica, además, que producido el silencio administrativo, podrá examinar si se ha incurrido en un vicio de nulidad absoluta. Por lo demás, que para la acción de lesividad los casos “actos presuntos” anulables. El problema consiste en la libertad que tendrá la Administración para decidir, de oficio si el acto es nulo o anulable, lo cual puede generar inseguridad para el administrado.¹²⁵

De otro lado las siguientes sentencias nos explican la postura jurisprudencia intermedia entre legalidad y seguridad jurídica, que limita lo obtenido por el SAP a que el acto nacido no esté viciado de nulidad absoluta:

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 29 de mayo de 2001, dentro del juicio que sigue Carlos Alberto Ibarra Hurtado en contra de la Directora del Servicio de Rentas Internas:

[...] “Conforme enseña la doctrina y lo ha consagrado la jurisprudencia obligatoria de esta Sala, la aprobación por el ministerio de la ley debido al silencio

¹²⁵BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*, op. cit. p.196

administrativo positivo, origina un derecho autónomo que nada tiene que ver con los antecedentes del caso y al que de ninguna manera afecta una resolución posterior en contrario. Conforme ha venido señalando reiterativamente esta Sala en la materia, ha hecho suya la hipótesis según la cual, mediante el silencio administrativo positivo se puede adquirir todo aquello que se ha reclamado con la sola salvedad de que lo que se reclama no habría estado afectado por el vicio de nulidad absoluta, de haber sido aceptada expresamente la reclamación."¹²⁶

El sentido que ha otorgado la Sala en ese fallo y en el resto en el que se plantean situaciones idénticas es unánime. Una resolución desestimatoria posterior al término que la ley le ha habilitado a la autoridad administrativa no puede alterar el efecto mandatorio previsto por la norma.

En apoyo de esta tesis, debemos tomar en consideración lo siguiente: la competencia de la administración es un requisito ineludible para que los actos administrativos puedan desplegar los efectos deseados. Como se conoce, la competencia se la configura en virtud de varios factores que son: el territorio, la materia, el tiempo y el grado. Sin embargo, si uno de estos elementos se ausenta en una autoridad al momento de emitir el acto administrativo, el resultado va a ser que el acto adolezca de nulidad. La falta competencia en razón del tiempo va a ser causal de nulidad de pleno derecho y por tanto no va a ser convalidable ni subsanable. Así lo dice el ERJAFE al tratar este tema:

Art. 130.- Anulabilidad.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

Abundando en las razones por las que no le es dable a la administración extinguir un acto administrativo, sugerimos partir de la definición tanto jurisprudencial como doctrinaria que se le ha dado al efecto del SAP. Si se ha considerado que se produce un acto administrativo

¹²⁶ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1491.

presunto, le va a ser inherentes los privilegios de legitimidad y ejecutoriedad de los que gozan todos los actos administrativos. En ese sentido, en la medida en la que un órgano de justicia no determine la nulidad de aquellos actos, estos estarán llamados a cumplirse y ser ejecutados por los administrados y la misma administración.

No es correcto pensar que los privilegios referidos son propios de la administración, dado que esta característica es atribuible a los actos administrativos en sí mismos y no al órgano que los dictó o debió haber dictado.

En ese sentido, siguiendo el cauce legal previsto en nuestro ordenamiento jurídico, la administración, al resolver de forma extemporánea denegando una petición o reclamación, constituye una revocatoria o extinción del acto administrativo que ya nació al mundo jurídico y que, como tal, debe desplegar sus efectos jurídicos. Frente a esta circunstancia, la legislación ha previsto el denominado juicio de lesividad para que la administración pueda dejar sin efecto un acto administrativo que ha producido derechos en favor del administrado o de terceros.

Para ello, la administración debe declarar que un acto es lesivo a los intereses del Estado y seguir el procedimiento establecido en la norma; caso contrario, si no actúa de esta manera, y hasta que un tribunal no disponga la extinción del acto administrativo, cualquier intento por parte de la administración para conculcar el acto presunto resultado del SAP debe tomarse como infructuoso.

Adviértase, a continuación, un límite al SAP, que como lo explicaremos, podría constituir una postura jurisprudencial *sui generis* a favor de la legalidad.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 11 de marzo del 2009, dentro del juicio que sigue Guido Benjamín Moreno Ordóñez, en contra de contra de la Municipalidad del Cantón Santa Isabel: [...] “*Para la procedencia de la aceptación del recurso contencioso administrativo por silencio*

administrativo, es menester se cumpla, entre otros, con el requisito de que la pretensión no sea contraria a derecho.”¹²⁷

El *tema decidendum* de la sentencia se constriñe a la determinación del alcance de lo que se puede obtener por el silencio positivo.

Hacemos énfasis en que la Sala estima como uno de los requisitos para que sea ejecutable el derecho obtenido por el SAP, que la pretensión no sea contraria a derecho. Haciendo uso de la reseña que nos trae García de Enterría sobre los criterios jurisprudenciales que se han vertido sobre este tema, consideramos que la postura de esta Sala continúa encuadrándose en que por el silencio solo se puede obtener aquello que la ley de forma expresa lo hubiera permitido. Es decir, en este fallo se asume una postura más tendiente a la legalidad que al principio de seguridad jurídica, en los términos que el tratadista citado los aborda.

Por ello, encontramos que la Sala, a más de establecer como requisito la regularidad del acto presunto nacido por el SAP, entendiéndose no solamente como la falta de vicio de nulidad de pleno derecho, sino también a que este acto no puede ser contrario a derecho o ilegal.

Una de las dudas que se originan, y que consideramos se las responde con buen criterio, la encontramos en el parecer de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, quien dice que:

...esta sustancial matización del citado principio de automatismo tiene una particular incidencia en la respuesta que va a darse a la interrogante enunciada, es decir, a si caben o no actos presunto por silencio positivo viciados de nulidad radical o de anulabilidad. Y ello porque se ha convertido actualmente en principio indubitado (con su correspondiente reflejo legal) el de que no puede obtenerse por silencio positivo aquello que sea contrario a la legalidad... Si el acto presunto por silencio positivo fuera contrario a la ley, no podría afirmarse que tal acto adolece de vicio alguno, sino que en realidad no habrá existido; se tratará propiamente de un acto inexistente (o más bien de inexistencia de acto) porque no habrá llegado a nacer. Así, por ejemplo, cuando un particular solicita la obtención de una licencia para edificar cinco alturas en donde únicamente se permiten cuatro, no podrá en ningún caso entender otorgado por silencio positivo tal licencia, por contradecir el planeamiento urbanístico; y no es que el particular hay obtenido una licencia contraria a la ley (incluso si se quiere, con infracción manifiesta de la ley), sino que en realidad tal

¹²⁷Expediente 61, Registro Oficial Suplemento 78, 21 de Octubre del 2010.

*licencia nunca se otorgó por silencio positivo, y no puede hablarse de vicios en relación con un no-acto*¹²⁸

3.4 Efecto Negativo del silencio administrativo en asuntos bajo la Ley Orgánica de la Contraloría

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de febrero de 2002, dentro del juicio que sigue Leisberth Guillén Vélez en contra del Contraloría General del Estado:

[...]“*El Art. 353 de la LOAFYC dispone en el inciso tercero que: Si notificadas las glosas, no se notificare la resolución respectiva dentro de los cinco años posteriores a la notificación de glosas, se entenderá también caducada la facultad del Contralor para dictar resoluciones sobre tales glosas, que se tendrán en consecuencia como inexistentes. Por consiguiente, es evidente que el Contralor tiene la facultad o la competencia en el tiempo para dictar resoluciones sobre glosas en los cinco años posteriores a la notificación de las mismas... El cambio del efecto del silencio administrativo de negativo a positivo se da en el artículo 28 de la Ley de Modernización, que por no ser Ley Orgánica no afectó al efecto negativo del silencio previsto en la LOAFYC, que es Ley Orgánica, en razón de lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política.”¹²⁹*

Si bien hemos partido de una concepción generalizada del efecto positivo del silencio administrativo en nuestra legislación, resulta interesante observar que no a toda norma de rango legal mantiene el régimen ley del sentido favorable del silencio de la administración. En efecto, la denominada LOAFYC estatúa el silencio administrativo negativo, y al haber sido reformado por la Ley de Modernización del Estado, por cuanto la jerarquía normativa de esta segunda ley era inferior, no se modificó el efecto desestimatorio en esta contemplado.

¹²⁸GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990. p.173. En. PENAGOS, Gustavo. *El Silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p. 230.

¹²⁹ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2579

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que derogó a la LOAFYC, sigue manteniendo el instituto del silencio administrativo negativo.¹³⁰

3.5 Por la caducidad del derecho de accionar en sede jurisdiccional para ejecutar el SAP.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 19 de julio del 2002, dentro del juicio que sigue Roy Almeida Torres en contra del Ministro de Medio Ambiente:

[...] “Ante ello del 31 de marzo de 1999, fecha en la cual evidentemente había caducado su derecho de accionar originado en el silencio administrativo, deduce recurso extraordinario de revisión el mismo que es negado mediante auto de 30 de julio de 1999. Luego de lo cual, impugna la resolución del recurso extraordinario de revisión, totalmente ajeno y diferente a su derecho obtenido por el silencio administrativo ya caducado, presenta su demanda con fecha 7 de octubre de 1999. Por consiguiente encontrándose ya caducado, por falta de oportuna acción, su derecho autónomo nacido del silencio administrativo, es absolutamente lógico que el Juez "a quo" no tenía que referirse para nada a los Arts. 23 Nro. 15 de la Constitución Política del Estado y 28 de la Ley de Modernización del Estado, sin que esta falta de referencia origine de ninguna manera la causal primera de las contempladas en el Art. 3 de la Ley de Casación, ya que por lo demostrado no existe falta de aplicación de las normas de derecho.”¹³¹

En esta resolución se trata la caducidad del derecho del actor para deducir la acción de ejecución del silencio administrativo positivo. Como primer punto podemos observar que la Sala establece la aplicabilidad del término de noventa días para interponer el recurso de plena jurisdicción y así ejecutar el SAP.

¹³⁰ BN. Esta ley, publicada en el Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002 prescribe que: “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.”

¹³¹ Expediente 247, Registro Oficial 670, 25 de Septiembre del 2002.

Debemos ante todo manifestar que no consideramos adecuada la vía de ejecución del acto administrativo presunto a través de un recurso que básicamente impugna una resolución o acto que lesiona intereses o derechos del administrado. La acción de ejecución a diferencia de la de conocimiento, no busca controvertir un derecho, dado que el derecho se presume ya existente y tan solo debe cumplirse, por ello, la naturaleza del recurso subjetivo o de plena jurisdicción no es compatible con la de ejecución que la Sala ha venido delineando.

Si bien creemos que nuestra postura tiene el sustento jurídico necesario, no es menos cierto que el legislador no abordó de forma integral la situación del SAP, de tal manera que nos hallamos frente a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que no establece el cauce procesal para enderezar este tipo de acciones, que estén acorde a la naturaleza del SAP. Frente a esta situación, el juzgador tuvo que necesariamente adecuar de la manera que menos comprometa la efectividad del derecho de petición, lo cual de por sí ya es plausible, aún cuando implique, de cierta manera, una contradicción conceptual y normativa de la naturaleza de las acciones.

De las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de: 31 de enero de 2007, dentro del juicio que sigue el Coronel de Estado Mayor Conjunto S.P. Jorge Luis Brito Albuja en contra del Estado Ecuatoriano; 30 de mayo del 2007, dentro del juicio que sigue Ida Traverso Loor en contra del Ministro de Educación y el Procurador General del Estado, hay lo siguiente:

[...]“El problema de la determinación del referente inicial para el cómputo del término previsto en la Ley de Modernización, así como el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido resuelto por esta Sala en fallos de triple reiteración, según el siguiente razonamiento: 1) 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. 2) Para aplicar las reglas de caducidad del derecho a demandar previstas en el ordenamiento jurídico, es necesario diferenciar si se trata de un acto administrativo expreso o un acto administrativo presunto, pues, no es lo mismo "impugnar" un acto por considerar que éste afecta un derecho subjetivo, que acudir a los órganos judiciales con el objeto de hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto en el que se declara o reconoce un hecho o un derecho, o bien, se admite una prestación de

dar, hacer o no hacer a cargo de la Administración omisa. 3) La fecha de inicio para el cómputo de los términos, a efectos de determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca ejecutar el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, 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. 4) La única excepción a la regla consistiría en la impugnación de un acto administrativo expreso o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si éste 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 sería, en estricto sentido, la materia de la litis. 5) Finalmente, los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado; tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionadas 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."¹³²

Antes que nada, es necesario esclarecer el panorama normativo que regula esta situación. Consideramos que existe una deficiente *sindéresis* en torno a la regulación del silencio administrativo en nuestra legislación. Como hemos visto, la Corte Suprema y luego la Corte Nacional, han desarrollado de manera profusa los postulados de la institución del SAP; puesto que la norma no ha abordado el fenómeno jurídico del SAP de manera integral; lo cual se ha prestado, justamente, para que existan variaciones y en ciertos casos hasta contradicciones en los pronunciamientos judiciales sobre el tema.

Como lo hemos dicho, en materia procesal contencioso administrativa no existe un procedimiento específico que la ley establezca por el cual se regule una institución tan importante como es el SAP. En realidad, hemos estado a merced de las consideraciones de la Corte que, sin restar el importantísimo mérito por haber logrado definir, a través del precedente jurisprudencial obligatorio, el camino para hacer efectivo el derecho obtenido por el SAP; no es menos cierto que en la medida en la que no sea la ley, la que en estricto derecho defina este tema, quedaríamos a los avatares del juzgador de turno.

¹³² Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 1104; y Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008, respectivamente.

En nuestra legislación, se mantienen todavía solamente dos tipos de recursos para la impugnación de los actos de la administración que, por su naturaleza, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que no es compatible con la que al SAP le correspondería (de ejecución).

En efecto, nuestra ley y jurisprudencia han reconocido que son cinco años los que tiene el interesado para hacer valer los derechos nacidos de los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos. De este aporte se desprende que, el término de caducidad referido opera a los cinco años de generado el SAP. En ese sentido, dado que lo que se genera por esta institución es, precisamente como lo ha delineado la doctrina y jurisprudencia, un acto administrativo presunto, le es aplicable en todo sentido dicho término.

Adicionalmente, cabe la diferenciación que realiza la Sala en el último fallo, relativa a la caducidad del derecho de accionar la vía judicial, que se mantiene el término de 90 días para el caso de que se deduzca un recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado; y la de tres años para las materias que le corresponde interponer un recurso objetivo o por exceso de poder.

En relación con las precisiones anotadas anteriormente, se debe, entonces, tomar en cuenta que la caducidad del derecho a demandar estaría dado por la naturaleza del procedimiento que se deduzca, que es impugnatorio o de ejecución, según el caso, por lo que la fecha de inicio para el cómputo de los términos sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 20 de julio del 2009, dentro del juicio que sigue Elizabeth de Lourdes Quizhpi Farfán, en contra de la Ilustre Municipalidad de Cuenca:

[...]“Esta Sala ha señalado que la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, 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 hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa.”¹³³

Esta jurisprudencia ratifica que, para determinar la fecha a partir de la cual se contabiliza el término para accionar lo obtenido por el silencio positivo, no debe estarse a la fecha en la que se acudió a sede gubernativa para pretender ejecutar el acto presunto surgido, sino, a partir del siguiente día a la fecha en que se produjo el SAP.

3.6 Por la ejecutividad directa del SAP en sede administrativa.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de agosto de 2002, dentro del juicio que sigue Anabelle del Cisne Maza Rivilla en contra del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, Ministerio de Salud Pública, Director del Hospital Eugenio Espejo y Procurador General del Estado:

[...]“En cuanto al efecto del silencio administrativo, en aplicación de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, es evidente que tal efecto se produce por la sola falta de contestación a una petición durante un lapso mayor al de 15 días y también es cierto que como consecuencia del silencio administrativo surge un derecho autónomo de ejecución que bien puede ser exigido directamente en la vía administrativa ya en la vía jurisdiccional, derecho este que no sufre mengua ni disminución por una posterior contestación negativa del administrador, al que fue dirigida la petición inicial. Este es evidente y así lo ha confirmado la jurisprudencia reiterativa en más de tres fallos de esta Sala, que en consecuencia ha configurado un precedente jurisprudencial obligatorio respecto de la materia.”¹³⁴

¹³³Expediente 245, Registro Oficial Suplemento 100, 14 de Diciembre del 2010.

¹³⁴ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3660.

Lo que resaltamos de este fallo es la descripción expresa de que, como es correcto, producto del SAP surge un derecho autónomo, que bien puede buscarse su ejecución directamente en la vía administrativa o en la vía jurisdiccional.

Esta prerrogativa, que indica que el beneficiario del SAP puede iniciar la acción de ejecución ante la propia administración nos conduce a un fortalecimiento de la concepción de que el SAP genera un acto administrativo presunto que está dotado de los privilegios de legitimidad y de ejecutoriedad; por lo que mal cabría considerar que solamente a partir de la declaración judicial se puede ejecutar el derecho que surgió por disposición de la ley.

Al respecto, EDGAR NEIRA sostiene que *“según quedó señalado al analizar la naturaleza del silencio administrativo de efectos positivos, éste determinará el nacimiento de un acto con carácter presunto que goza de legitimidad, ejecutoriedad y está llamado a cumplirse”*¹³⁵

No obstante, en caso de que el administrado proceda de forma directa, acudiendo a sede gubernativa para pretender la ejecución de su derecho nacido por el SAP, podría tornar a esta institución jurídica aún más incierta, toda vez que podrían ocurrir cualesquiera de las situaciones que describimos seguidamente: Si la administración, frente a la solicitud de ejecución del administrado de lo supuestamente obtenido por el SAP está viciado de nulidad absoluta, no podrá convalidarla pues entraña un imposible jurídico.

De otro lado, ¿Qué sucedería si la misma administración, con el fin de impedir la ejecución del derecho por parte del administrado iniciare de oficio el procedimiento administrativo de revocatoria en dicha sede por considerar que lo obtenido por el supuesto beneficiario está viciado de nulidad radical, independientemente de que el acto presunto, esté o no con este tipo de vicio?

¹³⁵NEIRA, Edgar, op. cit. p. 150

Como fue dicho, se generan circunstancias que ponen en duda la efectividad de la institución materia de estudio, pues la administración va a pretender enervar el efecto del SAP con el fin de evitar la imposición de cualquier tipo de sanciones a sus funcionarios.

3.7 Suplencia de la certificación referida en la Ley de Modernización para la ejecución del SAP en sede judicial.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de octubre de 2002, dentro del juicio que sigue Galo Calderón Coronel en contra del Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda y Procurador General del Estado:

[...]“Ahora bien, respecto a la necesidad de obtener la certificación de haber operado el silencio administrativo de parte del funcionario competente de la institución en la que ocurrió, conviene referirnos al juicio No. 93/02 seguido por Gloria Yolanda Juárez en contra del Prefecto Provincial del Azuay, en el cual la Sala manifestó: "En el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiera logrado obtener en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará' su ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida será de conocimiento..."¹³⁶

Resulta útil, para fines procesales, el aporte que brinda esta jurisprudencia, en cuanto determina la vía que debe optarse cuando no se ha obtenido la certificación a la que hace referencia la Ley de Modernización. Es improbable, por no decir imposible, que la autoridad remisa otorgue al interesado un documento público que pueda acarrearle responsabilidad futura. Frente a aquella situación, la Sala establece que el interesado debe

¹³⁶ Expediente 382, Registro Oficial 49, 27 de Marzo del 2003.

requerir la certificación, en un primer momento, en sede administrativa y, en caso de no obtenerla, luego en sede judicial. Esta diligencia previa deberá realizarse a través del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del accionante; diligencia que suplirá los efectos de la certificación.

Otro aspecto de análisis de la sentencia tiene que ver con la situación que se genera si el interesado no hubiere presentado el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, pues conforme a la sentencia, la acción deducida pasaría a ser de conocimiento y no de ejecución.

Respecto del inconveniente detectado por la falta de practicidad del requerimiento de dicho instrumento público, resulta pertinente hacer uso de las palabras del tratadista PATRICIO CORDERO ORDOÑEZ, quien señala que:

Se establece que, en el supuesto de que el administrado no presentare el certificado referido, o en su caso la diligencia previa de requerimiento judicial, la naturaleza de la acción cambia, dejando de ser de ejecución para ser de conocimiento; y que, por lo tanto, en dicha acción se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido en la solicitud respectiva.... Si el silencio de la administración durante el tiempo previsto en la ley configura un derecho a favor del peticionario, el mismo, conforme lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia de la propia Sala de lo Administrativo, es un derecho firme, que incluso no es afectado por una contestación contraria posterior: ¿Cómo puede sostenerse que la no presentación de las mencionadas certificación o diligencia previa de requerimiento judicial hagan desaparecer estos efectos? ¿Cómo puede sostenerse que, en estos casos, el derecho configurado a favor del peticionario es materia de discusión?¹³⁷

Debemos entender que, por la naturaleza del silencio positivo, en caso que no se hubiera acompañado la certificación de la referencia, la acción de ejecución no debería tornarse en una de conocimiento. Sin embargo, creo pertinente aclarar que si bien se otorgaría un término de prueba, este serviría para que se demuestre el vencimiento del plazo que tenía la administración para resolver la petición, sin que sea materia de análisis por parte del juzgador la justificación del derecho nacido por el silencio positivo, el cual se presume

¹³⁷ CORDERO ORDOÑEZ, Patricio, op.cit. p.189

firme; lo cual coadyuva a insistir en que el proceso de ejecución no pierde su calidad por la circunstancia detallada.

3.8 Por la ejecución de puro derecho del SAP en sede judicial.-

Este acápite se referirá a la ejecución privativa del SAP en sede jurisdiccional, por sobre la sede gubernativa; donde se plantea una acción preferente de puro derecho, en la que no cabrá la apertura de un término de prueba, pero deberá realizarse el respectivo control judicial de legalidad de lo ganado por el SAP, con el fin de desestimar la tendencia jurisprudencial del automatismo del SAP y verificar que el acto presunto no esté viciado de nulidad absoluta.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de febrero de 2003, dentro del juicio que sigue Carlos Luzuriaga Arízaga en contra del Municipio de Cuenca:

[...] *“En el caso, es evidente que el Concejo Municipal, como lo reconoce el demandado conoció de las apelaciones interpuestas por el recurrente y también no es menos cierto que transcurrieron más de quince días de término sin que se diera resolución a las apelaciones propuestas, por lo que es evidente que en aplicación de lo que dispone la ley, el actor se encontraba en la posibilidad de acudir en sede jurisdiccional, impugnado la resolución inicial; cierto es que en el presente caso no se invocó el efecto del silencio administrativo siendo también cierto que no se puso en mora a la administración de cumplir con lo aprobado por el silencio administrativo, ni tampoco se obtuvo de la administración la correspondiente certificación de que, por cumplido el término, había tenido su efecto el silencio administrativo, faltas por las cuales se perdió por una parte reducir el alcance del objeto de la controversia únicamente al cumplimiento de lo aprobado por el ministerio de la ley y por otra parte, mediante la certificación lograr un trámite exclusivamente ejecutivo, en el que únicamente se ordene el cumplimiento de lo aprobado por el silencio; pero no es menos cierto que no habiendo obtenido respuesta el recurrente en sede administrativa, bien pudo intentar su reclamación en sede jurisdiccional como consecuencia de su facultad de optar por una u otra y del tiempo transcurrido sin obtener respuesta de la administración a favor de la tesis.”¹³⁸*

¹³⁸ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4435.

Tomamos esta sentencia para indicar que el administrado no se halla en la obligación de acudir exclusivamente a sede administrativa para lograr la ejecución del derecho que ha obtenido por el SAP. En el evento de que se hubiese concurrido a sede gubernativa y la Administración hiciera caso omiso del derecho del interesado, puede este acudir al órgano judicial para, enderezando una acción de ejecución, obtener lo que se solicitó en la reclamación. No obstante lo dicho, la prerrogativa del administrado de obviar la primera sede en pos de la segunda, halla el sustento legal en la Ley de Modernización¹³⁹.

Como hemos visto, se sigue manteniendo la dificultad de determinar la eficacia de acudir directamente a sede gubernativa para ejercer lo obtenido por el SAP, por las cuestiones que hemos venido estudiando; las mismas que generan incertidumbre al administrado; por lo cual la Sala delinea que el camino más eficaz es en sede judicial.

En lo relativo a la acción de puro derecho, la Sala nos trae a colación que:

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de octubre de 2003, dentro del juicio que sigue Juan Solano Bernalen contra del Municipio de Cuenca:

[...]“La acción a proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio, administrativo será una acción de puro derecho, en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que esta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo.”¹⁴⁰

A través de este fallo la Sala recalca otro de los efectos del silencio administrativo positivo, que según sus palabras da lugar a un proceso de puro derecho. En virtud de este tipo de

¹³⁹ NB. En efecto, el artículo 38 de la referida ley, dispone: “...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.”

¹⁴⁰ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4796.

acción, no se otorgará la apertura del término de prueba; sin embargo, sí le corresponde al Tribunal realizar el respectivo control de legalidad en el que se examine que el petitorio hubiere sido dirigido ante autoridad competente; así como el acto producto del SAP no estuviere viciado de nulidad absoluta.

En relación a las posturas jurisprudenciales que García de Enterría nos detallaba en este trabajo, podemos observar que la Sala opta por considerar la línea jurisprudencial más ecléctica, la cual sostiene que el silencio positivo opera en la medida de que lo aprobado no hubiera estado viciado de pleno derecho.

De otro lado, respecto del control judicial de legalidad de lo ganado por el SAP, se toma en cuenta:

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de noviembre del 2003, dentro del juicio que siguen Jorge Eduardo Medina Roldán y Alicia León de Medina en contra del Municipio de Cuenca:

[...]“Necesario es señalar que el silencio administrativo positivo no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo y dentro del término que la ley le franquea, pues se trata de un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por la jurisprudencia tan importantes como los fallos del Consejo de Estado Francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen; y en esa acción de ejecución, bien puede ocurrir que la petición que no fue atendida en el término señalado por la ley, no sea de competencia de la autoridad a quien se ha dirigido la petición o contenga pretensiones o aspiraciones absurdas o contrarias a derecho, en cuyo caso, su ejecución será negada, como así lo ha sostenido la Sala en muchos fallos...”¹⁴¹

A partir de este fallo, analizaremos los siguientes postulados que hemos podido extraer:

Inicialmente en este estudio observamos que la Sala se adhirió a la postura del automatismo del silencio positivo; en el sentido de que no cabía que el juzgador entre a analizar

¹⁴¹ Expediente 285, Registro Oficial 318, 21 de Abril del 2004.

cuestiones del nacimiento del silencio positivo, sino, por el contrario, disponer su inmediata ejecución, aun cuando se podrían haber desprendido ciertos vestigios de ilegalidad en el petitorio.

Una vez revisada esta resolución podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la Sala cambia su postura jurisprudencial, recordando para ello los términos que García de Enterría explicó sobre las líneas jurisprudenciales, hacia aquella que privilegia la legalidad. De hecho, cuando la Sala nos da a entender que una petición podría contener pretensiones contrarias a derecho que deben ser subsanadas por el juzgador, está confirmando que otro de los límites del SAP constituye, ya no solo la nulidad absoluta, sino la relativa y por tanto, todo tipo de ilegalidad, que como fue dicho anteriormente, no impedía que el SAP desplegara los efectos previstos en la ley.

No obstante, debemos realizar algunas precisiones. Si hemos acogido el criterio de que la naturaleza el silencio administrativo positivo corresponde a un acto administrativo presunto, debemos estar acordes a lo que ello implica. Por un lado, el acto presunto, como todo acto administrativo, está muñado de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Sostener que no puede ejecutarse de manera directa ante la administración, sino ante el órgano jurisdiccional respectivo, nos haría desvirtuar la naturaleza de acto administrativo que tiene el acto presunto. Así:

¿Qué efectos tendría y cuál sería el sentido del silencio administrativo, si el derecho que por consecuencia se produce no podría ejecutarse, estando sujeto a un control previo de legalidad? Pues ninguno. En este caso, mucho más favorable para el administrado, menos atentatorio a sus derechos, resultaría la técnica del silencio administrativo negativo, que de alguna forma brinda más seguridad Jurídica.¹⁴²

Si estamos acorde a lo que la Sala ha fallado anteriormente, podemos observar una contradicción, en el sentido de que antes se permitía que el administrado pueda acudir directamente a sede administrativa. Sin embargo, con este fallo se limita aquella posibilidad.

¹⁴² CORDERO ORDOÑEZ, Patricio, op.cit. p. 218

Si bien el razonamiento que usa la Sala podría ser correcto en el sentido de impedir que un acto viciado de nulidad absoluta pueda ser convalidado por la administración, aquello constituye un efecto mismo de la actividad administrativa, la cual, de igual manera, mediante actos expresos, sin que esté consciente de aquello, pudiera emitir actos administrativos viciados de nulidad absoluta. No obstante, no es menos cierto que las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad propias del acto administrativo, en estricto derecho revisten también a los actos presuntos, por lo que si se desconoce dichos atributos, y se impone la obligación del control judicial de legalidad de los mismos, se estaría negando su calidad de actos administrativos como tales. Esto terminaría desconfigurando toda la teoría del acto administrativo que en torno al silencio administrativo se ha desarrollado por parte de la jurisprudencia.

En lo restante, este fallo explica la forma en la que debe contabilizarse el término para deducir la acción para ejecutar el silencio positivo. Como fue revisado anteriormente, la Sala asimiló que la acción que corresponde es la prevista en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Para que se contabilice la fecha a partir de la cual se interpone la demanda, se debe tomar en cuenta la fecha en la que nace el derecho por el silencio administrativo positivo. En ese sentido, debe tomarse en cuenta desde la fecha en que se cumplen los quince días de término de presentada la petición que no ha sido atendida por la autoridad.

3.9 Por la inoperancia del SAP en asuntos administrativo-contractuales.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de octubre de 2004, dentro del juicio que sigue Juan Claudio Robalino Gándara en contra del Consejo Provincial de Pichincha:

[...]“La Sala en numerosos fallos, ha hecho suya la doctrina de la línea jurisprudencial de la escuela española según la cual: "la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho", lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición, y que en el supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho. Es necesario hacer esta aclaración porque bien puede ocurrir que la afectación de lo aceptado por el silencio administrativo alcance únicamente a la ilegalidad en cuyo caso evidentemente el silencio si tendría efecto. De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida.”¹⁴³

Como observamos del extracto de la sentencia transcrita, la Sala retoma el criterio conceptual de la línea jurisprudencial por la cual para que surta efecto el silencio administrativo positivo, solo debe verificarse que la petición se haya dirigido a la autoridad competente, y que tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho.

En relación al fallo de 11 de noviembre del 2003, antes analizado, podemos ver que es radical el cambio de posición conceptual, pues de manera expresa se indicó en aquel fallo que no cabe que opere el silencio administrativo positivo contra “pretensiones absurdas o contrarias a derecho”; lo que en otras palabras implica que acogió el criterio que da preeminencia a la legalidad por sobre la de la seguridad jurídica.

Con este nuevo fallo, hay que destacar el correcto encausamiento de la línea jurisprudencial adoptada, para lo cual se explica de manera coherente que lo aceptado por el silencio administrativo no podrá contener vicios de nulidad absoluta. Pero en el caso de

¹⁴³ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275.

evidenciarse particularidades de ilegalidad -entendidas en este caso como causales de nulidad relativa- dicho sí tendrá el efecto de la aceptación presunta.

Ahora, respecto del otro punto tratado en la sentencia de 4 de octubre de 2004, nos llega un criterio, bajo nuestra óptica bien sustentada, por el cual la Sala indica que no es dable la aplicación de la institución del silencio positivo en materia de contratación pública. En efecto, nos adherimos a ese criterio, toda vez que el silencio de la administración se encuadra en el estudio del acto administrativo y sus efectos. Es por ello que no es admisible considerar que un acto administrativo presunto que se genere por efecto del silencio de la administración pueda modificar una situación jurídica consensual en la que han intervenido varias partes.

Por consiguiente, el silencio administrativo, sea positivo o negativo, por su esencia es ajeno a la materia contractual, la cual además, por estar imbuida de reglas propias que rigen la contratación pública, debe ceñirse al principio de estar a lo acordado por las partes en el contrato. Bajo el principio de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen, los contratantes deben proceder de tal manera, sin que pueda modificarse de otra forma lo pactado.

Sin embargo, como la misma Sala lo ha definido, en la ejecución de los contratos podrían suscitarse situaciones que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes, en cuyo caso sí tendría aplicación el silencio administrativo, tratándose, eso sí, solo en la medida en la que no se busque reformar las condiciones previamente pactadas.

3.10 Por la posibilidad de ejecutar el SAP en sede gubernativa.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de noviembre de 2004, dentro del juicio que sigue Dr. Oswaldo Bustamante Medina en contra de la Procuraduría General del Estado y del Director General de Aviación Civil:

[...]“Conforme se ha pronunciado la Sala y constituye ya precedente jurisprudencial obligatorio, el derecho que nace como consecuencia del silencio administrativo es un derecho autónomo, que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto jurídico del silencio administrativo, y que precisamente como derecho autónomo da origen a una acción procesal sustantiva e independiente, la que bien puede ser exigida en sede administrativa o en sede jurisdiccional; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación. Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio por su reiteración, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado; si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa adoleciera de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho, o, si excediese del ámbito permitido en la ley.”¹⁴⁴

Esta jurisprudencia *prima facie* parecería que mantiene el precedente jurisprudencial que se ha caracterizado por los siguientes elementos del SAP:

En ese sentido, extraemos que el silencio positivo genera un derecho autónomo que da origen a una acción procesal distinta de ejecución y no de conocimiento; que no puede ser revocado extemporáneamente por la autoridad remisa; que puede ser exigida tanto en sede administrativa o en sede jurisdiccional; y, que el único límite es que lo aprobado adoleciera de vicios esenciales de nulidad de pleno derecho.

Producto de la revisión de estas características podemos encontrar algunas inconsistencias. En primer lugar, si revisamos el fallo ya estudiado de 11 de noviembre del 2003, la Sala establece la imposibilidad de que el interesado acuda directamente a la vía gubernativa para ejecutar lo obtenido por el SAP. En cambio, de la presente jurisprudencia, la Sala, de manera expresa, reconoce que el administrado puede acudir a sede gubernativa o judicial, indistintamente.

¹⁴⁴ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 283.

Una tesis a favor de acudir directamente a sede administrativa la encontramos en RAMÓN PRADA, quien sostiene que:

“la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Por el contrario, la desestimación por silencio produce los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso- administrativo que resulte procedente. En ambos casos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”¹⁴⁵

Con este fallo hacemos evidente la variabilidad del criterio que sostiene un tribunal, lo cual no ha coadyuvado a un fortalecimiento de un criterio uniforme en el desarrollo de esta temática.

De otro lado, cuanto el fallo en mención establece los límites del SAP, dispone además de los vicios que generan nulidad absoluta, cuando el derecho generado hubiere excedido *del ámbito permitido en la ley*. De acuerdo a esta afirmación, la presunta ilegalidad enervaría los efectos del SAP, extendiéndose así también a los vicios de nulidad relativa como causantes suficientes de la inoperancia del SAP.

En cierto fallo anterior, la Sala se pronunció en un sentido contrario, en el que de forma expresa acusó que la ilegalidad, mas no la nulidad de la que pudiera estar revestido el derecho generado por el acto administrativo presunto, sí produce efectos jurídicos. Nos parece que se deben realizar ciertas distinciones en atención a si el objeto de lo aprobado por el SAP se halla bajo el ámbito de la Función Ejecutiva, y otro para el resto.

La diferenciación sugerida responde a que para la primera se aplica el ERJAFE, en el cual, dentro de las causales de nulidad absoluta nos da a entender que lo contrario al ordenamiento jurídico también produce aquel vicio. Por el contrario, para el resto de la administración, para la cual deberíamos aplicar, exclusivamente, la Ley de la Jurisdicción

¹⁴⁵PRADA, Ramón, op. cit. p. 119

Contencioso Administrativa, sólo se establecen como causales de nulidad absoluta la incompetencia del funcionario a quien se hubiere dirigido el petitorio y haberse obviado el procedimiento de tal manera que hubiera causado indefensión (...), sin que se contemple a la ilegalidad (entendida además de los presupuestos de nulidad absoluta a la inclusión de vicios subsanables – causantes de nulidad relativa del acto administrativo- .

3.11 Por la viabilidad ejecutiva de la certificación administrativa.-

Si bien este postulado corresponde a lo que la Sala asimila como un beneficio que da viabilidad al proceso de ejecución delineado por la jurisprudencia, para ejecutar el derecho surgido SAP, y por ello, se dice que la certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, ni pone dentro de la litis la justificación del derecho obtenido; en la práctica, la obtención del mismo implica serias dificultades para quien pretende acogerse al efecto positivo del silencio y reclamarlo en cualquier sede.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 1 de junio del 2006, dentro del juicio que sigue José Jaime Brito Salamea en contra de la Ilustre Municipalidad del Cantón Cuenca:

[...]“es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y jurisprudencias universales, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando está expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa; derecho este que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquiera manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen” (...), no cabe la apertura de un término de prueba (...) la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino, al contrario, un procedimiento para darle viabilidad. El interesado tiene la facultad de utilizar a la administración para la petición de esta certificación o instrumento público y de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su Distrito, para que, por intermedio de éste, se solicite la certificación (...) Si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no

*desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que, en tal caso, se probará dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo (...) pero en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por el silencio administrativo.*¹⁴⁶

Como se dijo, no encontramos mayores aportes que los realizados en fallos anteriores; sin embargo, de manera clara sí se define que la administración está en el deber de ejecutar lo obtenido por el SAP, caso contrario el administrado puede acudir a sede jurisdiccional y hacer valer sus derechos.

En cuanto al postulado de que la falta de la certificación otorgada por la administración o la no realización de las diligencias previas no desaparece el efecto del silencio administrativo positivo, resulta coherente con el desarrollo jurisprudencial de no limitar el derecho que surge de pleno derecho. Frente a aquella circunstancia, se puede probar en juicio que ocurrió el vencimiento del plazo, con cualquier medio de prueba; así como es manifiesta la prohibición de que el juzgador entre a analizar la justificación del derecho adquirido por el silencio administrativo.

Hay que hacer una necesaria referencia al hecho de que nuestra Ley de Modernización establece que el administrado deberá obtener la mentada certificación para deducir las acciones legales tendientes a ejecutar lo obtenido por el SAP; no obstante, vale recordar que dicho articulado es de cierta manera una incorporación que nuestro legislador adoptó, basándose en la ley para el régimen de procedimiento común de la administración española, donde, a diferencia de nuestra legislación, se dice que el administrado mostrado “podrá” (mas no “deberá”, término usado por nuestra ley) obtener dicho instrumento público para ejecutar lo obtenido por el silencio administrativo.

Ese sentido, explica VINCENC AGUADO I CUDOLA que *“la existencia de los actos administrativos producidos por el silencio puede ser acreditada por cualquier medio de*

¹⁴⁶ Expediente 183, Registro Oficial 24, 16 de Febrero del 2007.

prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver... ”¹⁴⁷

3.12 Por el contenido del acto presunto.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de mayo del 2007, dentro del juicio que sigue la compañía Tropi International Associates S. A en contra de la Dirección General de Aviación Civil (DAC):

[...]“De la omisión administrativa al atender las peticiones de los administrados se deriva indefectiblemente un acto administrativo presunto. Cuando el acto administrativo presunto es de aquellos denominados regulares, esto es, un acto administrativo que no contiene manifiestamente un vicio invalorable que provoque su nulidad de pleno derecho, se desprende, como consecuencia, aquello que constituye el contenido del acto administrativo presunto, esto es, el reconocimiento o declaración de un hecho o de un derecho, o bien, sin perjuicio de tal reconocimiento o declaración, la admisión de una prestación de dar, hacer o no hacer, a cargo de la administración. De tal forma que, dependiendo del contenido del acto administrativo presunto, que se desprende de la petición concreta del administrado a la autoridad omisa, puede suscitarse o no la necesidad de solicitar actuaciones materiales a la Administración. Si este último es el caso, el administrado bien puede acudir, en sede administrativa, a la misma autoridad, para que ejecute las actividades materiales derivadas del acto administrativo presunto (ordinariamente con contenido prestacional), o bien, puede acudir a la Función Judicial, proponiendo una acción de ejecución, para conseguir que se ordene a la administración la realización de alguna actividad material. Ahora bien, si el acto administrativo presunto es meramente declarativo (y no se requiere ninguna actuación material a cargo de la administración), en principio, el administrado no necesitaría proponer acción alguna para que se reconozca o declare lo que ya ha sido reconocido o declarado por efecto del silencio administrativo. Lo lógico es que, en este caso, el administrado proponga una acción impugnatoria frente a cualquier actuación de la administración que desconozca o afecte el contenido del acto administrativo presunto y, en este caso, la acción correspondiente para hacer valer el contenido de dicho acto administrativo presunto es la de plena jurisdicción, precisamente porque la materia del proceso no es sino el acto o hecho administrativo que ha afectado el contenido de otro acto administrativo, en este caso, presunto, derivado del silencio administrativo, del que se desprenden derechos para el administrado. De tal suerte que no son incompatibles las acciones típicas de conocimiento previstas en la Ley de

¹⁴⁷ AGUADO I CUDOLA, Vincenc. op. cit. p. 99

la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la institución del silencio administrativo, pues, un acto administrativo presunto puede ser la razón o fundamento de una impugnación efectuada por medio de la acción subjetiva o de plena jurisdicción frente a actuaciones posteriores de la administración. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Sala, por lo que, a esta fecha, este criterio interpretativo constituye un precedente de obligatorio cumplimiento."¹⁴⁸

Como primer punto, considero que tiene un sustento argumental lógico lo argüido por la Sala al momento de realizar una diferenciación entre aquellos actos generados por el SAP que deberían comportar por parte de la administración prestaciones de dar o de hacer hacia el administrado; de aquellas situaciones en las que se ha generado un acto administrativo presunto meramente declarativo -el cual no impone a la administración una prestación, sino un deber de no hacer; es decir de no desconocer el acto presunto que ha originado derecho a favor del administrado-.

Pero ahora, ¿es a caso correcto que el administrado se halle a la merced de la voluntad discrecional de la administración, la cual puede en cualquier momento ejecutar actos tendientes a desconocer lo aprobado por el silencio administrativo cuando el acto administrativo presunto es meramente declarativo? ¿Acaso el administrado, en procura de mayor seguridad jurídica, estaría actuado de manera errónea si interpone ante el órgano judicial la acción que se dirija a que se reconozca a través de una sentencia firme y ejecutoriada la operancia y generación de un derecho en su favor por el SAP, a pesar de tratarse de una situación declarativa, para que no pueda ser violentada por la administración mediante actos materiales y/o declarativos?

¿Es que acaso este pronunciamiento implica que no operaría el término de caducidad del derecho de accionar lo obtenido por el silencio administrativo en aquellas situaciones en la que la Sala ha adoptado el criterio que no debe judicializarse aquellos derechos contenidos en actos presuntos que generen prestaciones de no hacer o sean meramente declarativos?

Como observamos, estas respuestas no son contestadas de manera plena; lo que no quita el reconocimiento que hacemos a la Sala, por lo que consideramos un avance al sentar un

¹⁴⁸ Expediente 198, Registro Oficial 341, 20 de Mayo del 2008.

criterio uniforme al establecer claramente que el administrado beneficiado por un tipo de acto presunto (declarativo) no está en el deber de ejecutar en sede gubernativa ni judicial el reconocimiento de su derecho ganado por el ministerio de la ley.

3.13 Por los requisitos para que proceda la demanda por SAP.-

La Sala ha delineado una serie de requisitos, tanto materiales como formales, que deben ser cumplidos con el fin de que proceda la demanda planteada por el particular que busque la ejecución del derecho obtenido por SAP.

VINCENC AGUADO I CUDOLA, sobre el ordenamiento español, dice que:

La doctrina ha venido identificando tradicionalmente como requisitos o elementos del silencio administrativo: la necesaria disposición expresa, la solicitud dirigida a la Administración, el transcurso del plazo previsto, la inactividad de la Administración y la posibilidad de resolver de la Administración.¹⁴⁹

Por su parte, nuestra Alta Sala en cuanto a los requisitos materiales, ha establecido que el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular, es decir aquel que no adolezca de vicios invalidadables. En esa medida, no podrá ser extinguido en la misma sede gubernativa, debiendo, para ello, iniciarse el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 30 de mayo del 2007, dentro del juicio que sigue Ida Traverso Loo en contra del Ministro de Educación y el Procurador General del Estado, hay lo siguiente:

[...] “La Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos, que constituyen a esta fecha precedente de obligatorio cumplimiento, ha señalado que para la intervención de los tribunales distritales dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se ha de cuidar que se cumplan

¹⁴⁹GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 121 y 122. En. AGUADO I CUDOLA, Vincenc, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 94

determinados requisitos formales y sustanciales. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquellos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley. El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad. En efecto, sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de auto tutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aún cuando de este se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, un acto administrativo regular, explícito o presunto, aún cuando se pueda sostener que 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. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los tribunales distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto, evidente, pues no puede exigírsele a los tribunales distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la administración o remedien su torpeza...¹⁵⁰

Considero que, para fines didácticos resultan de mucha utilidad las sentencias emitidas por esta Sala respecto al tema en discusión. La argumentación que realiza la Sala se agrupa bajo los parámetros que a continuación extraigo, referentes a los requisitos formales y requisitos materiales del silencio positivo.

¹⁵⁰ Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.

Para comenzar, al tratar los requisitos sustanciales, el fallo dispone que el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo deba ser un acto administrativo regular para que pueda generar los derechos a favor del administrado. Dichos actos, como se conoce, son aquellos que no contienen vicios inconvalidables, es decir, productores de nulidad de pleno derecho o absoluta. Contrario sensu, bajo las consideraciones de la Sala, aquellos viciados de esta gravedad son los actos irregulares, los cuales se hallan desprovistos de las presunciones de legitimidad; razón por la cual la auto tutela administrativa faculta a la institución a extinguirlos, a pesar que aparentemente generasen derechos a favor de terceros.

Ahora, si bien la Sala establece con acierto que la administración puede hacer uso de la auto tutela para extinguir el acto que adolece de vicios de nulidad radical, esto implica, según un sector de la doctrina, que esta se encuentra en el deber de instaurar un procedimiento de revisión de oficio y no simplemente una mera revocación del acto ficto.

En efecto, en palabras de VINCENC AGUADO I CUDOLA, en el ordenamiento español:

*al modificarse la regulación de la nulidad de pleno derecho por la LRJPAC, se introduce un nuevo supuesto que se refiere a los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1.f). Según veremos, con este nuevo supuesto de nulidad debe entenderse sustancialmente alterado el planteamiento jurisprudencial que estaba presente en la tesis de la – esponja- . En efecto, la tipificación de este supuesto de nulidad de pleno derecho impediría que, en estos casos, pueda considerarse que no se ha producido el silencio administrativo. Por tanto, podrá hablarse de silencio administrativo y como tal producirá efectos jurídicos hasta que se reacciones contra el mismo, declarándose la nulidad. La consecuencia jurídica más importante de este planteamiento es que se habrá de proceder a eliminar esta situación ilegal no con una mera revocación, sino instando un procedimiento formalizado dirigido especialmente a erradicar este vicio del ordenamiento jurídico.*¹⁵¹

Al contrario, otro tratadista español, RAMÓN PRADA, sostiene que:

La técnica del silencio positivo supone un riesgo evidente al posibilitar sin el debido control el otorgamiento de autorizaciones o licencias u otros derechos contrarios de la presunta resolución y que, como actos declaratorios de derechos, no pueden ser revocados

¹⁵¹ AGUADO I CUDOLA, Vincenc. Op. cit. pp. 105-106

*a posteriori, sin seguir los complejos procedimiento establecidos... Por todo ello el Tribunal Supremo aceptó la revocación directa sin sujeción a los trámites de revocación de los actos declarativos de derechos de las licencias y autorizaciones ganadas por silencio cuando su otorgamiento implicara nulidad de pleno derecho, bien por concurrir vicios sociales de tramitación, bien porque el ordenamiento calificara el efecto o resultado de lo otorgado por silencio como nulo de pleno derecho, o cuando lo ganado por silencio fura ostensible y manifiestamente ilegal...*¹⁵²

Frente a un acto administrativo regular, en cambio, la administración no está investida de la potestad de auto tutela para retirarlos del mundo jurídico. El correcto y legal proceder determina la utilización de la declaratoria y acción de lesividad, reglada en la ley.

En este punto consideramos necesario remitirnos al siguiente fallo, en el que se ratifica el criterio antes vertido y estudia el revestimiento de legitimidad y ejecutividad del acto administrativo presunto generado por el SAP.-

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 02 de Octubre del 2007, dentro del juicio que sigue Miguel Fernando Hermida Moreira y otros en contra de la Municipalidad de Cuenca:

*[...] “De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), 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.”*¹⁵³

La Sala se mantiene en la consideración de que el efecto del SAP es un derecho autónomo contenido en un acto presunto, que como cualquier acto administrativo está revestido de los principio de legitimidad y ejecutoriedad. Estos principio, como hemos visto, no le son aplicables a los actos administrativos irregulares.

¹⁵²PRADA, Ramón. Op. cit. p. 116

¹⁵³Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 2033.

Retomando el estudio del fallo 220, debe entenderse que el control de legalidad de a los actos administrativos presuntos que efectúa el órgano judicial, importa la revisión de la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico; es decir, la Corte no subsana las deficiencias fácticas que no fueron debidamente analizadas en forma oportuna por la administración. Aquellas razones factuales son las que se encontrarán en la petición del administrado, que a su vez conforman el contenido del acto administrativo presunto; dicho de otra manera, su motivación.

Tómese en cuenta que la Sala analiza adicionalmente la imposibilidad de que los tribunales distritales sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la administración; por lo que les es vedado que, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso de ejecución instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, y pasen a discutir los antecedentes o circunstancias en las que se dio este efecto. Siguiendo esa línea, los tribunales distritales deben verificar la regularidad del acto en función de los fundamentos jurídicos, mas no fácticos, que constan en la petición, pues como fue dicho, el contenido del acto administrativo presunto es en sí el contenido de la petición planteada por el ciudadano.

En cuanto a los requisitos formales se establece que, para lograr la ejecución del SAP debe obtenerse el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término; o, en su defecto, acudir a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial. Dicha diligencia suplirá la necesidad de acompañar la certificación a la que se refiere la Ley de Modernización. Así, lo ha entendido la Sala cuando considera que:

[...] *“En lo que dice relación con los requisitos formales, para la intervención de los tribunales distritales en la ejecución de los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, ya desde el 18 de agosto del 2000, fecha de publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 del Decreto Ley 2000-1, el instrumento previsto en el ordenamiento jurídico (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada) para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprendan de los actos administrativos presuntos, consistió en el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término. Como evidentemente era poco probable que la autoridad omisa emita el certificado referido, pese a la prevención de que sería destituida, esta Corte*

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, ante un muy posible caso de que este certificado no sea emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial. De tal forma que, quien quiere conseguir, a través de la intervención de los tribunales distritales, una actuación material de la administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar en el proceso que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración. Se debe hacer notar que es usual que la administración, en lugar de señalar una fecha en la que venció el término para resolver las peticiones de los administrados, efectúe alegaciones de variada índole; este hecho es irrelevante a efectos de la constatación del requisito formal, que tiene sentido si se considera que es el medio idóneo para determinar con nitidez la petición respecto de la cual se sostiene, en el proceso, que se ha generado los efectos del silencio administrativo... ”¹⁵⁴

La jurisprudencia ha limitado al certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término, como requisito formal para hacer valer el derecho obtenido por el silencio positivo. De otro lado, ha insistido en que la falta de este documento puede ser suplido por un proceso previo ante el Tribunal Contencioso Administrativo, por el cual se le requiera a la autoridad, bajo prevenciones legales, la entrega del certificado referido. Es decir, establece en este fallo la necesidad de justificar que en el proceso se han efectuado estas diligencias en sede gubernativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración.

Respecto a la parte motiva final de la sentencia en estudio, esta conducirá a que se declare improcedente el recurso de casación, en vista de que:

“En el caso puesto a consideración de esta Sala, no cabe duda que la acción deducida por los actores no había caducado de conformidad con el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; sin embargo, los requisitos de orden formal, previamente señalados en este considerando, no se encuentran acreditados, por lo que es inoficioso continuar con el análisis de los requisitos materiales para que el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo alegado por el actor pueda ser ejecutado, como lo ha solicitado”¹⁵⁵

¹⁵⁴ Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.

¹⁵⁵ Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.

Debemos pronunciarnos sobre los requisitos de forma que la Sala ha señalado como indispensables. El fallo indica que la acción es inoficiosa por cuanto no se ha cumplido con el requisito formal que tiene que ver con el acompañamiento del certificado o en su defecto con las diligencias previas en sede administrativa y judicial. ¿A caso la falta de estos requisitos enerva el efecto del silencio positivo? La respuesta es negativa. La jurisprudencia temprana ya se pronunció al respecto y señaló que:

[...]“se aprecia que la obtención de esta certificación no constituye una limitación al derecho obtenido mediante el silencio administrativo, sino al contrario un procedimiento para darle viabilidad; de allí que por una parte parece evidente que el interesado esté munido de la facultad de utilizar para la petición al administrador, de esta certificación o instrumento público, de los medios jurisdiccionales mediante un procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito, para que por intermedio de este se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente y para que en el caso de no obtener respuesta favorable en un primer momento, se exija por intermedio del tribunal, se conceda la certificación requerida bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendría por concedida la certificación. Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no por ello desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que en tal caso habrá de probarse dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo sin que dentro de él haya recibido respuesta la solicitud o el reclamo planteado, situación esta última que desde luego modifica la regla general antes señalada, en el sentido de que producido el silencio ha lugar a demandar la ejecución del derecho así obtenido, mediante una controversia de puro derecho, pero desde luego en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por el silencio administrativo.”¹⁵⁶

A nuestro parecer, la exigencia que se impone al administrado es un retroceso que pudo haber sido superado con una línea jurisprudencial más favorable al desarrollo de derecho de petición consagrado en nuestra Constitución. Si no se ha acompañado en el proceso la certificación o las diligencias judiciales previas, se tuvo que haber dispuesto un término de prueba durante el cual el administrado tenía que demostrar que entre la fecha de ingreso de la petición y la contestación (en caso de haber existido), transcurrió el plazo legal para que operase el silencio positivo.

¹⁵⁶Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 1104

Mal puede pretender, como lo ha hecho la Sala, que por la falta de los instrumentos públicos que define como requisitos formales, se desvanezca el efecto del SAP, que por ley han ocurrido, y que de la simple constatación de la fecha en la cual se resuelve la petición, operó *ipso iure* la aceptación del petitorio.

De la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 29 de abril del 2009, dentro del juicio que sigue María Rebeca Grueso Valero contra el Director Provincial de Salud de Morona Santiago, el Ministro de Salud Pública y el Procurador General del Estado:

[...]“Así definido el asunto principal del proceso, es conveniente recordar que en materia de silencio administrativo, esta Sala se ha pronunciado, en múltiples ocasiones, (entre otras las Resoluciones 480-2007, de 30 de noviembre de 2007, expedida en el juicio 121-2006, Sosa Ocampo c. Dirección Nacional de Cooperativas; 406-2007, de 16 de noviembre de 2007, expedida en el juicio 71-2005, López Yáñez c. Presidente de la República; 414-2007, de 2 de octubre de 2007, expedida en el juicio 19-2005, Hermida Moreira c. Municipalidad de Cuenca; 01-2007, de 12 de enero de 2007, expedida en el juicio 145-2004, Chávez Ponce c. Municipalidad de Santa Ana; 378-2006, de 30 de noviembre de 2006, expedida en el juicio 37-2004, Brito Albuja c. Estado Ecuatoriano) señalando la necesidad de que, para que proceda la ejecución de los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, es necesario que se cumplan ciertas exigencias de orden sustantivo y de orden formal: De otra parte, además de que el acto administrativo presunto sea regular, si el administrado pretende que se lo ejecute, como en el caso que se ha puesto a consideración de esta Sala, es requisito formal indispensable que conste en el proceso el certificado al que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización o la constancia de que se haya requerido en sede administrativa y, en su caso judicial, el certificado acerca del vencimiento del plazo que tenía la autoridad para resolver lo solicitado. 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.- En el caso, pese a la claridad de la pretensión de la actora consignada en su demanda (fs. 41), 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.”¹⁵⁷

¹⁵⁷Expediente 134, Registro Oficial Suplemento 82, 30 de Octubre del 2010.

A este fallo debemos sumar las críticas que hemos realizado respecto del acompañamiento de la certificación o la diligencia judicial de vencimiento del término que tenía la administración para resolver lo peticionado.

3.14 Por la imposibilidad de que los Tribunales Contencioso Administrativos puedan modificar el proceso de ejecución por uno de conocimiento.-

De las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de noviembre del 2007, dentro del juicio que sigue la Cooperativa de Producción Industrial "Abacá-Ecuador" contra el Director Nacional de Cooperativas; y de 30 de mayo del 2007, dentro del juicio que sigue Ida Traverso Loor en contra del Ministro de Educación y el Procurador General del Estado, hay lo siguiente:

De estos fallos hemos extraído lo que consideramos lo más relevante para nuestro análisis:

[...]“Tampoco es posible que los tribunales distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les correspondería a los tribunales distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca.”¹⁵⁸

Como se dijo anteriormente, la Sala se ha pronunciado en el sentido de que el SAP genera un derecho autónomo que nada tiene que ver con los antecedentes del caso. En correlación a esto, la acción que por tanto se enderece, corresponde a una de ejecución y no de conocimiento, dado que el derecho está firme y su reconocimiento no es materia de controversia.

Siguiendo con el análisis, la Sala manifiesta:

¹⁵⁸ Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.

[...]“El demandado, dentro del proceso de ejecución, podrá proponer como defensas y 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, aquéllas relacionadas con las actuaciones de la administración con las que ya se ha satisfecho las pretensiones del actor. En este aspecto, es fundamental aclarar que el ejercicio del derecho de contradicción del demandado tiene que estar vinculado con la naturaleza del proceso, que es 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.”¹⁵⁹

La Sala también se refiere, entonces, al derecho de contradicción del demandado. En ese sentido aclara que las excepciones que puede plantear frente a un proceso de ejecución, como es el del SAP, son exclusivamente las que por la naturaleza de ese proceso están previstas.

Además, respecto al cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que hemos detallado en el acápite anterior, la Sala sostiene que deben operar como si se tratase de la calificación de un título y una obligación ejecutiva en un juicio ejecutivo.

No obstante, lamentablemente arribamos, como en el fallo anterior, a una conclusión que a nuestro criterio no guarda sustento con lo que ha sido sostenido en fallos reiterativos, que por su homogeneidad constituyen precedentes jurisprudenciales en esta materia.

A fin de analizar esto detenidamente, hemos desglosado al considerando Quinto en los siguientes puntos:

Revisemos lo que ha dicho la Sala:

[...]“Si se aplica los criterios expuestos en el considerando precedente, es fácil notar que la sentencia materia de este recurso incurre en varios errores, con independencia del plazo aplicado para sostener que no se ha producido el silencio administrativo: En efecto, baste señalar que no existe constancia alguna de que se hubiesen cumplido los requisitos de orden formal ya expuestos, esto es, la comprobación de que ha sido solicitado el certificado

¹⁵⁹Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.

acerca del vencimiento del plazo para resolver a la administración, o en su defecto el requerimiento judicial. Esta razón habría sido suficiente para rechazar la demanda propuesta, salvando los derechos del actor para proponer la acción adecuada (una de conocimiento) en defensa de sus intereses.”¹⁶⁰

La Sala yerra al momento de determinar que la falta de acompañamiento de los instrumentos públicos (certificación o requerimientos judiciales de la certificación) en el proceso acarrea el rechazo a la demanda, y que, por tanto, debe enderezar no una acción de ejecución, sino una de conocimiento.

Como ya lo desvirtuamos anteriormente, no es dable al juzgador rechazar una demanda de SAP bajo el argumento de que no se ha acompañado los documentos referidos al vencimiento del plazo que tenía la administración para resolver lo solicitado. Cuando sucede aquella situación, el administrado puede mediante otras pruebas demostrar la ocurrencia del SAP; pruebas que deben ser dispuestas y valoradas en su conjunto bajo las reglas de la sana crítica, y al final, adheridas en un silogismo jurídico coherente en la sentencia.

Adicionalmente, la falta de la certificación no produce *ipso facto* que el procedimiento pase de uno de ejecución a uno conocimiento. Si la naturaleza de un proceso de conocimiento permite que el derecho que se cree nacido pueda ser controvertido o incluso eliminado, mal podría la jurisprudencia realizar una interpretación no acorde a la ley en esta materia y determinar la variación o extinción de la aceptación tácita, por el silencio en el que se vio envuelta la administración.

Lo que pretendemos decir es que la jurisprudencia temprana se ha pronunciado en el sentido de que si no se han acompañado dichos instrumentos (lo cual a nuestro juicio no acarrea mérito suficiente para la desestimar la demanda) corresponderá que se abra el término de prueba para demostrar que no hubo contestación oportuna; **mas no podrá ser**

¹⁶⁰Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.

objeto de la litis misma el derecho que ha nacido por disposición de la ley al haber ocurrido el silencio administrativo.

Si en ese sentido la jurisprudencia ha determinado el límite para que el proceso no sea de ejecución, sino de conocimiento, podemos decir sin temor a equivocarnos, que en realidad no se trata de un proceso de conocimiento propiamente dicho; pues la única diferencia que existe en este proceso de conocimiento, si quisiera decirse *sui generis*, es que se dispondrá la apertura de un término de prueba para probar un hecho: el transcurso de tiempo sin contestación; mas no para probar el derecho que ya ha nacido en el mundo jurídico; el cual no sería controvertible. Bajo esta explicación, el derecho permanece firme e intangible, y no necesita de prueba alguna.

De otro lado, si la Sala advierte que, por no haberse acompañado los instrumentos de certificación en el caso respectivo, no es adecuada la acción de ejecución incoada, sino una de conocimiento (criterio con el cual nosotros no estamos de acuerdo), no puede disponer sin más que el administrado enderece otro tipo de acción, pues estaría perjudicando de esa manera a este y al derecho autónomo que se ha generado en su favor; privilegiando formalidades inicuas, que bien podrían ser suplidas de otra forma, que al final no comprometan el efectivo goce del derecho de petición garantizado en la Constitución.

Reforcemos lo antes dicho, finalmente, con el principio constitucional por el cual no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de solemnidades; principio que de igual manera se hallaba contemplado en la anterior Constitución. En efecto, nuestra norma suprema vigente, al respecto, dispone que:

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.¹⁶¹

¹⁶¹ NB. La norma antes invocada guarda coherencia con los postulados en la normativa infra constitucional recogida en el Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009 que prescriben:

Frente a dicha circunstancia, la Sala debe aplicar mecanismos de interpretación analógicos al caso que promuevan el debido proceso y el sistema procesal como medio y no fin para conseguir la justicia. Recordemos que existe una resolución general obligatoria que disponía que el único competente para determinar la naturaleza de la acción contencioso administrativa interpuesta (acción subjetiva y acción objetiva) es el juzgador (tribunal) y no el administrado quien deduce el recurso, por cuanto este no está en la obligación de conocer si la acción incoada por él para ante el órgano judicial es subjetiva (de plena jurisdicción) o, por el contrario, objetiva (por exceso de poder); toda vez que entre los requisitos que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) impone al administrado al momento de redactar la demanda, no está previsto que indique el tipo de acción que deduce¹⁶².

Era, entonces, necesario que la Sala determinare que, si bajo su criterio la demanda no cumplía con los requisitos de una acción de ejecución, no iba a tratar al proceso como uno

*“Art. 29.- **INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES.**- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.”*

Y la siguiente: *“Art. 18.- **SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.**- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*

¹⁶² NB. La LJCA establece que: *“Art. 30.- **La demanda debe ser clara y contener:** a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal. b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado. c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado. d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión. e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos. f) La pretensión del demandante. g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir. En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal.”*

de ejecución sino como uno de conocimiento; tanto más si la única diferencia con el proceso de ejecución sería que debe disponerse la apertura de un término de prueba que no podrá controvertir el derecho en sí mismo: la aceptación tácita, sino un hecho: el transcurso de tiempo.

Respecto del segundo punto que hemos extraído en el mismo considerando, a nuestro parecer salta a la vista lo la Sala manifiesta, cuando considera que:

[...]“Ahora bien, el plazo aplicado por el Tribunal a- quo para entender que no se habría producido el silencio administrativo en la causa, esto es, el previsto en el artículo 127 del estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo, en lugar del artículo 28 de la Ley de Modernización, constituye un error de derecho con el que se desconoce el principio de jerarquía normativa, previsto en el segundo inciso del artículo 272 de la Constitución Política”¹⁶³

Ya se ha explicado que mediante la incorporación de la Ley para la Promoción de Inversiones se añade el artículo innumerado a continuación del Art. 28 de la Ley de Modernización, por el que se dispone que el nacimiento y extinción de los actos administrativos de la función ejecutiva se regularán por el ERJAFE. Por lo tanto, el plazo que debe aplicarse para aquellos casos es el de dos meses y no los quince días que se debe aplicar para el resto de casos.

Consideramos que ya ha sido ampliamente superada la discusión relativa a la naturaleza jurídica del ERJAFE, que si bien es un reglamento, por disposición expresa del artículo agregado al art. 28 de la Ley de Modernización, debe estarse a lo que este disponga (ERJAFE) en cuanto al nacimiento modificación y extinción de los actos administrativos en la función ejecutiva.

¹⁶³Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.

CAPÍTULO IV

COMPARACION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA Y CONTENCIOSO ADMISNITRATIVA.

A efectos de realizar la comparación de esta institución jurídica en las materias referidas, procederemos a centrar el ámbito de estudio en las siguientes normas: el Código Tributario y la Ley 05 en el campo del derecho tributario, y la Ley de Modernización del Estado y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en el campo del derecho administrativo. Sumaremos, además, al presente estudio el desarrollo jurisprudencial que ha suscitado el silencio administrativo positivo por parte de las altas Salas Especializadas de la ex Corte Suprema de Justicia, actualmente Corte Nacional de Justicia.

Los factores de comparación a estudiar serán los siguientes:

4.1 Por los efectos del silencio administrativo.

La legislación ecuatoriana vigente en estas materias, ha otorgado el efecto del silencio por parte de la administración pública, frente a las peticiones planteadas ante esta, como la aceptación tácita de las mismas. La doctrina ha denominado este efecto como silencio administrativo positivo.

Respecto de este tema, la normativa especializada dispone que se deber entender la ocurrencia del silencio administrativo con efecto positivo o de aceptación, a diferencia del anterior sistema que imperaba previo a la promulgación de normas que seguidamente enunciaremos, por el que el régimen general giraba en torno a la técnica de silencio negativo.

Este sistema anterior entendía desestimada la petición incoada por el administrado/contribuyente a la administración pública, en miras de que el interesado pudiera agotar la vía administrativa, y acudir a sede judicial para, haciendo valer sus derechos, impugnar la negativa “tácita” que había ocurrido y esperar una respuesta por

parte de los tribunales de justicia respecto del acto que consideraban lesivo de sus derechos subjetivos.

Revisemos las normas referidas:

La Ley de Modernización del Estado fue la norma que modificó radicalmente el paradigma del sentido del silencio administrativo. En efecto, la norma invocada constituyó un avance en el desarrollo de la protección de los derechos constitucionales del administrado.

Del texto del artículo referido se extrae la complementación infra constitucional que aportó la incorporación de una norma que tratare de manera más cabal el derecho de petición, disponiendo el plazo por el que se entendería producido el silencio positivo; la prohibición de que se suspenda la tramitación de la petición por parte de los funcionarios bajo la prevención que un actuar contrario acarrearía sanciones penales, y la obligación por parte de la administración de entregar la certificación que indique el vencimiento del término legal.

Así, el artículo veintiocho (28) de la ley mencionada dispone que:

*Art. 28.- **DERECHO DE PETICION.**- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.*

En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

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

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado, por la Constitución, de conformidad

con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

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

Ahora, revisemos la regulación que nos brinda la Ley 05 y el Código Tributario respecto a esta institución jurídica:

La primera norma nos indica que:

A partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código tributario y demás leyes tributaria prevean o no plazos específicos para resolver o atender peticiones, reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la administración fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. Si vencido el plazo señalado en el inciso anterior no hubiere pronunciamiento expreso respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que se presenten a partir de la fecha indicada, el silencio administrativo se considerará como aceptación tácita de los mismos. El funcionario por cuya causa se hubiere producido una aceptación tácita por silencio administrativo podrá ser removido de su cargo sin perjuicio de las acciones a que haya lugar contra él, de conformidad con las normas legales pertinentes.¹⁶⁴

En concordancia con lo antes transcrito, la codificación del Código Tributario, en lo referente al término para resolver los reclamos establece el siguiente mandato:

*Art. 104.- **Aceptación tácita.**- La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda.*

El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada

Como hemos visto, el legislador otorgó, tanto en la materia tributaria como en la administrativa, el mismo efecto del silencio positivo cuando la administración no se hubiere pronunciado dentro del término que a ley le franqueaba, para resolver los petitorios ante esta planteadas.

¹⁶⁴ Decreto Ley No. 05, promulgado en el Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994.

La jurisprudencia en ambas materias se ha pronunciado de manera uniforme, en el sentido de atribuir el efecto positivo al silencio administrativo. Además, ambas Salas han contextualizado los efectos del SAP de manera idéntica, como describimos a continuación con las sentencias de las Altas Salas, que centran el tema así:

[...]“ *el derecho que se establece como consecuencia del silencio administrativo es un **derecho autónomo** que nada tiene que ver con los hechos o circunstancias anteriores a su origen, a la que ni siquiera afecta una resolución negativa posterior al término que la ley establece para dar contestación a un reclamo; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, el cual 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, pues este efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien una **presunción de derecho** que da origen a una **acción autónoma***”¹⁶⁵

y,

[...]“*El derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un **derecho autónomo**, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.*”¹⁶⁶

En palabras de EDGAR NEIRA:

*el silencio administrativo de efectos positivos opera ex lege pues comporta una verdadera presunción de derecho luego de que hayan concurrido las circunstancias previstas en esa ley para su nacimiento, por lo que el efecto del silencio estimatorio, más que una presunción de voluntad de la administración, es una sustitución de esa voluntad por el ministerio de la ley, a través de un acto que contiene la tácita aceptación de lo pedido*¹⁶⁷

¹⁶⁵Expediente 73, Registro Oficial 330, de 7 de Mayo del 2004.

¹⁶⁶Sentencia de 10 de diciembre de 1997 dictada por la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶⁷ NEIRA, Edgar, op. cit. p. 130

El efecto que genera el SAP ha sido delineado por la jurisprudencia en el sentido de generar un derecho en favor del administrado, de la misma manera que si la administración hubiere dictado una resolución favorable expresa:

[...]“*el ordenamiento jurídico contiene medidas para que en los supuestos de pasividad de la Administración el administrado no quede indefenso, ya que al ser obligación de la Administración la de dictar resolución expresa, su inactividad no puede ser indefinida ni causar perjuicio al administrado; es por eso que el rigor del silencio administrativo positivo sustituye a la técnica de autorización o aprobación de lo pedido y no resuelto dentro del plazo legalmente otorgado, pasado el cual, lo pedido por el requirente se entiende otorgado, por lo que puede decirse del silencio administrativo positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a la aprobación o autorización a la que sustituye legalmente como viene entendiendo la jurisprudencia, que considera además que si la Administración no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos estrictos de la misma manera que si hubiere dictado una resolución favorable.*”¹⁶⁸

Otras posiciones consideran un doble sentido del silencio administrativo, entendiéndolo, además, como un mecanismo de sanción a la administración, dado que:

*el ordenamiento jurídico establece a la técnica del silencio positivo un doble efecto: 1. Incentiva a la administración para que resuelva de manea expresa si no quiere ver cómo el administrado, por el mero transcurso del plazo, pasa a estar legitimado para actuar en el sentido pedido. 2. Permite que el interesado actúe, al menos cuando sea claro que la petición no contradiga el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo solicitado, por lo que tendrá la garantía de que, al tratarse de un acto presunto declarativo de derechos, no podrá ser retirado del mundo jurídico sino a través de los medios legalmente establecidos.*¹⁶⁹

Si bien parecería razonable lo antes dicho, el efecto positivo de aceptación de lo pedido, previsto por la ley frente a la falta de contestación, genera, un acto en el que se sustituye la voluntad de la administración. Caso contrario, podría pensarse que si la intención fuere la de sancionar a la administración, toda petición, aun la viciada de nulidad radical debería entenderse aceptada, pero, como se ha visto, esto no sucede así.

¹⁶⁸De la Sentencia 61-98, dictada por la Sala especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de febrero de 2002

¹⁶⁹ALEMÁN MENA, Donald. Artículo: *El silencio administrativo en la Legislación de Nicaragua*, Libro: Derecho Administrativo Iberoamericano, II, coordinación de Víctor Hernández-Mendible, Venezuela, Ediciones Paredes, 2007. p. 979

Siguiendo el sentido descrito, GUSTAVO PENAGOS, al referirse a la organización jurídica colombiana, considera que:

...al silencio administrativo no se lo debe considerar como una sanción a la administración; diríamos que se trata de un valor jurídico que la ley atribuye a la abstención de la administración, con la finalidad de: 1.- agilizar la gestión administrativa, 2. Evitar la arbitrariedad, 3. Lograr la justicia social, pues el administrado no está obligado a soportar el incumplimiento de los órganos estatales.¹⁷⁰

4.2 Por la temporalidad prevista para que opera el SAP

Como se explicó en el numeral anterior, el actual sistema que opera en nuestra legislación, bajo las normas antes invocadas, es el del silencio administrativo positivo.

La Ley de Modernización del Estado dispone como regla general que la administración pública goza de un término de 15 días para dar oportuna contestación a los petitorios que se le planteen. No obstante resulta pertinente revisar que el legislador, posteriormente a que dispuso dicho término, vio la necesidad de ampliarlo, en aras de brindar un término que, en su criterio, fuera más razonable para que las peticiones planteadas ante ciertas instituciones de la administración pública se resolvieran.

En efecto, se añadió un inciso al artículo 28 de dicha ley, en el sentido que transcribimos a continuación:

Art.- 28.A.- “La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la función ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva”¹⁷¹

El objetivo práctico que se buscó fue el de extender el plazo para que ocurra el SAP en todas aquellas instituciones que comprenden la administración pública que forman parte de la Función Ejecutiva.

¹⁷⁰PENAGOS, Gustavo. Op. cit. p. 217.

¹⁷¹ El inciso final del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado fue agregado por el Artículo 13 de la Ley para la Promoción de la Inversión Ciudadana.

En definitiva, se debía, en lo posterior, entender que la regulación de los actos administrativos, que debieran emanar de las instituciones de la Función Ejecutiva, estaría en concordancia con lo que el ERJAFE dispusiera, en cuanto a la formación, extinción y reforma de los actos administrativos.

En ese contexto, el ERJAFE, una norma de jerarquía normativa infra legal, mediante una ley, como es la Ley de Modernización, por remisión, añade otro ámbito jurídico de regulación del silencio administrativo Positivo, el mismo que lo describimos a continuación:

El reglamento, al referirse a las instituciones que forman parte del ámbito de su aplicación, prescribe que:

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.

Es importante hacer notar que el reglamento otorga a la administración un plazo mayor para que esta pueda resolver las peticiones, si lo comparamos con el del quince (15) días dispuesto por la Ley de Modernización. En efecto, en esta norma es extendido a sesenta (60) días, conforme lo vemos:

*Art. 115.- **Obligación de resolver-** 2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales...*

De otro lado si revisamos la materia tributaria regulada por la Ley 05, que después fuera incorporada en la codificación del Código Tributario, tenemos que el plazo otorgado a la administración tributaria para resolver peticiones es el de ciento veinte días (120) días.

Así, el Código Tributario prescribe en el primer inciso del artículo, lo siguiente:

Art. 132.- Plazo para resolver.- Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa.

De la simple cotejo evidenciamos una diferencia entre el plazo que se otorga a la administración pública no tributaria de la tributaria. Esta diferencia, que resulta en beneficio de la administración, parecería ser suficiente para que se resuelvan las peticiones oportunamente. No obstante, según han demostrado los fallos que hemos analizado, la administración no cumple con el mandato legal de emitir resolución en el término fijado.

La diferenciación entre el término que se otorga a la administración tributaria de la no tributaria es sin duda resultado de privilegiar el interés del erario nacional, a fin de que no se vea perjudicada, en caso de no resolver dentro de término, cuestiones que por el objeto de discusión en materia tributaria, presentan una mayor complejidad.

De otro lado, hacemos presente la distinción que entonces existe en cuanto a los plazos que tiene el estado para resolver los asunto puestos en su conocimiento. Como fue dicho al inicio de este numeral, es aplicable el término de quince (15) días para que las entidades del Estado procedan conforme a lo indicado; en la medida en que la institución a la que representan no forme parte de la Función Ejecutiva. De lo contrario, a los órganos que forman parte de esta Función les es aplicable el término de sesenta (60) días¹⁷².

¹⁷² Para mayor abundamiento, el fallo de 29 de mayo de 2001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1491, se pronuncia en este sentido: “...Aparece claramente que se presentó una reclamación ante el Director del Servicio de Rentas Internas y consta que ésta no tuvo respuesta, por lo que es evidente que a partir del 14 de diciembre de 1998, en aplicación de lo que dispone el Art. 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se consideraba como aprobada la solicitud por haber transcurrido más de sesenta días plazo desde que se presentó la reclamación correspondiente. Sin embargo, el plazo establecido por la norma mencionada ha sido impugnado por la doctrina en atención a que mediante una norma estatutaria de evidente inferioridad ontológica, se pretende establecer un plazo especial para que opere el silencio administrativo que modificaría el general establecido por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que señala será de quince días, "... salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto", y, como dijimos antes, el artículo del Estatuto no es una norma legal. En apoyo de esta tesis aparece el hecho de que la ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana dispone en el Art. 13 que a continuación del Art. 28 de la ley de Modernización del Estado se agregue uno que dirá: "La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función

De otro lado, con la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) la administración seccional cuenta con un plazo que no puede exceder de treinta días para resolver cada uno de los respectivos procedimientos administrativos.¹⁷³

4.3 Casos de suspensión del término:

Si bien, en apariencia, el plazo establece el ERJAFE (60 días) sería la principal diferencia que se desprende de la regulación que brinda este reglamento, en comparación con la Ley de Modernización (15 días), debemos tomar en consideración que, dado el amplio campo que abarca el Estatuto – el cual es similar a la ley de procedimiento administrativa española- y por ello más completo, se establecen casos por los cuales el término para resolver la peticiones puede suspenderse.

En efecto,

“el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado contiene una disposición categórica que prohíbe la suspensión de cualquier procedimiento administrativo. En consecuencia, los

Ejecutiva, norma de convalidación que demuestra la juridicidad de la tesis según la cual, antes de esta norma, la disposición del Estatuto que reformaba el término de quince días para que opere el silencio administrativo no tenía valor jurídico. De allí que, cree la Sala que debe considerarse para los casos anteriores al 18 de agosto de 2000, fecha de expedición de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, el término de quince días para que opere el silencio administrativo y no otro.”

¹⁷³El COOTAD está publicado en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010, y al respecto indica que: “**Art. 387.-** Plazo para resolución.- El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días. La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento.”

hechos que obsten el trámite de un expediente o que retardaren la resolución deberán ser eliminados dado que estarían limitando el derecho constitucional de petición”¹⁷⁴

Por su parte, el ERJAFE, en el numeral quinto del mismo artículo 115 antes citado, dispone que:

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 dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

Nótese, en primer lugar, que desde ya que el estatuto describe de forma fehaciente que la administración pública no solo debe limitarse a resolver el petitorio ante ella incoado, sino que el mismo debe ser notificado oportunamente, dentro del término de los sesenta días.

De otro lado, como fue dicho, esta norma incluye como prerrogativa de la administración para suspender el término antes referido cuando se adviertan deficiencias en el petitorio que deban ser subsanadas, o cuando sea necesaria la aportación de documentos para que se forme correctamente la voluntad de la administración. En oposición a esto, se arguye que:

...constituye una quiebra del sistema aquella norma del ERJAFE que permite la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar las resoluciones administrativas (Art. 115.5). Esta norma cuyo contenido es aconsejado por una sana técnica procedimental,

¹⁷⁴ NEIRA, EDGAR. Op. cit. p. 139

*lamentablemente es contraria a la ley, pues contraviene la norma del Art. 28 de la LME que prohíbe la suspensión de los procedimientos administrativos y petitorios*¹⁷⁵

Asimismo, el plazo se suspenderá cuando sean imprescindibles informes o actos de simple administración con los cuales la administración deba contar para que su resolución goce de la debida motivación y no sea arbitraria, o cuando el mismo administrado hubiera solicitado la práctica de pruebas técnicas.

Consideramos que son lógicas las causales antes explicadas pues su fin no es soslayar la inoperatividad de la administración, sino brindar mayor elementos de juicio para que se forme la voluntad de la administración, y la misma no caiga en lo arbitrario, en caso de que no se hubiera contado con dichas aportaciones por parte del administrado.

Por su parte, en materia tributaria, recordemos la primera línea jurisprudencial, que adoptando un criterio irrestricto de la Ley 51 (R.O. 349 de 31 de diciembre de 1993) y Ley 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994) consagran de modo inequívoco y mandatorio que producido el silencio administrativo se considerarán aceptados tácitamente las reclamaciones y recursos propuestos por los administrados; sin que admitan condicionamiento alguno. Por ello, no se consideraba aplicables interpretaciones que tiendan a generar la suspensión del término.

Por otro lado, la posterior codificación del Código Tributario nos trae circunstancias en las que se autoriza se suspenda el plazo para que opere el SAP.

En efecto, la norma dispone el término de ciento veinte días (120) para resolver las peticiones; dejando a salvo tres casos precisos en los que por disposición legal se deben cumplir condiciones específicas adicionales para que pueda configurarse el silencio administrativo positivo:

*Art. 132.- **Plazo para resolver.**- Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos:*

¹⁷⁵ Ibíd. p. 140

- 1. Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que se decida prescindir de ellos;*
- 2. Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y,*
- 3. Las reclamaciones aduaneras, en las que la resolución se expedirá en 30 días hábiles por el Gerente Distrital de Aduana respectivo.*

Comencemos por indicar que de forma expresa la norma tributaria determina que en caso que la reclamación no fuere clara o no estuviere completa, el plazo de los 120 días que tiene la administración para resolver, comienza a decurrir a partir de que se subsanan las deficiencias referidas.

En cuanto al primer caso previsto podemos realizar las siguientes consideraciones, en vista de que se remite a esta norma:

*Art. 127.- **Falta de informes.**- La falta de los datos o informes requeridos, no interrumpirá el plazo que la autoridad administrativa tiene para resolver el reclamo, a menos que aquellos hubieren sido solicitados por el reclamante, o se trate del caso previsto en el inciso segundo del artículo anterior. Lo estatuido en este artículo, no excluye la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable por falta de información o de datos, o por su demora en conferirlos.*

Es claro el artículo al establecer que solamente cuando el reclamante ha solicitado la práctica de informes, se podrá interrumpir el plazo que la autoridad administrativa posee; caso contrario, no podría alegarse insuficiencia de datos para excusar el cumplimiento del deber de dictar resolución expresa.

De la misma manera, se dispone que si se han solicitado informes en el régimen aduanero, necesarios para que dicha administración dicte resolución que deban basarse en informes periciales, deberá concederse un término adicional, según lo preceptuado en el Art. 126 del Código Tributario.

En segundo lugar, en los siguientes artículos, el término corre desde que han vencido, a su vez, los términos ahí señalados:

Art. 129.- Plazo de prueba.- Se concederá plazo probatorio cuando lo solicite el reclamante o interesado o sea necesario para el esclarecimiento de los hechos materia del reclamo. Será fijado de acuerdo a la importancia o complejidad de esos hechos, pero en ningún caso excederá de treinta días.

Art. 130.- Audiencia.- La autoridad administrativa que conozca de un reclamo, hasta veinte días antes de vencerse el plazo que tiene para resolverlo, podrá, si a su juicio fuere necesario, señalar día y hora para la realización de una audiencia, en la que el interesado alegue en su defensa o se esclarezcan puntos materia de la reclamación.

Finalmente, como tercer punto, la norma se refiere al ámbito aduanero, en el que se deberá dictar resolución en el término de 30 días¹⁷⁶.

4.4 Valor de la resolución extemporánea negatoria posterior:

Como hemos visto, uno de los efectos principales del silencio administrativo, según la jurisprudencia y la doctrina, es que genera un acto administrativo presunto, que no puede ser afectado por una resolución negatoria extemporánea posterior; es decir, ***ni siquiera le afecta la contestación negativa*** del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio.

Si bien esa es la naturaleza propia al generarse un derecho autónomo por el silencio positivo, hemos encontrado una incongruencia legal que pone en tela de duda los avances alcanzados por la técnica del silencio positivo.

Recordemos que el efecto del silencio administrativo consiste en el origen de un acto administrativo autónomo. Como tal, un acto que ha nacido en el mundo jurídico, no puede ser modificado o revocado si es que goza de las características y privilegios de un acto administrativo regular. Proceder en forma contraria implica desconocer su naturaleza jurídica.

GUSTAVO PENAGOS considera que:

¹⁷⁶Revítese el análisis sobre el Código Orgánico de la Producción y el término de 60 días con el que ahora cuenta la Administración Aduanera para resolver peticiones.

...la razón estriba en que tal manifestación (presunta) constituye un verdadero acto administrativo, en el que la voluntad de la administración es sustituida por la de la ley. De ahí que goce de idénticas garantías de seguridad y permanencia -según reiterada jurisprudencia- que los actos expresaos, no pudiendo ser contradichos o desconocidos por la administración.¹⁷⁷

En caso que se busque dejarlo sin efecto, debe operar el mecanismo de la declaratoria de lesividad y la posterior acción de lesividad, determinada en la ley.

De otro lado, además del procedimiento reglado que se dispone para extinguir los actos administrativos que generen derechos a los particulares, y que no estén viciados de nulidad de pleno derecho, se debe tomar en cuenta que la administración debe actuar con competencia. Por ello:

...es de importancia recordar que luego de silencio positivo, no puede dictarse una resolución posterior expresa que revoque sin más los efectos del acto obtenidos por éste, pues dicha actuación constituiría una manifestación de voluntad contraria al procedimiento previsto y, por tanto, nula de pleno derecho, al contravenir el principio de la prohibición de venire contra factum proprium (Art. 96 ERJAFE). O si se prefiere, el acto expreso dictado lo ha efectuado el órgano sin competencia para hacerlo, pues la que tuvo se extinguió por el transcurso del tiempo impuesto por la ley (Art. 130.3 ERJAFE).¹⁷⁸

Si por disposición normativa, la competencia de una autoridad se halla vinculada, entre otros factores, en virtud del tiempo, llegaríamos a la conclusión que la resolución extemporánea que pudiera emitir se ha emitido adoleciendo vicios invaliables.

No obstante, como se anunció al principio, en materia tributaria, a diferencia de la materia administrativa, consta la siguiente norma del Código Tributario:

*Art. 134.- **Aceptación tácita.** - En todo caso, el silencio administrativo no excluirá el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque se hubiere deducido acción contenciosa por el silencio administrativo. En este evento, si la resolución expresa admite en su totalidad el reclamo, terminará la controversia; si lo hace en parte, servirá de elemento de juicio para la sentencia; y si la resolución fuere íntegramente negativa, no surtirá efecto alguno.*

¹⁷⁷PENAGOS, Gustavo. *El silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p. 52.

¹⁷⁸ZAVALA EGAS, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Op. cit. p. 622

Frente a esta situación que distorsionaría la teoría del silencio administrativo positivo, debemos decir que aquella norma correspondió al régimen del silencio negativo, que al no haber sido reformado, continúa provocando serias dudas del alcance que tiene dicha norma.

Aunque existen fallos jurisprudenciales que han determinado que dichas normas que contenían preceptos del silencio negativo han quedado derogadas, haciendo referencia al artículo que estamos cuestionando, en la práctica, la administración tributaria continua excusándose en la norma.

El sustento doctrinario que han tenido las Altas Salas de la Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, ha sido aportado, casi en su totalidad, por el tratadista EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quien ha señalado que:

... el silencio positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye. Así lo vienen entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, que la administración resuelva de forma expresa contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho¹⁷⁹

4.5 Por la necesidad de acompañar la certificación del vencimiento del plazo.

Comencemos por explicar que solamente la Ley de Modernización, en su artículo 28, hace referencia al certificado de vencimiento que revisaremos. En efecto, el tercer inciso de la norma invocada prescribe:

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.

¹⁷⁹GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986. p. 556

Respecto de este tema, podemos decir que la Sala de lo Contencioso Administrativo no ha mantenido un criterio uniforme. Como hemos revisado de la jurisprudencia especializada, en un inicio se consideró que la presentación de la certificación aludida era ineludible, por lo que no podía prosperar una acción en la que no se hubiera contado con ella.

Posteriormente, se llegó a determinar que dicha certificación podía ser suplida, a través de un procedimiento sui generis que la Sala aclaró, por el que el interesado, en caso de no haber recibido la certificación solicitada, debía iniciar una diligencia previa ante el Tribunal Contencioso Administrativo del domicilio del demandado, donde se requiriese a la autoridad el certificado, bajo el apercibimiento de que se entenderá concedida la certificación. Dichas diligencias pre procesales suplirían la certificación ante el Tribunal Distrital correspondiente, en el cual se iniciaría la acción principal de ejecución del silencio administrativo.

La necesidad de acompañar la certificación, o en su defecto las diligencias previas referidas en caso de no haber obtenido este primer documento, fueron luego descritas por la Sala como un mecanismo para darle viabilidad al procedimiento de ejecución de lo obtenido por el silencio administrativo, sin que este implique un instrumento constitutivo del derecho que, como se ha estudiado, se encuentra firme y es autónomo.

Acerca de de este último punto, inicialmente se consideró que en caso que no se acompañaren los instrumentos antes dichos, la naturaleza del proceso que debía accionarse no sería de ejecución, sino de conocimiento, donde el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la petición sería materia de la litis; donde, además, se debería otorgar un término de prueba en el que se justifique el decurrimiento del plazo, sin que haya sido resuelta la petición¹⁸⁰.

La anterior interpretación fue muy cuestionada porque contrariaba los mismos principios y características que la Sala había sentado mediante fallos jurisprudenciales previos. Por ello, la Sala modificó su criterio, de manera más acertada, en el sentido de que el efecto del

¹⁸⁰ Revisar fallo de 25 de septiembre de 2002, dentro del juicio de Gloria Lucero en contra del Consejo Provincial del Azuay, publicado en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. p. 4047

silencio administrativo positivo; es decir el del derecho originado, no es materia de justificación en el término de prueba¹⁸¹. Al contrario, durante el término que se otorgaría, el interesado solamente debería probar el decurrimiento del plazo sin resolución de la autoridad; sin que se discuta el derecho adquirido; el cual por ley ya se halla justificado.

Esta variación del criterio anterior implicó, a criterio de PATRICIO CORDERO ORDOÑEZ, que “... en lo relativo a la prueba del derecho originado en el silencio, compartimos la conclusión, de la cual se infiere, sin duda alguna, que consecuentemente la acción para el efecto es de ejecución”.¹⁸² Por ello, a su entender, la naturaleza del procedimiento de ejecución del SAP no se torna en uno de conocimiento, por no haber acompañado la instrumentación tantas veces mencionada. Solo se verifica que el término haya operado para nazca el derecho del SAP.

A pesar de haberse sustentado de forma motivada cómo debería el interesado proceder en caso de no contar con la certificación o las diligencias judiciales pre procesales, la tendencia actual se ha alejado del criterio antes mantenido y ha determinado que aquellos constituyen requisitos formales de la ejecución del SAP; cuya falta determina que no puedan proseguir las causas, y que el interesado deba accionar un juicio de conocimiento, en la medida en la que no haya caducado el derecho de accionar del interesado.

En este punto, nos sumamos al criterio de ZAVALA EGAS, quien sostiene que “*Esta certificación que es potestativo del interesado solicitarla o no es un medio de prueba de que se produjo el acto presunto, sin perjuicio de acreditarlo o probarlo con cualquier otro medio lícito reconocido por el Derecho.*”¹⁸³

Como se ha visto, en materia administrativa no ha sido uniforme la línea mantenida. En cambio, en materia tributaria, sea por la falta de norma expresa que disponga la necesidad

¹⁸¹ Revisar sentencia de 28 de octubre de 2003, dentro del juicio de Juan Solano Bernal contra el Municipio de Cuenca, publicada en la Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. p. 4796

¹⁸² CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. Op. cit. p. 193

¹⁸³ ZABALA EGAS, Jorge, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Guayaquil, Edino, 2005. p.274

de acompañar la mentada certificación, ora porque los tribunales de lo fiscal no han exigido a los interesados en ejecutar el derecho obtenido por el SAP acreditar la certificación, la jurisprudencia tributaria no ha presentado los inconvenientes que observamos en la otra materia.

A pesar de que este tema no ha presentado mayores inconvenientes en materia tributaria, la administración tributaria suele tratar de eludir su responsabilidad por la ocurrencia del SAP.

La postura que hemos observado por parte de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema y hoy Corte Nacional de Justicia, es que no se debe requerir al interesado la certificación a la que hace referencia el art. 28 de la Ley de Modernización. Como lo mencionamos, el Código Tributario es la norma sustantiva y adjetiva que recoge el procedimiento contencioso tributario. En aquel cuerpo legal no se halla norma expresa alguna que obligue al interesado a instrumentar su acción a través de una certificación emitida por la autoridad omisa.

Si bien existe una previsión legal que contempla que la Ley de Modernización, al momento de su expedición, reformó el Código Tributario en todo aquello que lo contraviniese¹⁸⁴, debe tomarse en cuenta que dicho cuerpo tributario no establece un efecto distinto del silencio administrativo positivo; por lo que mal se podría tratar de imponer la obligación de obtener la certificación para acreditar la ocurrencia de la falta de resolución, a título de contradicción – la cual no existe como se ha comprobado-. Siéntese además el hecho por el cual, al Código Tributario, por su carácter de ley orgánica, en la actualidad, no se le puede establecer el requisito descrito en la Ley de Modernización, cuya naturaleza corresponde a una norma ordinaria especial.

Es aun más evidente, y resulta contrario a derecho que la administración intente beneficiarse de su negligencia y así evitar se cumpla la pretensión del administrado, y en ese sentido, soslayar su falta de diligencia argumentando que para que le sea oponible el

¹⁸⁴ El Art. 66 de la Ley de Modernización dispone: “*DEROGATORIAS Y REFORMAS.- La presente Ley tiene el carácter de especial y por tanto prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere. Las disposiciones del Código Tributario y de otras leyes se entenderán modificadas en cuanto se opusieren a la presente.*”

derecho que ha surgido el efecto del silencio positivo, tenga que adjuntar la certificación administrativa¹⁸⁵.

En apoyo de lo sostenido, el siguiente fallo de la sala de lo Fiscal aclara la incondicionalidad del silencio positivo, en los siguientes términos:

[...]“*El silencio administrativo, conforme lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, y al contrario de lo que la Procuradora Fiscal manifiesta en su recurso, es de orden público, su reconocimiento es mandatorio, y no admite condicionamiento alguno. No cabe que el juzgador entre a analizar si la petición formulada es justa si no está prohibida por ley pues la aceptación tácita es una garantía de los administrados frente a la falta de oportuna contestación de los pedidos formulados. Sostener que el silencio se encuentra limitado de cualquier manera sería negar el derecho de petición que asiste a todos los ecuatorianos de conformidad con la Constitución Política y la ley.*”¹⁸⁶

Si en materia tributaria la institución del silencio positivo es de orden público y, por tanto, el juzgador, de oficio, una vez que ha advertido su ocurrencia, debe declararlo en sentencia, mal puede la administración tributaria establecer que es obligación del contribuyente aportar la certificación para que se determine en su favor el silencio; que, como se dijo no admite condicionamiento alguno que no ha sido previsto en la ley.

La certificación, como ya se dijo, no es constitutiva de derechos. De esta forma se pronuncia el siguiente ponente, cuando manifiesta que

*...la certificación solo da fe del vencimiento del término; es decir deja constancia de la fecha en que se presentó la petición y cuando fenecieron los quince días, pues la norma no obliga a que la administración certifique si ha emitido o no resolución relativa a la materia de la solicitud. Siendo así el caso, el administrado que no obtenga dicha certificación no puede ejercer su derecho. Quedando en imposibilidad de lograr que la administración lo ejecute.*¹⁸⁷

¹⁸⁵ La Resolución 358/02 del 25 de septiembre del 2002 de la Sala de lo Fiscal de la Corte Nacional dice al respecto que: *...ello significa que a pesar de que no se ha hecho constar tal certificación y por tanto no se encontraba convalidada la aceptación tácita por silencio del COMEXI, pero tal pronunciamiento debía hacerse en resolución de la CAE dentro del plazo fijado en el Art. 77 de la LOA ya transcrito anteriormente, si no lo hizo quedó excluido de dictar resolución. Siendo claro la negligencia en que han incurrido los funcionarios de la CAE al dejar caducar su derecho, es recomendable hacer valer el derecho de repetición...*”

¹⁸⁶ Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, 17 de Enero del 2008.

¹⁸⁷ SECAIRA DURANGO, Patricio A, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria. Quito 2004. p. 225

Por todas las consideraciones vertidas, consideramos que la certificación que debe emitir la autoridad omisa no es aplicable en materia tributaria, pues, por su naturaleza, se convierte en un instrumento público que condiciona la efectividad del derecho que por mandato legal ha operado a favor del interesado; es decir, lo condiciona.

En adición a lo antes dicho, la Sala, al realizar el correspondiente control de legalidad, debe necesariamente verificar si la autoridad que incumplió con el mandato legal de resolver dentro de término, puede extralimitarse en su actuación, resolviendo asuntos para los cuales no gozaba de competencia administrativa en razón del tiempo, tornado sus actos en nulos de pleno derecho y por ello, susceptibles de ser declarados de oficio.

Si, de hecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha considerado que no aportar tal instrumento al proceso constituye un incumplimiento a los requisitos formales para que se efectivice el SAP; considero que se estaría vulnerando el principio constitucional por el cual se prescribe que no se podrá sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, como ha sido mencionado tantas veces; así como del principio por el cual el procedimiento judicial es un sistema medio de justicia.

Resulta de suma importancia dejar constancia que la Sala, en materia administrativa, cuando ha constatado la falta de la certificación extendida por el funcionario de la administración, debería una vez iniciado el proceso en sede judicial, disponer la apertura de un término de prueba, en el cual el administrado puede probar, con cualquier medio, el transcurso del tiempo entre el que se presentó la petición y la falta de contestación del mismo.

4.6 Por la naturaleza procesal de la acción del SAP

Como hemos extraído de los fallos jurisprudenciales transcritos, en el ámbito contencioso administrativo la Sala se ha manifestado en el sentido de que procede interponer una acción de ejecución para efectivizar los derechos adquiridos por el silencio administrativo positivo; siempre y cuando el administrado hubiera aportado al proceso la certificación emitida por la autoridad omisa (que acredita que ha transcurrido el tiempo con el que la administración contaba para resolver la petición) o, en su defecto, las diligencias pre

procesales de solicitud, a través del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, que requirieran la certificación al funcionario remiso.

De acuerdo a los fallos, en caso que no se hubiera acompañado el instrumento público antes descrito, de acuerdo a una interpretación con la cual no comparto, la naturaleza del procedimiento de ejecución se modifica por uno de conocimiento, en el que cabe la apertura del término de prueba para demostrar que transcurrió el término que la autoridad tenía para contestar la reclamación.

La acción judicial prevista en la legislación administrativa (LJCA) contempla dos tipos de recursos para impugnar los actos de la administración. Se trata del subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o por exceso de poder. Recordemos que la jurisprudencia ha determinado que la acción autónoma que se produce por efecto del SAP corresponde a una acción de ejecución, y no de conocimiento. Para ello, como hemos estudiado, la Alta Corte ha determinado el procedimiento que debe tramitarse en sede judicial para obtener aquella ejecución; que constituye un procedimiento sui generis, que no se halla previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De otro lado, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que a través de los medios procesales que actualmente existen, no es compatible ninguno de estos recursos para activar una acción de ejecución de lo obtenido por el SAP. La crítica se la manifiesta en el sentido de que las acciones previstas por dicha ley se dirigen a impugnar actos de la administración. Al contrario, a través de la acción de ejecución que ha delineado la jurisprudencia, se busca ejecutar el derecho que ha nacido por el SAP, y no impugnar uno, que como se ha dicho, no existe jurídicamente, por cuanto la administración falló en resolver la petición que planteó en un inicio aquel administrado.

Como crítica a que no se disponga la apertura de un término de prueba en el proceso de ejecución del lo obtenido por el SAP, tómesese en cuenta que *“...en la acción de ejecución es importante que se abra la causa a prueba por el término de diez días, de acuerdo al inciso primero del Art. 38 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, porque existen hechos que deben justificarse, y no se discute el problema respecto a normas o disposiciones de derecho como lo*

expresa el segundo inciso de dicha disposición legal... ya que no estaríamos en este caso particular de la acción de ejecución”¹⁸⁸.

Como sustento de esta postura se arguye que:

*...para consolidar el criterio legal de la necesidad de que se abra la causa a prueba, podemos destacar como ejemplo, la acción de ejecución por efecto del silencio administrativo, respecto al pago de indemnizaciones conforme al Art. 20 de la Constitución Política, ... sin discutir el derecho a la indemnización, el administrado, particular o interesado, debe probar en la acción de ejecución los perjuicios ocasionados y la cuantificación del valor de la indemnización, porque en la solicitud a la administración pública se puede exigir se le pague una indemnización de un millón de dólares que no es la real al perjuicio ocasionado, en tal virtud el tribunal no puede mandar a pagar...*¹⁸⁹

Por su parte, los fallos de la Sala Especializada realizan un análisis respecto de la compatibilidad de aquellos medios procesales previstos en nuestra legislación, con la acción de ejecución delineada por la jurisprudencia temprana, y, al respecto consideran que en caso que el acto administrativo presunto sea meramente declarativo, y no se requiera actuación material alguna a cargo de la administración, el administrado proponga una acción impugnatoria frente a cualquier actuación de esta que desconozca el contenido del acto administrativo presunto, correspondiéndole la acción de plena jurisdicción. Por ello, bajo el entender de la Sala, no resulta incompatible el recurso de plena jurisdicción con el de la institución del silencio administrativo, pues *“un acto administrativo presunto puede ser la razón o fundamento de una impugnación efectuada por medio de la acción subjetiva o de plena jurisdicción frente a actuaciones posteriores de la Administración”*¹⁹⁰

Si bien lo que ha dicho la sala tiene un sustento lógico, en el sentido de que es dable una acción de impugnación frente a actos o hechos administrativos que desconozcan el derecho que surgió a favor del administrado, no es menos cierto que ambos son actos distintos y por ello no debe confundirse la naturaleza procesal de las acciones que corresponderían plantearse en uno y otro caso: por un lado, frente al acto administrativo presunto que se ha

¹⁸⁸Diss. BARONA ROSALES, Aníbal. *El silencio administrativo*. Universidad Andina Simón Bolívar- Área de Derecho. 2004. D-007165, p. 24

¹⁸⁹ Id.

¹⁹⁰ Expediente 198, Registro Oficial 341, 20 de Mayo del 2008.

generado por efecto del SAP, y, por otro lado, frente al acto o hecho administrativo que merma el acto administrativo presunto original.

En tal sentido, para ejecutar este primer acto (acto presunto) la acción de ejecución va a ser la vía idónea, pues tiene a que se efectivice el derecho generado para el administrado; no siendo dable un recurso subjetivo u objetivo, por cuanto la naturaleza de estos segundos (impugnatoria de actos) simplemente es disímil y no se alinea con la ejecución de los mismos. Por su parte, frente al segundo acto administrativo (acto que niega al acto presunto) no se discute su compatibilidad con la de los recursos impugnatorios previstos en la LJCA, dado que su objetivo es, precisamente, impugnarlos.

Respecto del SAP en materia tributaria, la Sala se ha pronunciado en el sentido de que, igualmente a lo señalado en materia administrativa, procede se interponga una acción de ejecución y no una de conocimiento.

Si bien el Código Tributario hace distinciones entre acciones directas y de impugnación, todavía se halla consignada la del silencio positivo como una de impugnación. Debemos atribuir esto a un rezago del anterior sistema del silencio administrativo con efectos denegatorios, dado que una vez que transcurría el término para que operara el silencio negativo, se entendía que la pretensión había sido desestimada, lo que habilitaba que el contribuyente acuda a sede judicial para impugnar aquel acto administrativo presunto negatorio.

En materia tributaria las acciones de impugnación son por su naturaleza de conocimiento por cuanto discuten el derecho. Por ello tampoco resulta adecuada la regulación normativa que existe en esta materia dado que debería existir una acción de ejecución prevista de forma expresa para ejecutar lo obtenido por el SAP.

4.7 Por el objeto de las peticiones interpuestas a la Administración

Conforme hemos observado de los distintos fallos jurisprudenciales, se han llegado a determinar diferenciaciones en cuanto a la naturaleza de los petitorios (término general) para considerar la procedencia del SAP.

Por lo menos en materia tributaria, la Sala ha sido prolija en este aspecto. Al efecto, han determinado que no opera el silencio administrativo positivo frente a peticiones simples, consultas formales y recursos de revisión. Al contrario, sí procede el SAP en reclamos administrativos, reclamos por pago indebido.

Hay que recordar que como hemos visto, no cabe calificar de simple petición a un pedido que la propia administración ha reconocido como reclamo.

En cuanto a las peticiones simples, la misma ley dispuso la exclusión de estas del efecto del silencio administrativo positivo. La jurisprudencia, por su parte delineó que no constituyen peticiones aquellas que no guarden conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 119 del Código Tributario, que establece el contenido del reclamo administrativo.

De otro lado, determinó que el recurso de revisión no es propiamente un reclamo o un derecho del contribuyente, sino, una facultad de contraloría de la administración para revisar sus propios actos, cuando estos se encuentran firmes. En ese sentido, la jurisprudencia consideró que es totalmente irrelevante que este recurso extraordinario pueda ser insinuado por el interesado o por la misma administración, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza de excepción y de prerrogativa exclusiva de la administración.

Asimismo, no procede frente a las consultas interpuestas por el administrado, por cuanto estas no constituyen medios impugnatorios. La naturaleza de la consulta tributaria es determinar el tratamiento que la administración otorgará a ciertas circunstancias descritas por el contribuyente.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo no ha hecho diferenciaciones entre los tipos de peticiones frente a los cuales aplica el SAP. En concordancia con lo antes dicho, han aplicado un criterio bastante legalista y, en nuestro criterio, acertado, al considerar que “...*Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días...*”¹⁹¹

¹⁹¹ Art. 28 Ley de Modernización

En cuanto a la procedencia del recurso de revisión en materia administrativa no se ha presentado inconveniente alguno en cuanto a la inteligencia de la Ley de Modernización a efectos de determinar si procede el silencio positivo. La razón es que el propio ERJAFE dispone de manera expresa que la administración posee un término para resolver el recurso, bajo la sanción de que en caso de no hacerlo se considerará producido del silencio.

En el ERJAFE, en la sección “De los reclamos y recursos administrativos”, en relación al Recurso extraordinario de revisión, dispone:

*Art. 167.- **Revisión de disposiciones y actos nulos.**-...5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma estimada por silencio administrativo.*

La norma estatutaria invocada no deja lugar a discusión sobre la procedencia de este recurso extraordinario. Si bien en la materia tributaria se realizan importantes consideraciones sobre la improcedencia de la institución del silencio positivo frente a este tipo de recurso, como hemos visto, en el ámbito administrativo, reglado bajo el ERJAFE, estamos a lo que disponga la norma referida; y aún más, consideramos aplicable el criterio de EDGAR NEIRA, quien sostiene que “*la norma de la LME prevé un plazo de 15 días para resolver reclamaciones o solicitudes. Del tenor literal del artículo se constata que dicha norma no se refiere a los recursos. Sin embargo, respecto de los recursos administrativos considerados como una especie del género “petición” sería un contrasentido sostener que no sean beneficiarios del silencio positivo*”.¹⁹²

En cuanto a las peticiones que se formulen en materia de contratación pública (materia administrativa), los fallos jurisprudenciales han determinado que no opera el efecto del silencio positivo, por ser la naturaleza contractual ajena a la voluntad unilateral de una de las partes.

Respecto de las peticiones de pago indebido (materia tributaria), si bien conforme lo hemos analizado, no existe una línea perfecta, por principio, o regla general se ha determinado por

¹⁹² NEIRA, Edgar. Op. cit. pp. 127 y 128

parte de la jurisprudencia que toda solicitud de pago indebido debe demostrar que se haya efectuado el pago y que el mismo haya sido indebido; a fin de que se considere procedente el SAP.

4.8 Por la procedencia del recurso de casación.

Como hemos visto de los fallos estudiados, la última línea jurisprudencial que han mantenido las Altas Salas de justicia ordinaria, han manifestado que la acción del SAP no da lugar a una acción de conocimiento, sino a una de ejecución.

Estos fallos, de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, respectivamente, nos aclaran el punto de la siguiente manera:

[...] *“En consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución, y consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación...”*¹⁹³

Y,

[...] *“la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, el cual 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...”*¹⁹⁴

En ese sentido, siendo la acción de ejecución el medio procesal que se interpone ante la justicia ordinaria para ejecutar el efecto del silencio administrativo, no cabe la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual procede por, disposición legal, sólo para sentencias dictadas en procesos de conocimiento, al tenor de lo dispuesto en la Ley de Casación, la cual prescribe:

*“Art. 2.- **PROCEDENCIA.**- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”*¹⁹⁵

¹⁹³ Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 4159

¹⁹⁴ Expediente 73, Registro Oficial 330, de viernes 7 de mayo de 2004

¹⁹⁵ Registro Oficial Suplemento 299, de 24 de marzo de 2004

Ahora, debemos realizar una precisión que sí ha sido abordada de manera expresa por la jurisprudencia en la materia administrativa, a diferencia de la de la materia tributaria. Como vimos de los fallos administrativos transcritos en este apartado, no procede interponer el recurso de casación por tratarse de un proceso de ejecución.

Por su parte, la jurisprudencia tributaria no ha determinado de manera explícita este punto, y, al contrario, sí ha aceptado la interposición de recursos de casación frente a sentencias dictadas por el Tribunal Fiscal que han declarado la ocurrencia del SAP. Enfatizamos que el tratamiento que debería otorgarse para este tipo de acción de ejecución de lo obtenido por el SAP en materia tributaria que, como su misma Sala lo ha terminado, corresponde a una de ejecución y no de conocimiento, por lo que la sentencia que se dictara en tal caso, al tenor de lo prescrito en la Ley de casación, no sería susceptible de dicho recurso extraordinario.

4.9 Por la caducidad del derecho de accionar lo obtenido por el SAP

Debemos hacer notar la diferencia trascendental que existe en este punto respecto de la regulación dada en materia administrativa y en materia tributaria.

De conformidad con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la jurisprudencia especializada, el plazo de caducidad del derecho de accionar la ejecución del derecho obtenido por el acto administrativo presunto generado por efecto del silencio positivo, es de cinco años.

Por su parte, el Código Tributario no determina, a diferencia de la ley en materia administrativa, un plazo para que caduque el derecho de accionar, que tome en consideración los actos administrativos presuntos. Al contrario, asigna el término de veinte días para impugnar, como cualquier otro acto tributario de la administración, el derecho autónomo que produjo el SAP.

Si bien sobre este punto, como fue dicho, la normativa tributaria mantiene dentro de las acciones de impugnación a la del silencio positivo, volvamos a recordar que esta no corresponde propiamente a la naturaleza de la acción de ejecución que ha delineado la jurisprudencia nacional y la doctrina comparada.

En esta materia, los precedentes jurisprudenciales obligatorios han determinado que la acción que corresponde para efectivizar lo obtenido por el SAP es una acción de ejecución, por lo que se debe aplicar lo preceptuado en el código de procedimiento civil, norma supletoria del código tributario, sobre la prescripción de las acciones; toda vez que no está reglado el término para ejecutar el SAP. No debemos confundir el plazo que la ley otorga para interponer acciones de impugnación, entre lo que se ha colocado al silencio administrativo, puesto que se trata de un vestigio del anterior régimen del silencio administrativo negativo, con el que se entendía negada la petición y, así, se procedía a impugnar aquella negativa de la administración para ante el tribunal.

Por analogía, es aplicable el plazo de prescripción de las acciones ejecutivas previsto en el Código Civil, como lo explica PATRICIO CORDERO ORDOÑEZ, así:

*...Lo procedente, lo legítimo, ante este vacío legal, es aplicar las normas contempladas en el Código Civil para la prescripción de las acciones, es decir, concretamente, los mandamientos contenidos en los artículos 2414 y 2415 de dicho código. Su aplicación, entre otras, determina que el tiempo para que opera la prescripción se cuenta desde que la obligación se hace exigible; en el caso analizado, desde el día en el que concluyó el tiempo que la autoridad tenía para contestar la petición. Al ser una acción de ejecución y no de conocimiento, de acuerdo a lo insistentemente expuesto, el tiempo para la prescripción es el de cinco años...*¹⁹⁶

Al tenor de lo antes dicho, el plazo para que caduque el derecho de accionar lo obtenido por el SAP debería ser de cinco años, y no de veinte días; más aún si estamos de acuerdo con la naturaleza procesal de la acción de ejecución que ha señalado la misma jurisprudencia.

Nos resta, finalmente, realizar algunas precisiones respecto al tratamiento dado por la jurisprudencia administrativa a la caducidad de este derecho.

Como se vio en el acápite correspondiente, el término de caducidad para el régimen del SAP según lo ha aclarado por la Alta Sala especializada, está dado por la clase de recurso que se enderece. Se debe, entonces, tomar en cuenta que la caducidad del derecho a demandar estaría determinado por la naturaleza del procedimiento que se deduzca, que es impugnatorio o de ejecución, según el caso, por lo que la fecha de inicio para el cómputo de

¹⁹⁶CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. op.cit. p. 160

los términos sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca.

Lo antes dicho, bajo el entender de la Sala, tiene su razón de ser por cuanto, para aplicar las reglas de caducidad del derecho a demandar, debe diferenciarse si se trata de un acto administrativo expreso o un acto administrativo presunto, toda vez que la pretensión puede estar dirigida a: (i) impugnar un acto por considerarlo lesivo de un derecho subjetivo, o, por otro lado, acudir a los administración de justicia para (ii) ejecutar el acto administrativo presunto pretendiendo la declaración de un hecho o un derecho, u obtención de una prestación de dar, hacer o no hacer bajo responsabilidad de la administración.

En ese sentido, se mantiene el término de 90 días para el caso de que se deduzca un recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado; la de tres años para las materias que le corresponde interpone un recurso objetivo o por exceso de poder; y, de cinco años los que tiene el interesado para hacer valer los derechos nacidos de actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.

4.10 Por los efectos del silencio administrativo positivo.

El primer punto que sirvió de comparación del SAP entre la materia tributaria y administrativa fue el efecto general positivo que se otorga a la solicitud del administrado y/o contribuyente. Ahora analizaremos las distinciones que existen, a la luz de la jurisprudencia, respecto de los efectos que genera aquel silencio positivo de la administración.

Comencemos por indicar que tanto en materia administrativa como en materia tributaria se ha determinado que como resultado del SAP se produce un acto administrativo presunto, que constituye la aceptación de lo solicitado.

En materia administrativa se ha aportado una carga argumental de mayor soporte, y siguiendo la teoría del acto administrativo la jurisprudencia ha determinado que siendo un

acto administrativo el generado por efecto del silencio positivo, el mismo está revestido de los privilegios de legitimidad y de ejecutoriedad.

En tanto, si bien la jurisprudencia especializada tributaria no se pronunciado con la misma recurrencia obre estas presunciones, debemos acudir al Código Tributario, el cual prescribe que:

Art. 82.- Presunción del acto administrativo.- Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.

Bajo el enunciado transcrito, si los fallos de la materia han determinado que producto del SAP se produce un acto administrativo, debemos estar acorde a las consecuencias jurídicas que aquello implica. En un primer lugar, se debe necesariamente llegar a la conclusión del silogismo jurídico de que aquellos actos administrativos también gozan de las presunciones indicadas.

Conociendo la naturaleza del acto que se genera por efecto del SAP concluimos, entonces, que tanto en materia administrativa como en materia tributaria el acto administrativo goza de las mismas presunciones.

De otro lado, debemos hacer mención de las mismas características que las Salas de la Alta Corte han atribuido al efecto del SAP, cuando han calificado, como ya ha sido explicado en este trabajo, que el derecho que se genera es un *derecho autónomo*, que nada tiene que ver con sus antecedentes; que da lugar a una presunción de derecho, por cuanto no admite prueba en contrario; y, que da origen a un accionar procesal autónomo.

A manera de crítica, también encontramos que, respecto de aceptación generalizada de todo tipo de petición que se hace por mandato de la Ley de Modernización, se tiene que “...*si el silencio administrativo es, generalizadamente, de efectos positivos, junto a las pretensiones justas pueden admitirse las más absurdas e injurídicas, aquellas que atenten contra el interés general, o las que pueden menoscabar los derechos de los demás; no hay en el Art. 28 de la ley de*

Modernización del Estado o en la Ley 05, discrimen o regulación alguna; ni tampoco reflexión sobre las diversas circunstancias que pueden presentarse en la vida real”¹⁹⁷

No consideramos aplicable el comentario vertido por el autor respecto a la Ley 05, por cuanto mediante leyes posteriores se fue restringiendo el ámbito de aplicación del SAP, excluyendo las peticiones y recursos en materia tributaria.

4.11 Por el reconocimiento de oficio del SAP

La Sala de lo Fiscal ha dejado claramente sentado el criterio de que la institución del SAP corresponde a una institución de derecho público, por lo que su reconocimiento en un proceso judicial puede ser aún de oficio. La mandatoriedad del efecto previsto en la ley respecto de la aceptación tácita de lo solicitado y, así la exclusión de la facultad de la administración de resolver temas para los cuales se halla desprovista de competencia en razón del tiempo.

De otro lado, los fallos observados en materia administrativa no han declarado de oficio la operancia del silencio administrativo positivo.

El criterio que observamos que en esta materia ha seguido la jurisprudencia, más bien de orden formalista, es que exige acreditar que se haya acompañado la certificación del funcionario sobre el decurrimiento del plazo para que la acción prospere; de forma que, si no se ha acompañado aquel instrumento público, o las diligencias pre procesales, la Sala, ya por la falta de aquellos o los otros instrumentos públicos, no consideraría procedente la acción.

Peor aún, si el administrado no hubiera alegado en su favor el silencio administrativo mucho menos acompañaría aquellos instrumentos públicos, por lo que la Sala, de la revisión de los fallos, no subsanaría dicha situación ni declararía el SAP de oficio.

¹⁹⁷Diss. BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. Op.cit. pp. 33 y 34

A esta postura no la consideramos ajustada a una interpretación que privilegie el derecho constitucional de petición; así como tampoco el principio de seguridad jurídica; pues, *“comprobada por los medios establecidos en la ley la tipificación del silencio positivo, la jurisdicción debe declararlo oficiosamente, aunque no haya habido petición de parte, salvo que la ley así lo exija.”*¹⁹⁸

4.12 Por el deber del juez de realizar el control de legalidad o automatismo del SAP

Comencemos por decir que en materia tributaria, los fallos jurisprudenciales correspondientes a un primer periodo, adoptaron el criterio por el que no cabe realizar control de legalidad del derecho que se hubiera obtenido por el silencio administrativo. Así, la Sala juzgadora estimaba que no le correspondía determinar si la reclamación planteada a la administración, la cual no había sido resuelta dentro del término legal, estaba o no conforme a derecho.

De esta manera se pensó que *“...ante el silencio positivo no cabe efectuar control de legalidad en los términos del Art. 288 del Código Tributario.”*¹⁹⁹, pues se pretendía que la administración responda por su actuar inoficioso.

Respecto de la operancia del SAP en las reclamaciones de pago indebido se trató de sentar un criterio de que el juzgador debía comprobar que en efecto se hubiera realizado un pago y que el mismo fuera indebido; comportando de esa manera al juzgador un lineamiento por el que debía aplicar el control de legalidad.

En lo posterior, en cambio, se sentó el criterio de que el acto presunto que se generara a favor del sujeto pasivo también debería estar revestido de las mismas presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Por ello, se instala la obligación al juzgador de revisar si lo obtenido por el SAP estaría o no viciado de nulidad insanable.

¹⁹⁸PENAGOS, Gustavo. Op.cit. 51

¹⁹⁹Expediente 129, publicado en el Registro Oficial 600, miércoles 19 de junio de 2002

En esa misma línea, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA resalta que sin que se supere la incertidumbre para el supuesto beneficiario del SAP:

...podría decirse que el principio de automatismo subsiste en el silencio positivo siempre y cuando que lo que se pida sea conforme con la legalidad. En tal caso, significará que, formulada correctamente una petición no contraria a la legalidad, y agotado en su caso el procedimiento previsto (especialmente el plazo), se entenderá (de manera automática) otorgado lo solicitado.²⁰⁰

Revisando los fallos jurisprudenciales en materia administrativa resaltamos que se le atribuyó al Tribunal realizar el respectivo control de legalidad en el que se examine que la petición se la hubiere dirigido ante autoridad competente; así como el acto producto del SAP no estuviere viciado de nulidad absoluta. Dicho control de legalidad de a los actos administrativos presuntos importa la revisión de la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico; no las de orden factico, las cuales debieron ser corroboradas de forma oportuna por la administración.

No obstante, en un inicio, la Sala de los Administrativo mantuvo una posición más a fin al automatismo del silencio positivo, disponiendo que no procede discutir el derecho materia de aprobación por el silencio positivo, ya que corresponde al juzgador ejecutar el mismo a través de un proceso de ejecución; sin que el juzgador entre a calificar la licitud del acto presunto que generó el derecho en favor de administrado, debiendo ejecutarlo aún cuando adolezca al petición de ilegalidad.

Como lo dice VINCENC AGUADO I CUDOLA:

En los primeros tiempos de funcionamiento del silencio administrativo, éste operaba de forma automática una vez transcurridos los oportunos plazos y dándose los requisitos formales exigidos, circunstancia que posibilitaba la adquisición de facultades contrarias al ordenamiento jurídico... Ahora bien esta corriente jurisprudencial comportó una grave situación de incerteza al particular, ya que si se quería actuar de conformidad con lo que se podría obtener por silencio administrativo, previamente había de decidir si su solicitud

²⁰⁰GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990. p.175. En. PENAGOS, Gustavo. *El Silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997. p. 52.

se ajustaba al ordenamiento jurídico sin posibilidades de recurrir a las vías procesales oportunas que le reconocieran la nueva situación creada... ²⁰¹

Finalmente, la Sala no solo establece que una petición no podría contener pretensiones viciadas por nulidad absoluta, sino de ilegalidad –lo que ampliaría aún más el límite del SAP, extendiendo a las causales de nulidad relativa- por lo que ratifica que deba realizarse el control de legalidad respectivo de los actos administrativos presuntos.

4.13 Por la mandatoriedad e incondicionalidad del SAP

En materia tributaria la Sala Especializada, inicialmente, fue acuciosa al determinar que el grado mandatorio de la ley le obligaba a dar aplicación irrestricta para todo tipo de petición y sin que se admitan excepciones al momento de reconocer la operancia del efecto positivo del silencio frente a las reclamaciones; dejando, por supuesto, a salvo las posibles responsabilidades para el funcionario que permitió opere el silencio administrativo.

El sentido de los fallos jurisprudenciales tempranos fue en el sentido de que Las leyes 51 y 05 consagraban de modo inequívoco y mandatorio que producido el silencio administrativo se considerarían aceptados tácitamente las reclamaciones y recursos propuestos por los administrados; y, dado que dichas normas no admitía condicionamiento alguno, debía tenerse como aceptadas tácitamente.

La mandatoriedad e incondicionalidad de la que se ha venido hablando corresponde al efecto irrestricto de la aplicación del silencio administrativo de efecto positivo a las peticiones. Si bien esta postura fue progresivamente modificada para que lo aprobado por el SAP no estuviera viciado de nulidad de pleno derecho, basta retomar un fallo, no de la época temprana, en la cual, como explicamos, se promulgó como principio la mandatoriedad e incondicionalidad del SAP. Se trata de una Resolución de 30 de mayo del 2007, en la que se dice:

[...] *“El silencio administrativo, conforme lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, y al contrario de lo que la Procuradora Fiscal manifiesta en su recurso, es de orden público, su reconocimiento es mandatorio, y no admite condicionamiento alguno. No cabe que el*

²⁰¹ AGUADO I CUDOLA, Vincenc. Op.cit. pp. 104-105.

juzgador entre a analizar si la petición formulada es justa si no está prohibida por ley pues la aceptación tácita es una garantía de los administrados frente a la falta de oportuna contestación de los pedidos formulados. Sostener que el silencio se encuentra limitado de cualquier manera sería negar el derecho de petición que asiste a todos los ecuatorianos de conformidad con la Constitución Política y la ley.”²⁰²

Visto el fallo transcrito se genera cierta incertidumbre del criterio que otorga la Sala para determinar cuando la ilicitud de una petición riñe con la operancia del SAP.

Ahora bien, en materia administrativa no ha existido expresa referencia a la mandatoriedad e incondicionalidad de la ocurrencia del SAP, a diferencia de la manera que en materia tributaria ha abordado la Alta Sala de esa materia.

En relación al último fallo que citamos en este acápite, podemos observar que la Sala de lo Contencioso Administrativo también ha dispuesto en uno de sus fallos que no procede discutir el derecho materia de aprobación por el silencio positivo, ya que corresponde al juzgador ejecutar el mismo a través de un proceso de ejecución; añadiendo que no es necesaria, por parte del juzgador, la calificación de la licitud del acto presunto que generó el derecho en favor de administrado.

En concordancia con lo anterior, la tendencia que ha mantenido esta Sala se dirige en mayor grado a determinar la incondicionalidad de lo aprobado por el SAP a la no concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho; pero, en la medida en la que no declare de oficio la ocurrencia del SAP no podemos considerar que la Sala aplique un criterio de mandatoriedad de lo dispuesto por la Ley de Modernización.

4.14 Por la diferencia entre respuesta, contestación y notificación de los actos administrativos.

Sobre este punto ha sido unánime el criterio que ha sido sostenido por las Altas Salas, en cuanto a la no correspondencia de la respuesta con la resolución.

El SAP procede en la medida en la que la administración no hubiera resuelto la petición ante esta formulada dentro del término previsto. Debe entenderse que una respuesta sin

²⁰²Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, 17 de Enero del 2008

motivación es nula de pleno derecho; así como una resolución motivada, pero no notificada oportunamente tampoco produce efectos jurídicos tendientes a desestimar el efecto positivo del silencio administrativo.

La resolución de una petición debe guardar conformidad con los antecedentes de hecho y de derecho que fueron formulados en el escrito de petición ingresado en la administración; caso contrario, si se trata de una contestación que no cumpla los presupuestos enunciados, o que sea un mero intento de enervar la ocurrencia del SAP, debe ser reprobado por la función judicial, la cual juzga los actos de la administración, pues,

...expedir una resolución administrativa y hacerlo dentro de los plazos establecidos en la ley no basta para que el derecho constitucional de petición tenga cumplida realización. Es necesario que en la resolución expedida haya un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión jurídica formulada por el particular.²⁰³

La Alta Sala III ha declarado que solamente la notificación al administrado con la resolución, hecha en la manera prevista en la ley, interrumpe el término para que opere el SAP.

4.15 Por el decurrimiento del plazo.

Como se ha indicado, para que ocurra el SAP la administración debe tener la oportunidad de pronunciarse sobre la petición que se le ha formulado. En la medida en la que no goce de dicha oportunidad, no puede imputársele incumplimiento de su deber.

Ahora, lo que no puede soslayarse es que la administración, teniendo un término legal para pronunciarse, no se pronuncie dentro de aquel plazo sobre la necesidad de que el interesado complete o aclare su petición.

Si la administración no advirtió cuando debía, sí está siendo responsable de falta de actuación oportuna y, por lo tanto, se le debe atribuir las consecuencias jurídicas de su inoficiosidad.

²⁰³ NEIRA, Edgar. Op. cit. p. 142

El Código Tributario, al tratar el término para que opere el SAP, dispone que las resoluciones deban ser expedidas en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa.

De lo enunciado extraemos que la norma tributaria prevé justamente la situación referida por ser de vital importancia para que la administración pueda manifestar su voluntad de manera motivada.

En cambio, de la lectura de la tantas veces comentada Ley de Modernización, se observa que no dice nada al respecto de la posibilidad de que el término comience a decurrir a partir de la aclaración o ampliación de la solicitud; por lo que *“se puede, por lo tanto, afirmar que, al tratarse de un problema de derecho público, no existe posibilidad alguna de que el tiempo que tiene la autoridad destinataria de la solicitud o reclamo para pronunciarse se interrumpa o suspenda por ninguna circunstancia.”*²⁰⁴

Por otro lado, para el ámbito de aplicación del ERJAFE, a las entidades que pertenecen a la función ejecutiva, el término, que como sabemos es de dos meses para que estas resuelvan lo peticionado, puede interrumpirse; esto al tenor de lo que manda el artículo 115, que dispone:

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;

Bajo este criterio, solo a las autoridades que forman parte de la función ejecutiva les sería dable que contabilicen el término para que se produzca el SAP a partir de la fecha en la que el administrado aclarara o completa la petición; mas, el resto de autoridades no podría

²⁰⁴CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. Op. cit. p.100

suspender aquel plazo y sería inexcusable la operancia del SAP, por no existir dispensa alguna descrita en la Ley de Modernización.

4.16 Suficiencia resolutoria en sede jurisdiccional.-

Esta característica se resume en el hecho de que una vez reconocida la ocurrencia al caso del Silencio administrativo Positivo, no es necesario discutir otros asuntos de fondo.

Por lo menos en ese sentido se han pronunciado los fallos en materia tributaria. Basta decir que de los fallos extraídos, una vez que se hubiere determinado la ocurrencia del efecto positivo del silencio administrativo, se determinó que no era necesario estudiar el fondo del asunto controvertido, ni demás puntos que hubieran sido trabados en la litis.

Esta postura, a nuestro criterio, privilegia el desarrollo del derecho constitucional de petición, en la medida en la que otorga, por tratarse de una institución de orden público, un valor suficiente para resolver los procesos en los que se ha discutido este tema, sea subsidiariamente o de oficio por parte del juzgador.

Como hemos analizado, no se declara de oficio la operancia del SAP en materia administrativa. Por lo antes dicho, mal se podría aplicar este principio de la suficiencia resolutoria en sede jurisdiccional, toda vez que el interesado que no ha advertido la ocurrencia del SAP, tampoco va a acompañar el instrumento público de certificación para incoar una acción de ejecución.

4.17 De la necesidad de ejecutar en vía judicial el SAP

En materia administrativa no se pueden obviar las diversas posiciones que en torno al tema la Sala ha mantenido. En un inicio se optó por un línea del automatismo del silencio positivo, por el cual una vez ocurrido el SAP, se entendía que producía de manera inmediata el efecto favorable de la aceptación de la petición del administrado, para lo cual podía acudir a la vía administrativa y reclamar lo aprobado por dicha institución jurídica.

Luego, se desconoció la operancia mecánica del SAP, debiendo el administrado enderezar un proceso judicial ante el tribunal contencioso administrativo respectivo, para ejecutar el efecto del SAP. Esta postura se sustentó en el hecho de que lo obtenido por el SAP podía estar viciado de irregularidades que impidieran la convalidación del acto presunto generado.

Posteriormente la Sala emite fallos en los cuales comenta sobre la posibilidad de que el administrado elija ejecutar el SAP en sede gubernativa, y en caso de no obtener lo aprobado por el SAP, acudir a sede judicial. Una vez allí, el acto administrativo presunto regular es viabilizado mediante un proceso de ejecución.

La más reciente línea jurisprudencial observa además de la regularidad el acto administrativo presunto, generado por el efecto del SAP, la naturaleza de las prestaciones que se derivan de aquel acto. En ese sentido, señala que, para los actos administrativos presuntos que no implican un contenido prestacional por parte de la administración, como los declarativos, el administrado no está en la obligación de accionar la vía judicial en pos de obtener su reconocimiento²⁰⁵.

Por su parte, en materia tributaria, si bien se ha mantenido el criterio jurisprudencial por el cual el proceso que corresponde para ejecutar el SAP es uno de ejecución, y no de conocimiento, ningún fallo ha hecho referencia a la posibilidad del contribuyente de acudir de manera directa a la administración tributaria.

Tampoco la jurisprudencia tributaria se ha pronunciado sobre el carácter prestacional y declarativo que puede tener el acto administrativo presunto generado por el SAP, para determinar la conveniencia de acudir a la administración en miras de ejecutar lo obtenido, o simplemente abstenerse de hacerlo, por no ser necesario, como lo han entendido los fallos en materia administrativa.

²⁰⁵ La Resolución de 11 de mayo del 2007, publicada en el Expediente 198, del Registro Oficial 341, de 20 de Mayo del 2008, dispone en la parte pertinente que “...si el acto administrativo presunto es meramente declarativo (y no se requiere ninguna actuación material a cargo de la administración), en principio, el administrado no necesitaría proponer acción alguna para que se reconozca o declare lo que ya ha sido reconocido o declarado por efecto del silencio administrativo.”

Una gran mayoría de situaciones dentro de las que se han encuadrado los casos del SAP en lo tributario, precisamente se refieren a que la administración debe reconocer a favor del contribuyente valores por pagos en exceso o indebidos, o, de la misma manera, extinguir actos de determinación tributarios que fueron impugnados oportunamente pero no resueltos por la administración dentro del término. Es decir, las situaciones antes descritas, de cierta manera, implican un contenido prestacional por parte de la administración tributaria, y no solo declarativo, como pudiera ocurrir en muchos casos en materia administrativa.

En ese punto, resulta de mucha utilidad el criterio de JUAN CARLOS BENALCAZAR, quien sostiene que:

*...en ciertos casos, el silencio positivo puede hacerse efectivo por cauces expeditos, pero éste no siempre es la regla general. En materia tributaria, por ejemplo, los efectos estimatorios pueden ponerse en práctica a través de la autocompensación prevista en el reformado Art. 46 de la Ley de Régimen Tributario Interno y en el Art. 92 de su Reglamento. Sin embargo esto, no es tan simple en otras materias, como la que se refiere al régimen del servicio civil y carrera administrativa. Así, el funcionario de carrera destituido y que ha pretendido reclamación o recurso con que la autoridad nominadora se pronuncie, ¿Cómo puede obligarle a que le admita nuevamente en el cargo si se requiere de la expedición de una acción de personal (acto administrativo) para el efecto? ¿Cómo haría efectivas las indemnizaciones a que tiene derecho?*²⁰⁶

Esta explicación ejemplifica las dificultades que se pueden encontrar al momento de pretender la ejecución del derecho que ha surgido para el administrado, pues, siguiendo esa línea, “sólo el juez tendría la autoridad suficiente para constreñir a la Administración a cumplir, y de esta manera el particular no tendrá otra opción que acudir a la vía jurisdiccional”²⁰⁷

4.18 Limitaciones a la operancia del SAP:

A lo largo de este estudio hemos revisado numerosos fallos de las Altas Salas de la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia. De ellos, hemos extraído distintas líneas jurisprudenciales que se han adoptado en torno a los límites del SAP.

²⁰⁶Diss. BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. op.cit. pp. 36 y 37

²⁰⁷ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *El Silencio administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual*. op.cit. p. 171

Para fines didácticos, nos permitimos transcribir las posturas jurisprudenciales que han sido comentadas por el tratadista García de Enterría; lineamientos ampliamente acogidos y aplicados de forma analógica dentro de nuestras sentencias nacionales, en ambas materias:

Al respecto, cabe referir que como lo acotan García de Enterría y Fernández, hay tres tendencias jurisprudenciales en cuanto se refiere a la aceptación tácita de reclamos administrativos cuya pretensión no es conforme a derecho. Una primera entendió que, producido el silencio, la petición queda probada en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en este sentido. La segunda de ellas, más sensible a la legalidad, prescribe que, siendo el silencio positivo una creación de la ley, difícilmente puede aceptarse que por esa vía pueda obtenerse lo que la ley prohíbe, por lo que concluye diciendo, que "el silencio suple, en efecto, al acto expreso, pero sólo dentro de los límites de la ley y hasta donde ésta permite". Y la tercera, más reciente, que permite un punto intermedio entre las dos anteriores, acepta, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido, "con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho"²⁰⁸

Los fallos en estas materias se han pronunciado, en su mayoría, acogiendo la postura ecléctica de restringir lo aprobado por el SAP con la inexistencia de vicios de nulidad absoluta o de pleno derecho que mermarían lo obtenido de forma expresa. En este sentido:

*con la aplicación del silencio positivo puede el interesado actuar de la forma pedida, es decir, ganar la autorización o aprobación solicitada, esto, a menos que la solicitud del particular, presentada para obtener esa autorización o aprobación presunta sean nulas de pleno derecho en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarla. La nulidad de pleno derecho es límite que el silencio positivo no puede en ningún caso salvar, como se había mencionado anteriormente, en solicitudes contra legem en el silencio positivo no funciona.*²⁰⁹

Una vez dicho lo anterior, pasamos a revisar las causales de dicha nulidad que invalidan el acto administrativo tributario:

Como hemos analizado, de conformidad con lo desarrollado por la jurisprudencia, es causal de nulidad de pleno derecho cuando la petición ha sido planteada frente a autoridad manifiestamente incompetente. Asimismo, se he descrito que no se produce el SAP cuando el reclamo no reúne los requisitos legales (puesto que se lo considera como una simple petición); tampoco se produce cuando en la reclamación no se ha señalado casillero judicial

²⁰⁸ZAVALA EGAS, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit. p. 620

²⁰⁹ALEMÁN MENA, Donald. Op. cit. p. 971

para notificaciones; cuando se pretende el reconocimiento de exoneraciones tributarias no previstas en la ley; frente a los recursos de revisión, consultas tributarias; y, reclamos por pago indebido en los que no se hubiere demostrado el pago, y que el mismo fuere indebido.

Por su parte, en materia administrativa, los fallos han determinado que es causal de nulidad absoluta, y por ello no procede el SAP, de la misma manera, cuando la petición hubiera sido planteada frente a autoridad manifiestamente incompetente; cuando la pretensión fuera contraria a derecho. Si bien esta última tiene su razón de ser, creemos que se debe aclarar en qué medida una pretensión contraria a derecho no estaría dentro del ámbito de la ilegalidad. Esto con el fin de depurar las líneas jurisprudenciales a la que Enterría se ha referido, pues, como se ha visto, el tratadista ha distinguido entre las posturas jurisprudenciales del límite de lo obtenido por el SAP, que el acto presunto adoleciera, por un lado, de ilegalidad, y por otro lado, de nulidad absoluta.

Asimismo, consideramos que es coherente que se mantenga como un requisito para que opere el SAP, cuando que EDGAR NEIRA describe que:

La lógica aplicación de las garantías del debido proceso determina que en ningún caso la aceptación tácita de una petición puede afectar al derecho de un tercero bien sea que ese derecho se discuta en el respectivo procedimiento administrativo – al que deberá notificarse para que haga valer sus derechos- bien sea que hubiere sido previamente declarado por un acto administrativo anterior²¹⁰

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Comenzamos por manifestar que cualquier modificación que podamos sugerir incorporar a nuestra legislación debe realizarse de acuerdo a los principios contenidos en nuestra Constitución. Partiendo de ese hecho, debe hacerse patente que en materia de derechos constitucionales, como en efecto se trata el derecho de petición, su mecanismo de protección, el silencio administrativo positivo, debe también ser regulado de acuerdo a una interpretación progresiva que no implique un retroceso de los grandes avances que ya se han obtenido a través de la jurisprudencia especializada de la Altas Salas.

²¹⁰ NEIRA, Edgar. Op. cit. p. 147

En ese sentido, no podremos menoscabar el contenido del instrumento de protección del derecho de petición en perjuicio de los administrados y/o contribuyentes, por hallarse vedado de conformidad con lo señalado en nuestra norma suprema.

Adentrándonos dentro del campo específico de nuestro estudio, si bien consideramos que por la naturaleza misma de las materias tributaria y contencioso administrativa, cada una se rige por principios independientes que les son propias y que, por ello, configuran dos ramas distintas del derecho; sin embargo, en gran medida, les son aplicables las mismas instituciones jurídicas de derecho público.

En un primer lugar, vistas las diferencias que hemos destacado en este estudio respecto de la aplicación del SAP para ambas materias, creemos que deben mantenerse los plazos diferenciados para que opere dicha institución; es decir, de 120 días en materia tributaria y 60 días en materia aduanera con el actual COPCI, y de 15 días en materia administrativa (así como de sesenta días en materia administrativa para los órganos que forman parte de la función ejecutiva).

La naturaleza de dicha diferenciación responde, sobretodo, a que en materia tributaria el tipo de reclamaciones que se enderezan ante las administraciones tributarias guardan una mayor complejidad que deben ser analizadas bajo parámetros ajenos de ramas exclusivas del derecho, como las normas financieras y de contabilidad. De la misma manera, por hallarse en materia de discusión en las reclamaciones, la contribución de tributos hacia el fisco, pensamos que sí puede justificarse el tratamiento diferenciado en cuanto al término que la autoridad tiene para resolverlos, en miras de proteger las arcas fiscales, pero bajo un parámetro de proporcionalidad.

De otro lado, podría ser pertinente que se establezca, adecuando para ello los plazos inter administrativos respectivos, que frente al recurso extraordinario de revisión reglado en el Código Tributario, sí proceda el silencio positivo. A pesar que se han expuesto las consideraciones de la Sala de lo Fiscal sobre la improcedencia de dicha institución frente a ese tipo de recurso, debemos tener en cuenta que, por su parte, en materia administrativa, el ERJAFE, de forma expresa prevé la admisibilidad de la institución materia de este estudio para dichos recursos.

Al ser en su mayoría de orden conceptual las razones que la Sala de lo Fiscal manifiesta para no otorgar el mecanismo del SAP al recurso de revisión, también existen fuertes argumentos para considerar su procedencia; más aun si existe otra norma de nuestro ordenamiento que lo acepta y que se constriñe a las mismas causales para que proceda dicho recurso.

Debemos tomar en cuenta que el mecanismo del silencio positivo se lo adopta en nuestro sistema como una herramienta para proteger el derecho de petición del ciudadano y no permitir la negligencia de la autoridad en su quehacer administrativo. Por ello, resulta imperioso que se lo incorpore de manera expresa en la legislación tributaria en miras de no desconocer el derecho de petición, y para evitar que la administración tome plazos arbitrarios para resolver dichos recursos.

Resulta pertinente hacer referencia al precedente jurisprudencial obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 25 de noviembre de 2009, publicado en el Registro Oficial 93 de 22 de diciembre del 2009. Esta resolución indica que cuando *el recurso de revisión ha sido insinuado por el particular, al amparo del art. 143 del Código Tributario, la Autoridad Tributaria competente dará el trámite correspondiente, sin que sea posible ordenar, sin más, su archivo.*

Los motivos que llevaron a que el Pleno se pronuncie en ese sentido responden justamente a la necesidad de que se imponga a la administración controles más estrictos al momento de resolver este recurso. Cuando la administración se limita a contestar ese recurso (que como se ha visto resulta en lo general en disponer su archivo) y no a resolverlo (diferenciación que se ha hecho en este estudio), se está vulnerando el derecho constitucional de petición. Dicha actuación de la administración justificaría la incorporación del silencio positivo, que impulsaría que la administración emita, dentro de un término prudencial previsto en la ley, una resolución motivada, que no deje en indefensión al contribuyente.

Al contrario de lo que ha sostenido la Sala de lo Fiscal respecto de las razones por las que no procede este recurso, de la práctica tributaria se desprende que es la administración tributaria, y no el contribuyente, quien lo ha desnaturalizado, cuando lo archiva sin motivación alguna, tornándolo así en un recurso ineficaz.

En cuanto a la consideración de la Sala de lo Fiscal, referente a que el SAP es un asunto que atañe al orden público y, por ello, debe ser declarada aun de oficio, nos parece acertado dicho criterio, el cual consideramos debería ser extensible a la materia administrativa, en miras de conceder una protección más integral del derecho constitucional de petición.

Para permitir se aplique este criterio en materia administrativa, consideramos debe suprimirse la obligación legal que impone al administrado requerir, sea en sede administrativa o judicial (de acuerdo a los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo) la certificación de por la que ha vencido el plazo que tenía la administración para resolver la petición ante ella planteada.

Si bien dicho instrumento público se lo incorporó en la ley como una manera de viabilizar o efectivizar lo obtenido por el SAP, en la práctica resulta, por no decir imposible, improbable que la administración lo emita; más aún si de este se podría derivar no solo responsabilidad administrativo, sino penal al funcionario remiso.

Es destacable que, frente a la situación antes descrita la Sala de lo Contencioso Administrativo delineó un procedimiento alternativo por el que se requiriera judicialmente, mediante un proceso previo, a la autoridad remisa sobre el vencimiento del plazo que esta tenía para resolver una petición. Sin embargo, la práctica demuestra que dicha diligencia halla tropiezos e impone más cargas al administrado para ejecutar un derecho que por ley le ha sido concedido; lo que nos aporta más razones para considerar que debe suprimirse este requisito alterno que ha señalado la Sala especializada.

En realidad, consideramos que para viabilizar lo obtenido por el SAP se debe revertir la carga de la prueba a la administración en cuanto a la demostración de que se resolvió y notificó dentro del término legal los petitorios. Si se impone dicha obligación al administrado; es decir probar un hecho negativo como es la falta de contestación oportuna por parte de una autoridad, se inefectiviza el derecho del administrado; más aun si esto pudiera suplirse en las palabras de PATRICIO CORDERO ORDOÑEZ, quien señala que:

La Administración Pública demandada en el supuesto de que no fuere cierto lo afirmado por el accionante, fácilmente podrá desvirtuar el fundamento de la demanda, simplemente, acreditando que ella cumplió con su obligación de dar contestación al reclamo o la

*solicitud dentro de tiempo. Para ello bastará que simple y llanamente presente la contestación con la constancia de la correspondiente notificación*²¹¹

Siguiendo el criterio antes descrito, si se suprime la necesidad de acreditar la certificación y/o las diligencia pre procesales, incluyendo la notarial, como requisitos formales para que proceda la acción por el silencio positivo, se podría, al igual que lo ha determinado la Sala de lo Fiscal, declarar su ocurrencia de oficio, por cuanto se configuraría la configuración al SAP como un asunto que atañe al orden público.

La interpretación que a mi modo de ver respeta una aplicación progresiva del derecho de petición es ratificarnos en lo que las Altas Salas han manifestado respecto de que el procedimiento dable para ejecutar lo obtenido por el SAP es de ejecución y no de conocimiento.

Para ello, insistimos en la imperiosidad de que se suprima el certificado al que se refiere la Ley de Modernización y/o las diligencias previas que han sido determinadas por la jurisprudencia; pues, para que se verifique que se trata de un proceso de ejecución, debería bastar con que se acompañe el petitorio con la fe de presentación respectiva. Dentro de las excepciones que la administración debería plantear, en caso que no considere cierto lo afirmado en la demanda, es la contestación con la notificación respectiva.

En todo caso, puede resultar más favorable para el peticionante asimilar un procedimiento como el concebido en la legislación peruana y colombiana, por el cual se establece que el efecto del silencio administrativo no requiere de pronunciamiento alguno, para ciertos actos, el mismo que debe hacerse efectivo, sin perjuicio de la fiscalización posterior que pueda realizarse. Bastará que en ese caso el ciudadano realice una declaración juramentada ante la misma entidad, en la que protocolice la petición interpuesta y la declaración de no haber sido contestada. Dicho instrumento público sirve para ejecutar en esa misma o en otras instituciones

En caso que quisiera revocarse el acto presunto debería iniciarse un procedimiento de lesividad por el cual la administración busque dejar sin efecto lo obtenido, o caso contrario,

²¹¹CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. Op. cit. p. 182

dejando claras las razones de nulidad del acto administrativo, que sea igual en materia administrativa y tributaria, de oficio, revocar dicho actos siempre que de manera manifiesta se desprenda que el acto está viciado de tal forma.

Frente a este procedimiento de ejecución, al tenor de la ley de casación, no cabría interponer dicho recurso frente a las sentencias que declaren que ha operado el SAP, tanto en materia administrativa como en materia tributaria.

La jurisprudencia debe aclarar que la naturaleza propia del procedimiento para ejecutar el SAP es de ejecución, mas no de conocimiento; por cuanto en este segundo cabría se discuta el derecho mismo materia de la petición; pero, como se ha dicho, no se procede de dicha manera.

El tribunal debe tener la posibilidad de pronunciarse sobre la regularidad del acto generado a fin de que no esté viciado por alguno de los límites que viciarían el SAP, para lo cual se aplicaría una de las líneas jurisprudenciales que García de Enterría ha comentado.

Probablemente sería necesario incorporar un procedimiento de ejecución abreviado para que el administrado pueda obtener la ejecución inmediata del derecho ganado. La justificación de este procedimiento se hallaría, además, en que el perjuicio que la Administración le ha ocasionado por no resolver su petitorio, o la demora en cumplir el mismo dentro del término legal, sea superado mediante un procedimiento ágil, que no suponga mayores trabas para el interesado, en el cual a la administración se le condene en costas y se le impute los daños y perjuicios que le han ocasionado por la violación del derecho de petición.

Como hemos mencionado, para ambas materias, si se considera que el proceso propio del SAP es de ejecución, debe establecerse que no procede la interposición del recurso de casación; ayudando de esta forma a que el administrado pueda ejecutar de forma inmediata el derecho que ha obtenido por el SAP.

Resta decir, en cuanto a uno de los aspectos de mayor distinción trascendentales que hemos encontrado entre ambas materias, que debería derogarse expresamente el Art. 134 del Código Tributario, que hace referencia a la validez de la resolución extemporánea

emitida por la administración tributaria. Dicha norma desnaturaliza de forma completa la concepción que gira en torno a la institución materia de estudio.

Además, consideramos que es necesario, a fin de abarcar de manera más integral las posibilidades que pueden suponer una suspensión del término para que opere el SAP, a fin de que la administración pueda contar con elementos que formen de manera cabal su voluntad, se incluya, para toda la administración pública, y no solo a la función ejecutiva, las causales que incluye el ERJAFE al respecto, extendiéndolas a la Ley de Modernización y al Código Tributario, mediante las correspondientes reformas legales que deban efectuarse, en caso de que no se emita una ley del Silencio administrativo para la administración Pública Tributaria y No Tributaria.

Con el fin de resguardar el derecho del peticionante a ejecutar lo obtenido por el ministerio de la ley, consideramos que debe extenderse a la materia tributaria el plazo actual de caducidad del derecho de acción en la vía judicial a cinco años, de conformidad con lo dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa. La ley, de forma acertada, establece dicho plazo para aquellas demandas que se refiera a actos administrativos presuntos; como en efecto se trata del efecto generado por el SAP. Nótese que este tema no lo aborda el Código Tributario (actos administrativos presuntos).

Como corolario podemos decir que no ha sido uniforme la aplicación y ejecución del silencio administrativo positivo en materia administrativa ni en materia tributaria. Si bien esta institución jurídica se halla reglada principalmente por dos cuerpos normativos: la Ley de Modernización del Estado – que corresponde a materia administrativa- y el Código Tributario – que corresponde a materia tributaria-, es importante destacar que si bien se prevé actualmente el mismo efecto para ambos casos, es decir que lo solicitado por el administrado ha sido aceptado tácitamente de manera positiva, la vía de ejecución o de aplicación del mismo no ha sido homogénea.

Lo que ha pretendido el presente estudio es, precisamente, a partir de las diferenciaciones detectadas, profundizar en la institución materia de este trabajo para evidenciar como dos ramas de derecho público con una institución jurídica similar (el SAP) pueden tener

grandes diferencias que nos conlleven a sugerir una complementación de las facetas positivas de cada una para estructurar de mejor manera y no permitir que se desvirtúe y pierda la significación que tiene: el mecanismo de defensa del derecho constitucional de petición.

GRACIAS

BIBLIOGRAFÍA

CORDERO ORDOÑEZ, Patricio, *El silencio administrativo Positivo*, Quito, Editorial El Conejo, 2009.

PENAGOS, Gustavo, *El silencio administrativo*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1997.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, Ediciones Legales S.A., 2005.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *El acto administrativo en materia tributaria*. Ediciones Legales S.A., 2005.

AGUADO I CUDOLA, VINCENC, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

PRADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012.

PENAGOS, Gustavo, *El acto administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 8va Edición, 2008.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2007.

ZAVALA EGAS, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Perú, Edilex S.A., 2011.

GARCÍA TREVIJANO, Ernesto, *El silencio administrativo en derecho español*, Madrid, Editorial Civitas, 1990.

PENAGOS, Gustavo. *El silencio administrativo*. Santa fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986.

ZABALA EGAS, Jorge, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Guayaquil, Edino, 2005.

SECAIRA DURANGO, Patricio A, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria. Quito 2004.

FERNÁNDEZ JARAMILLO, Simón, *Casación y Jurisprudencia Civil*, Babahoyo, segunda edición, 2003.

- CUEVA CORONEL, Luis Vinicio, *Manuel de Casación en Materia Civil*, 2006.
- ECHANDÍA, Devis, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III, Bogotá, Editorial ABC
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- REDENTI, Enrico *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Buenos Aires, Editora Jurídica Europa-América, 1957.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1942.
- ARIAMO DEHO, Eugenia, *El Proceso de Ejecución*, Lima, Editorial Rodhas, 1996.
- BARTRA CAVERO, José, *El silencio administrativo*, Lima, Editorial Rodhas, 2008.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1998.
- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Quinta Edición, 1996.
- JARACH, Dino, *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, tercera edición, 1996.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo*, Madrid, Editorial Colex, Segunda Edición, 1997.
- CASAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, séptima edición, 2002.

Disertaciones:

- Diss. MARTÍNEZ CASTILLO, Juan Francisco, *¿Cabe el silencio administrativo en los recursos de revisión, consultas y peticiones en materia tributaria?*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2002.
- Diss. CADENA BARRETO, Ana Carolina. *El silencio administrativo*, Santa fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, D344.8861/C114s, p. 172.

Diss. BARONA ROSALES, Aníbal. *El silencio administrativo*. Universidad Andina Simón Bolívar- Área de Derecho. 2004.

Artículos:

NEIRA, Edgar, *Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos*, Publicado en Ruptura No. 46, Quito, AED 2003.

ALEMÁN MENA, Donald. Artículo: *El silencio administrativo en la Legislación de Nicaragua*, Libro: Derecho Administrativo Iberoamericano, II, coordinación de Víctor Hernández-Mendible, Venezuela, Ediciones Paredes, 2007.

Páginas Web:

ROBALINO, Javier. El silencio administrativo positivo. Internet. [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo de contenidos/Documents/Iuris Dictio 1/El silencio administrativo positivobrevesapuntes.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/Iuris_Dictio_1/El_silencio_administrativo_positivobrevesapuntes.pdf). Acceso: (15 de noviembre de 2013).

MEYTHALER, José. La evolución del efecto positivo del silencio de la autoridad en el derecho administrativo ecuatoriano. Internet: [http://www.lmazabogados.com/contenido es/images/stories/mis imagenes/la-evo.pdf](http://www.lmazabogados.com/contenido_es/images/stories/mis_imagenes/la-evo.pdf). Acceso (3 de Agosto de 2013)

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. Vicisitudes del silencio administrativo. Internet. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/vicisitudes-del-silencio-administrativo>. Acceso: (24 de julio de 2013)

MINGA DURAN, Diego Fernando. El silencio administrativo. Internet. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/859/1/t338.pdf>. Acceso: (1 de noviembre de 2013)

CÁRDENAS CARRIÓN, Galo Vinicio. La ejecución del silencio administrativo en Ecuador. Internet. <http://dspace.utpl.edu.ec/handle/123456789/3234>. Acceso: (7 de julio de 2013)

OCHOA VALDIVIESO, Rosa Virginia. El silencio administrativo en la administración. Internet. <http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/3251/1/Ochoa%20Valdivieso%20Rosa%20Virginia.pdf>. Acceso: (7 de julio de 2013)

CELLY VIÑÁN, Aura Fernanda. El acto administrativo desde la jurisprudencia tributaria en el Ecuador. Internet: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/694/1/T760-MDE->

[Celly-El%20acto%20administrativo%20desde%20la%20jurisprudencia.pdf](#). Acceso: (7 de agosto de 2013)

Normativa:

Constitución publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Constitución publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial de 29 de diciembre de 2010

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicada en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo del 2009

Código Tributario, publicado en el Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005

Codificación de la Ley Orgánica de Aduanas, publicado en el Registro Oficial Suplemento 219 de 26 de noviembre de 2003.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002

Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicado en el Registro Oficial 144 de 18 de agosto de 2000

Decreto Ley No. 05, promulgado en el Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994

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

Ley 51, Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicado en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicado en el Registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicado en el Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicado en el Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Nacional de Justicia:

Registro Oficial No. 349, del 31 de diciembre de 1993

Registro Oficial 396, de 10 de marzo de 1994.

Expediente 73, Registro Oficial 330, de 7 de Mayo del 2004.

Expediente 80, Registro Oficial 346, 13 de Junio del 2001.

Expediente 37, Registro Oficial 680, 10 de Octubre del 2002.

Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

Expediente 81, Registro Oficial 169, 15 de Septiembre del 2003.

Expediente 55, Registro Oficial 559, 6 de Abril del 2005.

Expediente 146, Registro Oficial 392, 8 de Noviembre del 2006.

Expediente 103, Registro Oficial 107, 19 de Junio del 2003.

Expediente 129, Registro Oficial 600, 19 de Junio del 2002.

Expediente 33, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003.

Expediente 221, Registro Oficial 76, 5 de Agosto del 2005.

Expediente 17, Registro Oficial 252, 15 de Enero del 2004.

Expediente 126, Registro Oficial 406, 28 de Noviembre del 2006.

Expediente 114, Registro Oficial 54, 3 de Abril del 2003.

Expediente 47, Registro Oficial 198, 27 de Octubre del 2003.

Expediente 44, Registro Oficial 405, 27 de Noviembre del 2006.

Expediente 51, Registro Oficial 395, 13 de Noviembre del 2006.

Expediente 100, Registro Oficial 325, 14 de Mayo del 2001.

Expediente 141, Registro Oficial 342, 7 de Junio del 2001.

Expediente 7, Registro Oficial 327, 16 de Mayo del 2001.

Expediente 33, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003.

Expediente 107, Registro Oficial 389, 1 de Noviembre del 2006.

Expediente 151, Registro Oficial 53, 2 de Abril del 2003

Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3.

Expediente 37, Registro Oficial 680, 10 de Octubre del 2002

Expediente 100, Registro Oficial 311, 12 de Abril del 2004.

Expediente 129, Registro Oficial 600, 19 de Junio del 2002.

Expediente 117, Registro Oficial 636, 8 de Agosto del 2002.

Expediente 5, Registro Oficial 229, 10 de Diciembre del 2003.

Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

Expediente 188, Registro Oficial 397, 15 de Noviembre del 2006.

Expediente 103, Registro Oficial 107, 19 de Junio del 2003.

Expediente 55, Registro Oficial 559, 6 de Abril del 2005.

Expediente 81, Registro Oficial 169, 15 de Septiembre del 2003.

Expediente 38, Registro Oficial Suplemento 349, 30 de Mayo del 2008

Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, de 17 de Enero del 2008.

Expediente 73, Registro Oficial 330, 7 de Mayo del 2004.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8.

Expediente 16, Registro Oficial 241, 29 de Diciembre del 2003.

Expediente 106, Registro Oficial 405, 24 de Agosto del 2004.

Expediente 31, Registro Oficial 635, 7 de Agosto del 2002.

Expediente 3, Registro Oficial 167, 11 de Septiembre del 2003.

Expediente 215, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

Expediente 100, Registro Oficial 46, 20 de Marzo del 2007.

Expediente 23, Registro Oficial 167, 11 de Septiembre del 2003.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14.

Expediente 265, Registro Oficial Suplemento 355, 29 de Octubre del 2012.

Expediente 27, Registro Oficial 398, 16 de Noviembre del 2006.

Expediente 44, Registro Oficial 123, 10 de Julio del 2007.

Expediente 128, Registro Oficial 487, 4 de Enero del 2002.

Expediente 49, Registro Oficial 723, 12 de Diciembre del 2002.

Expediente 20, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

Expediente 38, Registro Oficial Suplemento 349, 30 de Mayo del 2008.

Expediente 27, Registro Oficial 139, 11 de Agosto del 2000.

Expediente 95, Registro Oficial 601, 20 de Junio del 2002.

Expediente 81, Registro Oficial 331, 10 de Mayo del 2004.

Expediente 24, Registro Oficial 410, 4 de Diciembre del 2006.

Expediente 121, Registro Oficial 76, 5 de Agosto del 2005.

Expediente 215, Registro Oficial 411, 5 de Diciembre del 2006.

Expediente 129, Registro Oficial Suplemento 89, 23 de Noviembre del 2010.

Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10.

Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14.

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6.

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5.

Expediente 61, Registro Oficial Suplemento 78, 21 de Octubre del 2010.

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8.
Expediente 247, Registro Oficial 670, 25 de Septiembre del 2002.
Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3.
Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.
Expediente 245, Registro Oficial Suplemento 100, 14 de Diciembre del 2010.
Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11.
Expediente 382, Registro Oficial 49, 27 de Marzo del 2003.
Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13.
Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14.
Expediente 285, Registro Oficial 318, 21 de Abril del 2004.
Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1.
Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1.
Expediente 183, Registro Oficial 24, 16 de Febrero del 2007.
Expediente 198, Registro Oficial 341, 20 de Mayo del 2008.
Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.
Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5.
Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.
Expediente 220, Registro Oficial 344, 23 de Mayo del 2008.
Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3.
Expediente 134, Registro Oficial Suplemento 82, 30 de Octubre del 2010.
Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.
Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.
Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.
Expediente 480, Registro Oficial Suplemento 39, 2 de Octubre del 2009.
Expediente 73, Registro Oficial 330, de 7 de Mayo del 2004.

Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, 17 de Enero del 2008.

Expediente 198, Registro Oficial 341, 20 de Mayo del 2008.

Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14.

Expediente 73, Registro Oficial 330, de viernes 7 de mayo de 2004.

Registro Oficial Suplemento 299, de 24 de marzo de 2004.

Expediente 129, publicado en el Registro Oficial 600, miércoles 19 de junio de 2002.

Expediente 23, Registro Oficial Suplemento 11, 17 de Enero del 2008.

Expediente 25, Registro Oficial 689, jueves 10 de octubre de 2002.

Expediente 58, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 87, Registro Oficial 601, jueves 20 de junio de 2002.

Expediente 127, Registro Oficial 403, jueves 23 de noviembre de 2006.

Expediente 129, Registro Oficial 601, jueves 20 de junio de 2002.

Expediente 3, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

Expediente 68, Registro Oficial 555, jueves 31 de marzo de 2005.

Expediente 30, Registro Oficial 390, lunes 6 de noviembre de 2006.

Expediente 108, Registro Oficial 112, martes 4 de julio de 2000.

Expediente 31, Registro Oficial 635, miércoles 7 de agosto de 2002.

Expediente 39, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

Expediente 61, Registro Oficial 545, lunes 1 de abril de 2002.

Expediente 35, Registro Oficial 14, martes 4 de febrero de 2003.

Expediente 80, Registro Oficial 346, miércoles 13 de junio de 2001.

Expediente 190, Registro Oficial 689, jueves 10 de octubre de 2002.

Expediente 37, Registro Oficial 689, jueves 10 de octubre de 2002.

Expediente 104, Registro Oficial 402, jueves 23 de noviembre de 2006.

Expediente 133, Registro Oficial 55, viernes 4 de abril de 2003.

Expediente 49, Registro Oficial 723, jueves 12 de diciembre de 2002.

Expediente 133, Registro Oficial 377, jueves 6 de agosto de 1998.

Expediente 100, Registro Oficial 325, lunes 14 de mayo de 2001.

Expediente 141, Registro Oficial 342, jueves 7 de junio de 2001.

Expediente 79, Registro Oficial 52, martes 1 de abril de 2003.

Expediente 7, Registro Oficial 327, miércoles 16 de mayo de 2001.

Expediente 70, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 107, Registro Oficial 389, miércoles 1 de noviembre de 2006.

Expediente 151, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 221, Registro Oficial 76, viernes 5 de agosto de 2005.

Expediente 80, Registro Oficial 346, miércoles 13 de junio de 2001.

Expediente 33, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 57, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 221, Registro Oficial 76, viernes 5 de agosto de 2005.

Expediente 192, Registro Oficial 397, miércoles 15 de noviembre de 2006.

Expediente 223, Registro Oficial 412, jueves 12 de diciembre de 2006.

Expediente 74, Registro Oficial 405, lunes 27 de noviembre de 2006.

Expediente 7, Registro Oficial 354, lunes 25 de junio de 2001.

Expediente 35, Registro Oficial 138, jueves 10 de agosto de 2000.

Expediente 148, Registro Oficial 356, viernes 7 de enero de 2000.

Expediente 39, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

Expediente 98, Registro Oficial 122, martes 18 de julio de 2000.

Expediente 319, Registro Oficial 635, miércoles 7 de agosto de 2002.

Expediente 51, Registro Oficial 543, miércoles 27 de marzo de 2002.

Expediente 190, Registro Oficial 689, jueves 10 de octubre de 2002.

Expediente 129, Registro Oficial 600, miércoles 19 de junio de 2002.

Expediente 102, Registro Oficial 389, miércoles 11 de julio de 2007.

Expediente 117, Registro Oficial 636, jueves 8 de agosto de 2002.

Expediente 5, Registro Oficial 229, miércoles 10 de diciembre de 2003.

Expediente 49, Registro Oficial 723, jueves 12 de diciembre de 2002.

Expediente 31, Registro Oficial 635, miércoles 7 de agosto de 2002.

Expediente 23, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

Expediente 20, Registro Oficial 411, martes 5 de diciembre de 2006.

Expediente 43, Registro Oficial 46, martes 20 de marzo de 2007.

Expediente 46, Registro Oficial 413, viernes 8 de diciembre de 2006.

Expediente 100, Registro Oficial 46, martes 20 de marzo de 2007.

Expediente 101, Registro Oficial 46, martes 20 de marzo de 2007.

Expediente 33, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 37, Registro Oficial 689, jueves 10 de octubre de 2002.

Expediente 81, Registro Oficial 637, viernes 9 de agosto de 2002.

Expediente 81-2002, Registro Oficial 169, lunes 15 de septiembre de 2003.

Expediente 103, Registro Oficial 107, jueves 19 de junio de 2003.

Expediente 118, Registro Oficial 312, martes 13 de abril de 2004.

Expediente 103, Registro Oficial 46, martes 20 de marzo de 2007.

Expediente 110, Registro Oficial 47, miércoles 21 de marzo de 2007.

Expediente 241, Registro Oficial 124, miércoles 11 de julio de 2007.

Expediente 161, Registro Oficial 122, lunes 9 de julio de 2007.

Expediente 25, Registro Oficial 392, miércoles 8 de noviembre de 2006.

Expediente) 27, Registro Oficial 398, jueves 16 de noviembre de 2006.

Expediente 44, Registro Oficial 123, martes 10 de julio de 2007.

Expediente 44, Registro Oficial 405, lunes 27 de noviembre de 2006.

Expediente 49-, Registro Oficial 330, viernes 7 de mayo de 2004.

Expediente 72, Registro Oficial 405, martes 24 de agosto de 2004.

Expediente 23, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

Expediente 27-, Registro Oficial 139, viernes 11 de agosto de 2000.

Expediente 95, Registro Oficial 601, jueves 20 de junio de 2002.

Expediente 81, Registro Oficial 331, lunes 10 de mayo de 2004.

Expediente 24-, Registro Oficial 410, lunes 4 de diciembre de 2006.

Expediente 106-, Registro Oficial 405, martes 24 de agosto de 2004.

Expediente 194, Registro Oficial 397, miércoles 15 de noviembre de 2006.

Expediente 38, Registro Oficial 39, martes 8 de abril de 1997.

Expediente 31, Registro Oficial 378, viernes 7 de agosto de 1998.

Expediente 44, Registro Oficial 98, martes 1 de julio de 1997.

Expediente 15, Registro Oficial 545, lunes 1 de abril de 2002.

Expediente 127-, Registro Oficial 692, lunes 28 de octubre de 2002.

Expediente 28, Registro Oficial 386, martes 27 de julio de 2004.

Expediente 57, Registro Oficial 53, miércoles 2 de abril de 2003.

Expediente 103, Registro Oficial 167, jueves 11 de septiembre de 2003.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

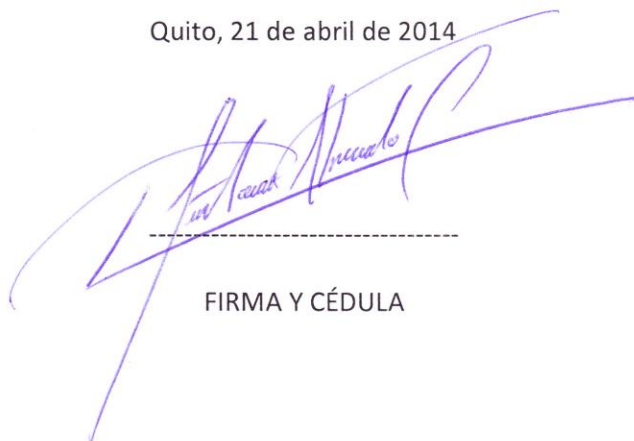
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Miguel Gustavo Almeida Oleas, C.I. 1717559833, autor del trabajo de graduación intitulado: **“Estudio comparativo de los efectos y de la ejecución del silencio administrativo positivo, tanto en materia administrativa como en materia tributaria en el Ecuador, a partir de la promulgación del Decreto Ley No. 05 de 10 de marzo de 1994”**, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

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 de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 21 de abril de 2014



A handwritten signature in blue ink is written over a horizontal dashed line. The signature is stylized and appears to read 'Miguel Almeida Oleas'.

FIRMA Y CÉDULA


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CEDULA DE CIUDADANIA No 171755983-3
ALMEIDA OLEAS MIGUEL GUSTAVO
 PICHINCHA/QUITO/CHAUPICRUZ
 04 JULIO 1989
 REG CIVIL QUITO 005-0043 03286 M.
 PICHINCHA/QUITO
 GONZALEZ SUAREZ 1989



FIRMA DEL CEDULADO

ECUATORIANA***** E2333I1222
 SOLTERO
 SUPERIOR ESTUDIANTE
 ALMEIDA MIGUEL GUSTAVO
 OLEAS MIRYAM DEL SOCORRO
 QUITO FECHA DE EXPIRACION 24/08/2012
 24/08/2024
 FORMA No. DUP 0086031





REPÚBLICA DEL ECUADOR
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

001 CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

001 - 0143 1717559833
 NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
ALMEIDA OLEAS MIGUEL GUSTAVO

PICHINCHA	CIRCUNSCRIPCIÓN	1
PROVINCIA	EL CONDADO	1
QUITO	PARROQUIA	1
CANTÓN	ZONA	

IJ PRESIDENTA/E DE LA JUNTA