PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION DE GRADO PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

SILENCIO ADMNISTRATIVO Y LOS PROBLEMAS EXISTENTES EN CUANTO A SU EJECUCION EN SEDE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

AUTOR: RICARDO MEJIA HIDALGO

DIRECTORA: AB CARMEN SIMONE LASSO

MARZO, 2013
QUITO – ECUADOR

ABSTRACT

El presente trabajo investigativo, evalúa a la figura del silencio administrativo como un instrumento jurídico complejo en el ejercicio de nuestra profesión, con una serie de impedimentos que no dificultan su ejecución.

Se dará una visión general a conceptos que hay que tenerlos claros antes de analizar el fondo del presente trabajo, como por ejemplo el acto administrativo, el derecho de petición, pilar fundamental del Silencio Administrativo y una breve explicación de este último y sus efectos de modo global y en el sistema ecuatoriano.

Se analizará la responsabilidad de la Administración y el rol del estado frente a esta figura jurídica que se ha convertido en un tema controvertido alrededor de la esfera del derecho al momento que se pretende hacer efectiva la ejecución del derecho.

De igual manera se estudiara la certificación a la que hace referencia la Ley de Modernización del Estado y otro tipo de instrumentos jurídicos que podrían constituir pruebas que suplan este documento, analizaremos la dificultad que existe al solicitar a la propia administración pública un documento que le permita ejecutar el silencio sobre la misma institución a la que se solicita certificación y se realizará una breve exposición de cómo se procede en otros países.

Se busca otorgar una nueva visión al extenso del trámite en sede contenciosa administrativa, considerando que el silencio administrativo en sede jurisdiccional debería ser más corto y fácil que el establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través, mediante un proceso ejecutivo y se proponen reformas a las Leyes.

El método de investigación que se aplicará en el presente trabajo es el hipotético-deductivo, a fin de introducir instituciones empleadas en otras ramas del derecho al derecho administrativo, con el objetivo de suplir los vacíos legales existentes o mejorar la aplicación de la normativa.

DEDICATORIA

A Dios en primer lugar, porque nada es posible sin él.

A mis padres Ricardo y Rocío, el pilar fundamental de mi vida, quienes me han dado su apoyo incondicional, por el esfuerzo que han hecho por mi toda la vida pero sobre todo por la motivación constante que me han dado, porque me han permitido crecer sobre valores que ahora me permiten ser una persona de bien, y por su amor infinito.

A mi hermana Erika, quien nunca ha dejado de creer en mí, por ser mi amiga incondicional en todo momento y en todo lugar.

A Estefanía, mi compañera y apoyo incondicional a lo largo de este trabajo.

AGRADECIMIENTO

Primero a Dios, porque gracias a él he llegado hasta acá, por haberme dado salud y la fuerza para lograr mis objetivos, porque nunca me abandona.

A mis padres por su amor y apoyo infinito siempre

A mi querida Universidad, templo de sabiduría, dentro del cual he aprendido mucho, pero sobre todo a ser mejor persona.

A la Dra. Carmen Simone, mi Directora de Tesis y guía durante este trabajo, excelente profesora, profesional y ejemplo de calidad humana.

INDICE

DEDICATORIA 1

AGRADECIMIENTO 2

INTRODUCCIÓN 5

CAPÍTULO I 7

EL ACTO ADMINISTRATIVO, SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. 7

1.1 El acto administrativo 7

1.1.1 Definición 7

1.1.2 Características del acto administrativo 9

1.1.3 Actos administrativos expresos y tácitos 15

1.2 Derecho de petición 18

1.2.1 Antecedentes del derecho de petición 19

1.2.2 Naturaleza del derecho constitucional de petición 20

1.2.3 El derecho de petición en el Ecuador 23

1.3 Silencio administrativo 25

1.3.1 Naturaleza del silencio administrativo 25

1.3.2Efectos positivo y negativo del silencio administrativo en nuestra legislación 27

1.3.3 Silencio administrativo respecto de recursos en sede administrativa 33

CAPÍTULO II 37

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN SEDE JURISDICCIONAL 37

2.1. La administración pública 37

2.1.1. Concepto de administración pública 37

2.1.2 Principios de la administración pública 38

2.1.3. Rol que desempeña la administración pública del Estado 42

2.1.4. Responsabilidad de la administración 44

2.2 LA CERTIFICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO 51
2.2.1 Generalidades y críticas al certificado que la entidad responsable está obligada a emitir. 51
2.2.2 Responsabilidad de la autoridad que emite el certificado 54
2.3. Formas que podrían suplir la certificación 56
2.3.1. Requerimiento notarial o judicial 56
2.3.2. Análisis de jurisprudencia y derecho comparado 60
CAPITULO III 65
SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE CONOCIMIENTO, NO DE EJECUCIÓN 65
3.1. Proceso de conocimiento 65
3.1.1 Definición, naturaleza y características de los proceso de conocimiento... 65
3.2. Proceso de Ejecución 67
3.2.1 Definición, naturaleza y características de los proceso de conocimiento... 67
3.3 Las acciones contenciosos administrativos 69
3.3.1 Acción subjetivo o de plena jurisdicción 69
3.3.2 Acción objetiva o de anulación 71
3.3.3 Procedimiento para ejecución del silencio administrativo en materia contencioso administrativa de acuerdo a la normativa ecuatoriana 74
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 86
BIBLIOGRAFIA 90

INTRODUCCIÓN

El silencio administrativo nace en nuestra legislación cuanto se emite la Ley de Modernización del Estado, durante el Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén, mediante la cual se da importancia y aplicación preferencial al derecho de petición; derecho reconocido también en la Constitución de la República.

La figura del silencio administrativo es un instrumento jurídico que en la práctica se ha vuelto complejo ejercerlo. Una cosa es lo que aprendemos en el aula y otra es cuando salimos a la vida profesional y tratamos de hacer valer nuestros derechos.

El silencio administrativo se materializa sobre la base del derecho de petición, para proteger al administrado frente a la omisión de la administración, con la finalidad de no dejar en indefensión al peticionario y prevenirle al mismo de la falta de protección cuando la administración pública no responda oportunamente o simplemente no se pronuncie a las peticiones efectuadas por el ciudadano

Como efecto del silencio administrativo se genera un derecho; en este caso se supone que por medio de esta institución, el administrado recibe un derecho consecuencia de la ausencia de manifestación de la administración frente a una petición, pero lo que suele suceder en la práctica es que cuando el administrado acude al órgano jurisdiccional encargado de ejecutarlo, existe una serie de impedimentos que no permiten su inmediato reconocimiento. Tanto así que el peticionario para ejecutar su derecho en sede judicial tiene necesariamente que antes solicitar a la misma administración que no supo responder oportunamente, un certificado en el que conste que la misma no respondió al requerimiento o reclamo efectuado dentro del término previsto por la ley.

Otro problema que se genera al momento de seguir un proceso de ejecución de un derecho por el silencio administrativo, es que al momento que se pretende hacer efectiva la ejecución del derecho, el administrado debe realizar el proceso establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procedimiento establecido para procesos de conocimiento de materia administrativa, extenso y tedioso, como cualquier proceso declarativo de derecho, cuando se supone que lo que uno va hacer es simplemente acudir ante el órgano jurisdiccional, en nuestro caso el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo, para hacer efectivo el derecho preexistente, mediante un proceso de ejecución

En este sentido deberían existir otros medios que constituyan pruebas y que suplan esta certificación y tener en cuenta que el proceso del silencio administrativo en sede jurisdiccional debería ser más corto y fácil para el administrado.

A lo largo de esta obra trataremos de identificar en primer lugar los problemas que existen cuando se intenta ejecutar la acción del silencio administrativo, por ejemplo, el caso de la obtención certificación y lo extenso del trámite en sede contenciosa administrativa.

Analizaremos el problema de tener que solicitar a la propia administración pública un documento que le permita ejecutar el silencio sobre la misma institución que solicita la certificación; así mismo se propondrá opciones que se usan en la práctica cuando no se obtiene la certificación mencionada en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. De igual manera estudiaremos el objetivo y fondo del silencio administrativo, como se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia y finalmente el problema al no tratarlo como un proceso de ejecución.

El método de investigación que se aplicará en el presente trabajo es el hipotético-deductivo, a fin de introducir instituciones empleadas en otras ramas del derecho como civil y notarial en la práctica del derecho administrativo, con el objetivo de suplir los vacíos legales existentes o mejorar la aplicación de la normativa, con la finalidad de que el silencio administrativo se vuelva un instrumento útil en la ciudadanía.

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO, SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

1.1 El acto administrativo

1.1.1 Definición

Antes de dar paso al tema que nos compete, tenemos que mencionar que la administración pública cuenta con diferentes instrumentos jurídicos a través de los cuales se manifiesta. Así, tenemos a los hechos administrativos[1] y los actos administrativos; a los contratos, resoluciones y procedimientos administrativos; y, a los actos normativos reglados, discrecionales y de simple administración.

La doctrina de manera general, respecto a las categorías anteriormente mencionadas, sostiene las siguientes definiciones:

Son actos normativos los que se manifiestan en normas, como reglamentos, estatutos, ordenanzas.

Actos administrativos reglados: Son los que están sometidos a reglas, al cumplimiento de pasos y requisitos como las partidas del registro civil, las acciones de personal, los procedimientos administrativos que se desarrollan por actos secuenciales, etc.

Actos discrecionales: aquellos que establecen situaciones alternativas para su ejecución, que permiten alguna dualidad o alterabilidad, como la suspensión de derechos civiles en estado de emergencia decretado por el Presidente de la República

Los actos de simple administración son aquellos que no crean, modifican ni extinguen derechos subjetivos. [2]

---

[1] ERJAFE. Art. 78.- El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto previo.

[2] Cesar Montaño Ortega, LA ACTIVIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: LOS HECHOS, LOS ACTOS, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, LOS RECURSOS Y LAS RECLAMACIONES, pág. 25, Loja-Ecuador,2008

Adicionalmente, la ley ecuatoriana prevé definiciones para los actos normativos y los actos de simple administración antes mencionados, los mismos que se encuentran recogidos dentro del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).[3]

Para Dromi el acto administrativo es "toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa."[4]

Gordillo define al acto administrativo como "una declaración jurídica y unilateral, realizada en ejercicio de la función de la función administrativa que produce efectos jurídicos de forma inmediata"[5]

Así como la doctrina ha establecido sus definiciones, la legislación ecuatoriana en el ERJAFE define al acto administrativo de la siguiente forma: "Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma directa"[6]

De lo expuesto anteriormente, tanto a partir de las definiciones doctrinarias como de la norma ecuatoriana, encontramos que en todas existe similitud, por lo que podemos concluir que, en cuanto al concepto, existen criterios semejantes.

Hay que tener claro que el acto administrativo es un acto que proviene de la voluntad unilateral del Estado, por lo que al ser una figura que expresa la voluntad de éste en ejercicio de su función administrativa, tiene que ser legítimo y legal, por tratarse de una manifestación jurídica proveniente de un órgano administrativo que tiene como fin precautelar los intereses propios de la administración y de sus administrados.

---

[3] Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores; Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACION.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia. Ver. ERJAFE

[4] Roberto Dromi, DERECHO ADMINISTRATIVO, pg263, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires- Argentina, 2004

[5] GRANJA GALINDO, Nicolás, FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pg 306, Editada por la Universidad Central, 1992.

[6] Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 65

1.1.2 Características del acto administrativo

Partiendo de la definición que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva otorga al acto administrativo, vamos a segmentar las características que en general la doctrina y particularmente Dromi acoge de la siguiente manera:

Es una declaración: Esta característica atiende principalmente a la voluntad emanada por la administración, de carácter vinculante y que produce efectos jurídicos objetivos; tal como Dromi expresa el pronunciamiento declarativo puede ser una decisión, cuando por ejemplo se dirige a un fin específico; un deseo o querer de la administración como un permiso; de cognición como cuando otorga alguna certificación y de opinión cuando emite algún tipo de juicio sobre un acto o hecho.

Es unilateral: Es decir que la declaración de voluntad depende de un solo sujeto, que en este caso es el ente público o el Estado. El hecho de que en ciertos casos exista de por medio una solicitud o requerimiento, no quita la calidad de unilateral del acto; así mismo no tenemos que confundir cuando existe un acto complejo, es decir cuando dos o más órganos administrativos intervengan en la formación del acto

La voluntad del administrado nunca interviene en la formación del acto administrativo, así sea una petición la causa de su emisión.

Efectuada en ejercicio de la función administrativa: El acto administrativo es una manifestación de voluntad del estado que sin importar el órgano del cual emana, ya sea el ejecutivo, legislativo, judicial o un ente estatal tiene que ser dictada en ejercicio de la función administrativa.

Que produce efectos jurídicos: Tal como Dromi lo expresa, el efecto jurídico denota el alcance y el tipo de efecto que se produce.

Efectos directos: Al decir que el acto administrativo produce efectos jurídicos directos, nos referimos a que el mismo no se encuentra subordinado a ningún otro tipo de actuación posterior, sino que el acto en si produce por sí mismo un efecto jurídico hacia su destinatario o destinatarios.

Dromi también prevé que el actos administrativo tiene **efectos individuales** argumentando que el acto administrativo es aquella manifestación del órgano estatal o

público que produce efectos concretos, es decir que los mismos solo tienen alcance a una sola individualidad, lo que le diferencia de un acto normativo que produce efectos jurídicos generales. Sin embargo, hoy en día se admiten los actos administrativos de efectos generales (por ejemplo, la orden que establece la veda del camarón). Ya no se puede hoy en día sostener que una característica del acto administrativo sea el tener efectos individuales y que, por el contrario, la generalidad sea característica exclusiva de los actos normativos. Lo que distingue a unos y otros es su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico mediante la creación de reglas de actuación y no de la mera aplicación de las normas

Adicionalmente el Art. 436 de la Constitución establece que la Corte Constitucional conocerá de casos que impliquen el incumplimiento de actos administrativos de carácter general, es decir la norma suprema reconoce que esta clase de actos no tienen la característica de la individualidad.

Elementos del acto administrativo

Por ningún motivo se tiene que confundir los elementos con las características de un acto; cuando nos referimos a las características del acto administrativo, estamos hablando de las particularidades que lo distinguen e identifican al mismo, mientras que, cuando hablamos de los elementos, hablamos ya de su contenido y de que está formado éste; de manera que a continuación me referiré a los elementos que en general la doctrina otorga al acto administrativo.

- Competencia
- Objeto
- Voluntad
- Forma

Competencia: Nuestra legislación define a la competencia en materia administrativa como la como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo[7]. Es decir que nos estamos específicamente refiriéndonos a un atributo de la autoridad u órgano de la administración de la cual emana el acto administrativo.

Dromi, en su obra Derecho Administrativo, sobre la competencia dice que es “el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer

[7] Ver. Art. 84 ERJAFE

legítimamente"[8]. La competencia es únicamente de los órganos y organismos que las leyes del Estado les confiere para tal efecto y por la cual la actuación del Estado es válida.

Entre las características o caracteres específicos del acto administrativo encontramos la irrenunciabilidad e improrrogabilidad de la competencia es decir; tal como se encuentra establecido en la ley se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en la legislación. La competencia administrativa, de acuerdo a la legislación ecuatoriana se la puede medir en razón de la materia, territorio y tiempo.

Materia: La ley establece a la materia como aquella que se le atribuye a cada órgano y dentro de ella según los diversos grados; se refiere a las actividades legítimamente conferidas al órgano del estado y que está en capacidad de ejercerlas.

Territorio: Es el ámbito espacial en el cual se legitima el ejercicio de la función administrativa, vinculado básicamente con la división territorial del estado, dentro del cual los organismo ejercen las funciones administrativas; es el territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia

Tiempo: Es el tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia; el ámbito temporal legitimo del ejercicio de la función, generalmente es de carácter permanente pero en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución por un tiempo determinado.

De igual modo si bien la ley no lo establece, la doctrina ha adoptado otro modo de medir la competencia en materia administrativa y es en razón del grado[9] y se refiere a la posición jerárquica que ocupa el ente dentro de la organización administrativa del Estado. [10]

La competencia es un atributo que obligatoriamente tiene que encontrarse conferido al órgano que se encuentra ejerciendo la función administrativa y en el caso

[8] Roberto Dromi, DERECHO ADMINISTRATIVO, pg. 361, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Argentina, 2001
[9] Roberto Dromi, Op. Cit. Pág. 363
[10] Art. 85 ERJAFE

de no existir ningún instrumento jurídico que la prevea, la legislación ecuatoriana previene una presunción de competencia para estos casos[11]

Objeto: Es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. El objeto tiene que ser cierto, claro preciso y posible física y jurídicamente[12]y de la misma manera que el objeto en materia contractual, este debe ser lícito. El objeto del acto administrativo por ningún concepto puede contravenir las disposiciones constitucionales ni legales, ni aun las emanadas por la propia administración, como los reglamentos por ejemplo.

Al respecto, el art. 67 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igual o superior a éstas.", es decir cómo se explico anteriormente, estas están prohibidas de establecer un pronunciamiento contrario al ordenamiento jurídico de forma general."

El art. 121 del mismo Estatuto complementa el objeto, estableciendo de manera expresa el contenido de un acto administrativo entre los elementos esenciales de este tenemos la indicación del titular del órgano, es decir la autoridad que emite el acto; la indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo, es decir el sustento legal; indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y la indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

Marco Morales, en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo, señala que el contenido del acto se divide en natural, implícito y eventual. El primero quiere decir que el acto por su esencia y naturaleza no puede ser igual a otro, que puede ser similar pero no idéntico. El segundo se refiere a que el acto debe encontrarse en concordancia con la normativa vigente, por tratarse de un ente público que es el que la

---

[11] Art. 86.-"Si alguna norma atribuye competencia a la Administración Pública Central, sin especificar el órgano que deba ejercerla, se entenderá que la facultad de tramitar y resolver las peticiones o impugnaciones corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común. Los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresas y detalladamente a ellos atribuidos. Ver ERJAFE.

[12] Roberto Dromi, Op. Cit, pág. 367

emana, solo puede hacer lo que se encuentra regulado en la ley. Y el tercero aquel que puede figurar o no en el acto, es decir elementos adicionales que constituyen a los propios del acto administrativo, el hecho de que no aparezcan no cambian la naturaleza intrínseca del acto, aspectos como los de condición plazo y modo.

Voluntad: La voluntad puede ser definida como la declaración emitida por la autoridad competente. Es un elemento que se materializa en el acto administrativo a través del funcionario competente para el efecto. Ahora esta manifestación de voluntad tal como se ha dicho anteriormente, tiene que encontrarse en estricta concordancia con el ordenamiento jurídico vigente, sin irse más allá de las atribuciones que la ley le otorga para el efecto por tratarse de una manifestación de un organismo de derecho público.

La voluntad administrativa puede ser expresa o tácita, estamos hablando de que la voluntad expresa siempre es la regla general y la tácita es la excepción. La voluntad es expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza a través de la palabra oral o escrita, o por símbolos o por signos; la voluntad tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo.[13]

En la formación de esta voluntad se establecen ciertas formalidades que son necesarias y que deben cumplirse, ya que el incumplimiento acarrearía un vicio en la voluntad administrativa.

Forma: Se conceptúa como el modo de dar a conocer la voluntad administrativa, es decir, la manera cómo se exterioriza la voluntad exterior del administrador y cómo ésta se da a conocer. De manera general esta voluntad se exterioriza de manera escrita, pero como ya se mencionó, también se produce de manera tácita.

Dentro de la forma existen formalidades que son los pasos a seguir para la creación del acto administrativo, por ejemplo la motivación, formalidad esencial que se encuentra consagrada en nuestra constitución, el lugar y la fecha de expedición, el pie de firma de la autoridad de la que emana el acto entre otros.

Un hecho importante y el cual ha sido acogido por la doctrina en general dentro de la forma, es la notificación, el cual sería el momento en el cual el acto empieza a

[13] Roberto Dromi, Op. Cit., pág. 368

tener eficacia; si bien tiene vida jurídica desde su expedición, el momento de la publicidad surte efectos jurídicos.[14]

Efectos del acto administrativo

De manera general los efectos del acto administrativo son los efectos jurídicos que este produce, cuando el acto surte efectos el mismo se vuelve perfecto y entonces estamos frente a un acto eficaz y por tanto, ejecutoriable. Sin embargo cuando los efectos no se producen o no se producen de manera válida nos encontramos frente a un acto ilegitimo, que puede tornarse en anulable en algunas ocasiones y en otras puede perder su total validez, eficacia y hasta existencia, entonces hablamos de un acto nulo.[15]

Partamos del hecho que el acto administrativo, como se dijo, siempre produce efectos jurídicos, por lo que existe implícitamente en este una presunción de legalidad y la presunción de ejecutoriedad.

Presunción de legalidad: tal como Dromi establece "la presunción de legalidad es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con la que se mueve la actividad estatal"[16] y es que esta presunción supone que los actos de la administración pública, se encuentran en plena armonía al ordenamiento jurídico vigente. Esta presunción permite al Estado realizar su actividad y hacer cumplir sus resoluciones

---

[14] Respecto de la notificación, el art. 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece: Notificación.1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas; 3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. 4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones.

[15] Marco Morales Tobar, El Acto Administrativo- Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia, Edición Tribunal Constitucional, pag.111, Quito- Ecuador 1999.

[16] Roberto Dromi, DERECHO ADMINISTRATIVO, pg. 249, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Argentina, 2001

apegado al ordenamiento jurídico y todo organismo del Estado está obligado a realizar lo que manda la ley, tal y como se encuentra establecido en nuestra Constitución.[17]

Presunción de ejecutoriedad.- "La Presunción de ejecutoriedad permite a la administración cumplir materialmente sus decisiones"[18]. Este atributo permite que la administración pública ejecute sus decisiones, sin necesidad de que otra autoridad lo autorice. Característica necesaria para que el acto administrativo emanado por la administración sea posible y que esta pueda realizar su trabajo, pues, por ejemplo, estaría suspensa su actuación hasta que un organismo judicial otorgue el visto bueno de actuar lo que ocasionaría un entorpecimiento en la labor administrativa del Estado.

1.1.3 Actos administrativos expresos y tácitos

Actos administrativos expresos

Ya se ha mencionado como primer elemento del acto a la voluntad y si bien esta es unilateral y emanada por un órgano competente tiene que ser concordante con el marco legal. Antes de empezar este estudio, debemos tener claro que el la voluntad del acto administrativo es por su naturaleza unilateral, generada únicamente y emanada por la autoridad del órgano que la emite; voluntad que es indispensable que sea exteriorizada y perfeccionada como tal en el acto administrativo.

Al referirnos a un acto administrativo expreso, estamos diciendo que las decisiones de la administración se materializan a través de las palabras, pueden ser éstas emitidas en forma oral o escrita; y, puede tratarse de decisiones regladas o discrecionales.

Son regladas cuando las facultades del acto administrativo se encuentran reguladas por una norma jurídica, que en concreto determina la actuación jurídica que la administración debe seguir. Se determina su contenido y forma y limita la arbitrariedad de la administración; en nuestra legislación esta actividad reglada tiene que tener

---

[17] Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. Ver CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008

[18] Patricio Secaira, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pg 182, Editorial Universitaria, Quito, 2004

conformidad con el inciso segundo del artículo 5 y literal “a” del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.[19]

Y son discrecionales en la medida en que existe una cierta libertad de apreciación que la norma jurídica concede a la administración, pues, en determinados casos es necesario que la autoridad tenga un margen de actuación libre frente a diferentes circunstancias que puede darse en la esfera de la realidad social y que la norma no prevé.[20]

Pero tal como prevé el principio de legalidad en el ámbito público solo se puede hacer lo que está establecido en la Ley, es decir que no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

Para poner un ejemplo claro, la discrecionalidad de contratar que tienen las entidades públicas en todo proceso de menor cuantía de bienes y servicios y en las consultorías por contratación directa.

Actos administrativos tácitos

Se ha dicho que la voluntad de la administración tiene que ser manifestada de manera expresa necesariamente, pues nos estamos refiriendo a la regla general en realidad y al hablar de actos administrativos tácitos estaríamos frente a la excepción a la regla.

Dromi, señala que el “silencio administrativo es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad para no dejar desamparado al reclamante (...) por el transcurso de un cierto plazo, sin que la administración resuelva, se presume que ha

---

[19] Art 5(…) La administración obra en ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo.; Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración… Ver. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

[20] La Facultad discrecional se encontrará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación de hecho que la norma prevé o en fin a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional. Ver. Héctor Mairal, CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, pág. 647, Buenos Aires, Editorial de Palma,1984

actuado..."[21], de manera cierta se manifiesta que tácitamente se ha dado una manifestación de la voluntad de la administración.

El silencio administrativo es un ejemplo de una actuación tácita que la ley prevé de la administración, institución que considera como una aceptación a la petición del administrado, cuando esta no se pronunciare en el término de 15 días[22], institución establecida en la Ley de Modernización del Estado.

Es importante señalar que en el ámbito del derecho tributario, al silencio administrativo se lo considera como una aceptación tácita a las pretensiones del contribuyente de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código Tributario.

De igual manera, la jurisprudencia en el Ecuador admite la posibilidad de impugnar declaraciones administrativas que sin ser expresas se interpretan como actos de la propia administración, es decir actos tácitos.[23]

La distinción entre el acto expreso y el tácito es clara, sin embargo hay una distinción muy interesante que la realiza Benalcázar entre lo que es el acto tácito y el implícito.

> El acto tácito es aquel que deriva de hechos, estos es, de comportamientos positivos o negativos de la Administración (*facta concludentia*), de cuya interpretación y análisis se puede deducir de manera unívoca y concluyente la existencia de una declaración administrativa. Por ejemplo, si en un contrato administrativo de obras se ha pactado la entrega en una determinada fecha, pero la recepción se realiza en otra distinta y nada dice la Administración sobre la

---

[21] Roberto Dromí, EL ACTO ADMINISTRATIVO, 3ª. Ed., p. 53, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 1997

[22] De acuerdo con el Código Tributario, el plazo es de ciento veinte días hábiles; y, de acuerdo con el Código Orgánico de Ordenación, Autonomías y Descentralización, el término es de sesenta días.

[23] Como acto tácito: según esta perspectiva, la administración pública puede manifestar su voluntad en forma expresa o tácita: expresa, cuando mediante ella quede de manifiesto directa o concretamente el objeto del acto. Tácita o Implícita, cuando la declaración se puede decir inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la administración pública". (MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO EDICIONES DEPALMA BUENOS AIRES, 1996, P.165). De estas enseñanzas fácilmente se concluye que para que exista acto administrativo no requiriese necesariamente de la declaración de la voluntad del administrador aparezca "materialmente" dicho de otro modo conste en un documento; pueden existir actos administrativos que la doctrina los denomina tácitos, cuando del comportamiento, de la conducta, de la actitud, lleva, en forma inequívoca, a la conclusión de que un funcionario público ha hecho una declaración de voluntad unilateral, que produce efectos jurídicos, individuales y directos. En caso del sub judice el Tribunal de instancia aplicando estos criterios doctrinarios y analizando la prueba debidamente actuada" que no le corresponde revisar a esta Sala, "y de acuerdo con las reglas de la sana crítica…" ha llegado a la convicción "… que los demandados separaron arbitrariamente del cargo que desempeña en esa municipalidad el actor…" Ver. Gaceta Judicial, año C.V, serie XVII, No 15. Pág. 5212.

mora, se podría entender una prórroga tácita. Por su parte, el acto implícito es aquel que se infiere de otros actos expresos. Cuando éstos últimos presuponen necesariamente la existencia de otra decisión, es decir, son incompatibles con la inexistencia de ella, cabe considerar que ha quedado configurado un acto implícito que incorpora tal decisión. Por ejemplo, la convocatoria para ocupar un cargo de libró remoción, lleva implícita la remoción del funcionario.

1.2 Derecho de petición

Si el tema principal del trabajo de tesis es el silencio administrativo, es importante resaltar la relación que tiene este mismo con el derecho de petición como la facultad que tiene toda persona, para acudir a cualquier autoridad y elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta resolución por parte del destinatario. Según señala nuestra Constitución, en ningún caso la petición se la puede presentar en nombre del pueblo, pero sí se la puede hacer en forma individual y/o colectiva, ya sea por motivos de interés general o ya de interés particular.

La doctrina en general habla del derecho de petición como un derecho subjetivo propio del derecho público, por tener una relación directa con los intereses y necesidades de los particulares frente a la relación que existente entre el administrado y el Estado, por el hecho de pertenecer a éste, generando derechos y obligaciones.

De este modo, decimos que el derecho de petición, es un verdadero derecho político que al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona en forma individual y/o colectiva, para concurrir ante cualquier autoridad, solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.[24]

Así pues el derecho de petición al encontrarse establecido en nuestra Constitución, otorga a toda persona la facultad de realizar requerimientos y quejas ante las autoridades, y a recibir atención o respuestas motivadas, garantizando de igual forma la participación ciudadana y el control social dentro del Estado.

[24] "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". Ver. Constitución de la República del Ecuador.

Para entenderlo de mejor manera remitiremos a cuáles han sido los antecedentes de este derecho; cuál es su naturaleza, fin y características; y, haremos un breve análisis del mismo como derecho fundamental consagrado en el Ecuador.

1.2.1 Antecedentes del derecho de petición

El derecho de petición como tal, se remonta a lo que conocemos como Estado de Derecho, el cual surge como una antítesis al absolutismo, en el que el monarca concentraba el poder desde cualquier punto de vista; su poder era indivisible, inalienable y libre. Los actos positivos del ejercicio del poder (legislación, administración y jurisdicción) se apoyaban en la última instancia de su decisión.

El Estado de derecho nace y coincide con el final del absolutismo e implica la imposición de la burguesía entre el siglo XVIII y siglo XIX, que a partir del poder económico alcanzado impusieron reclamos políticos y determinaron una transformación radical en la sociedad y el concepto de Estado.

Este Estado de derecho permite que sus autoridades se rijan, permanezcan y se sometan a un derecho vigente en lo que se conoce como un Estado de derecho formal, es decir que el poder se encuentra regulado y controlado por el derecho dentro de la esfera de derechos individuales; respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un adecuado ejercicio del poder público.

Consecuentemente, viene el nacimiento de la democracia, lo cual involucra la participación de los ciudadanos dentro de las decisiones que tome el estado, así nace el derecho de petición en el siglo XVIII, la presentación de peticiones, era considerado en muchos casos, como una injerencia ilícita de los súbditos en la jurisdicción de las autoridades públicas; más aún se consideraba como una especie de rebelión. Hoy en todas las constituciones de casi todos los países del mundo, existe este derecho de petición.

De tal manera que el derecho de petición es uno de los derechos más antiguos y clásicos, consagrados y reconocidos por los Estados en pro de los ciudadanos; y este derecho estaba garantizado en las anteriores constituciones de nuestro país, aun cuando hay que señalar no en la forma que está regulada actualmente en el Art. 66 numeral 23; derecho que involucra directamente a la institución del silencio administrativo.

1.2.2 Naturaleza del derecho constitucional de petición

Para dar comienzo la naturaleza del derecho de petición me voy a permitir citar lo que la Corte Constitucional de Colombiano dice al respecto:

> Se trata de uno de los derechos fundamentales, cuya efectividad resulta indispensable, para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la participación de todos en las decisiones que los afecten, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas.[25]
> (El subrayado me pertenece)

El derecho de petición es un derecho constitucional que otorga la posibilidad de que los particulares accedan a las autoridades públicas, mediante peticiones, requerimientos o reclamos y quejas, que obligan a los órganos estatales a responder motivadamente los requerimientos por el solicitante o los solicitantes en el tiempo que la ley les otorgue para el efecto, de ahí deviene su naturaleza, el acceso y la posibilidad de solicitar, reclamar o recurrir a cualquier tipo de autoridad pública y recibir de esta un pronunciamiento de carácter conforme a derecho, adaptado a los hechos.

Características del derecho constitucional de petición

La doctrina de manera general ha establecido ciertas características comunes al derecho de petición, como un derecho político constitucionalmente reconocido y que permite ejercer la participación activa de los particulares con el estado y de este para con las personas; a partir de esta premisa se han podido establecer las siguientes características:

1. Es un derecho fundamental;

2. La efectividad del derecho de petición es esencial para el logro de los fines del Estado;

3. Se debe dar pronta resolución a las peticiones; y,

[25] Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-12 del 25 de mayo de 1992

4. Es una obligación irrecusable del Estado;

5. Corresponde al legislador, fijar los términos para que las autoridades respondan en forma oportuna...[26]

Otra de las características que la doctrina establece es que se trata de un derecho al que cualquier persona sin distinción puede acceder, sin que medie discriminación alguna para el efecto y el tener derecho de poseer ese potencial, posibilidad o eventualidad de dirigirse a la autoridad competente, para realizar la solicitud pertinente ya sea por interés personal o colectivo.[27]

Haciendo una análisis más minucioso podemos mencionar que dentro de lo que debe contener una solicitud debe estar dirigida a la autoridad pública competente; los nombres y apellidos completos del solicitante o del grupo de solicitantes, con sus respectivos representante o apoderado, si fuere el caso, con indicación del documento de la cédula de ciudadanía, de votación, en ciertas peticiones inclusive de RUC y de la dirección domiciliaria; la descripción del objeto de la petición; las razones en las que se apoya; la relación de documentos que se acompañan; y, la firma del peticionario cuando fuere del caso.[28]

Lo que hace efectivo el derecho, es que la petición o queja efectuada hacia la administración sea resuelta en el sentido que ésta lo considere, porque hasta ahí es donde debe llegar su alcance.

Se trata de un derecho conferido a todos los habitantes de la nación para solicitar o hacer presentes sus puntos de vista ante las autoridades sobre cualquier punto con la obligación de ser resuelto.

---

[26] José García Falconí, EL JUICIO ESPECIAL POR LA ACCION DE HABEAS DATA; Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A: LA INTIMIDAD; PRIVACIDAD; IMAGEN; AL HONOR; A LA NO DISCRIMINACION; A LA IGUALDAD; AL DE PETICION; AL DE INFORMACION; SUS LIMITACIONES Y RESPONSABILIDADES, pg 96-97, Ediciones Rodin, Quito, Ecuador, 2000, 1ra edición

[27] Bulla Romero Jairo Enrique, DERECHO DE PETICION, pg44, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia

[28] José García Falconí, EL JUICIO ESPECIAL POR LA ACCION DE HABEAS DATA; Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A: LA INTIMIDAD; PRIVACIDAD; IMAGEN; AL HONOR; A LA NO DISCRIMINACION; A LA IGUALDAD; AL DE PETICION; AL DE INFORMACION; SUS LIMITACIONES Y RESPONSABILIDADES, pg 98, Ediciones Rodin, Quito, Ecuador, 2000, 1ra edición

Fin del derecho constitucional de petición

El derecho de petición constituye una garantía del administrado ante la administración, ya que está se ve el deber de responder con las obligaciones que tiene para con a sus particulares

Es un derecho que constituye fundamento de protección y garantías para los ciudadanos, que pueden incluso mediante mecanismos jurídicos hacer exigibles sus requerimientos

Es necesario recalcar que el derecho de petición es creado con la finalidad de que el Estado responda de manera objetiva y fundamentada los requerimientos y quejas efectuadas por sus ciudadanos oportunamente y en el tiempo que la ley otorga para el efecto; pero no hay que confundir este hecho con la respuesta que la administración debe otorgar. De ningún modo significa que el órgano requerido se encuentra obligado a otorgar un pronunciamiento favorable al requirente; es la oportunidad con la que la administración debe pronunciarse ante el peticionario y la motivación con la que debe hacerlo mas no a la decisión que debe tomar; aunque la respuesta sea negativa. La finalidad de este derecho de petición, sería evitar respuestas tardías o la ausencia de las mismas, de modo que la administración pública sepa responder al ciudadano oportunamente, manera clara y motivada.

Por el mismo hecho de que el derecho de petición es un derecho constitucional que resulta una vía para alcanzar los fines que persigue el Estado, sobre todo en un estado que la democracia es la base, tiene que asegurar la participación plena de los ciudadanos en los deberes del estado y que las instituciones cumplan las funciones y fines para las cuales fueron creados.

Lo que se pretende con este es que las relaciones entre el estado y particulares no se limiten al de gobernante y gobernado, sino que exista una participación ciudadana y que el servicio público sea un medio para el cumplimiento de los fines del estado a través de los particulares y que estas autoridades estén al servicio de las personas, dentro de un esquema ético, profesional, legal y oportuno.

1.2.3 El derecho de petición en el Ecuador

El Art. 66 de la Constitución de la República, en su parte pertinente dispone "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".

Ya se ha dicho que el derecho de petición es uno de los derechos fundamentales de la administración y que el hacer efectivo este derecho es indispensable tanto para los particulares con para los objetivos que tiene el Estado; la participación ciudadana en las decisiones de la naciones así como exigir que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas, aseguran el respeto de las garantías de los principios, derechos y obligaciones consagradas en la Constitución de la República, es ahí por qué este derecho es tan importante respetarlo y preocuparnos por hacerlo efectivo.

La Constitución es clara al manifestar que las autoridades deberán otorgar atención o respuestas motivadas y establece los parámetros que debe contener la misma, por lo que la doctrina ha sabido instituir los parámetros mínimos que una respuesta debe tener ser motivada:

1. La manifestación de la administración pública debe ser adecuada a la solicitud planteada; esto es debe existir correspondencia e integridad;

2. La respuesta debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea; esto es el funcionario público debe motivar su resolución; debiendo recalcar que la motivación es una obligación constitucional que se encuentra señalada expresamente en el Art. 76 numero 7, letra l) de la Carta Magna; y,[29]

3. La respuesta debe ser oportuna y de conformidad con el tiempo que la ley prevé para el efecto.

Es esencial y un deber de la administración el pronunciarse expresamente y de forma pertinente, es decir en el ámbito de lo jurídico, conforme a derecho, o lo que es

[29] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. Ver. Constitución de la República del Ecuador.

igual, que exista una motivación en la resolución[30]; pero también está de por medio la oportunidad que esta tiene para pronunciarse y el elemento del tiempo es un factor esencial para garantizar la efectiva aplicación de este derecho. La Ley de Modernización del Estado manifiesta que los requerimientos dirigidos a cualquier autoridad pública deben ser resueltos en un término de 15 días[31] y en caso de no existir resolución alguna o una respuesta tardía por parte del funcionario requirente, existen mecanismos jurídicos coercitivos que garantizan la aceptación del petitorio así como sanciones para el funcionario requerido.

La ausencia de respuesta a la solicitud o la contestación tardía de lo requerido por el administrado es una violación al derecho de petición, derecho consagrado en la Constitución de la República y garantía de los ciudadanos.

Como ya se mencionó existen mecanismos que permiten la exigibilidad y cumplimiento del derecho de petición por parte del ciudadano cuando éste se ha violentado; tanto así que el peticionario puede recurrir ante los jueces competentes para mediante la vía judicial hacer exigible su derecho y garantía reconocida constitucionalmente. El derecho de petición no es una prerrogativa de la administración pública que implique una decisión positiva o favorable por parte de ésta, es un derecho garantizado que tiene como fin otorgar al administrado una respuesta óptima, conforme a derecho y oportuna.

No hay que olvidar que el derecho de petición es el nexo mediante el cual el administrado puede tener relación con administrador o el Estado, es la vía mediante por la que estos dos pueden interactuar y tener relación, en la que se reconoce como al ciudadano común como un miembro activo y que participa de un Estado organizado, compuesto bajo sus leyes y una Constitución que le amprara y por medio de la cual puede exigir observancia de las normas de convivencia previstas.

---

[30] Art. 122.- Motivación. 1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública. Ver ERJAFE

[31] Art 28.- 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… Ver. Ley de Modernización del Estado

La segunda sala del antiguo Tribunal Constitucional, en su resolución No. 0692-2006-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial 42 de 10 de Abril del 2008, al respecto del derecho de petición, manifestó lo siguiente:

> El derecho de petición, es uno de los derechos subjetivos del Derecho Público, es decir, que tiene relación estrecha con los intereses y razones de la persona, frente al Estado, y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo. Es por esto que el derecho de petición, es un verdadero derecho político, que al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona para concurrir ante cualquier autoridad, exigiéndoles sus criterios o iniciativas o solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

1.3 Silencio administrativo

El silencio administrativo se lo podría conceptualizar como una manifestación de la voluntad presunta de la autoridad pública en ejercicio de sus funciones administrativas y que, implícitamente constituye un acto administrativo, que ante la ausencia de pronunciamiento de la administración, se debe atender a lo dispuesto en la norma legal, para el caso que nos compete la aceptación de la petición. “El silencio administrativo se genera cuando la administración pública por incuria o negligencia no emite resolución dentro del tiempo asignado por la ley”[32]

1.3.1 Naturaleza del silencio administrativo

Partamos de la premisa de que la administración pública tiene la obligación de resolver expresamente todos los procedimientos que ante ella se tramiten y además tiene el deber de notificar oportunamente las decisiones que adopta frente a peticiones y reclamos efectuados por el administrado; al decir oportunamente nos referimos a que tiene que manifestarse dentro de un plazo establecido y dentro del ámbito del su competencia, además que sus respuestas sean debidamente motivadas; en este

[32] Secaira Durango Patricio, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pág. 214, Editorial Universitaria, 2004, Quito- Ecuador

sentido el numeral 23 del art. 66 de la constitución de la República del Ecuador estable que los ciudadanos tienen “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.”.

Sobre el silencio, el Art. 28 de la Ley de Modernización establece:

> 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.

Tal como se menciona en el citado artículo, la administración pública de manera general está en la obligación de responder al pedido efectuado por el administrado dentro del término establecido en la ley, en este caso 15 días salvo que haya manifestación legal expresa que diga lo contrario.

El silencio administrativo opera cuando existe ausencia de voluntad expresa de la administración, en cuyo caso, la ley pasa a sustituir esa voluntad expresa, reemplazándola por un acto que nace de la ley. Por lo tanto, el silencio administrativo tiene iguales efectos que las presunciones de derecho; puesto que el ministerio de la ley es el que suple la incuria administrativa para garantizar los intereses del administrado. Por ello la doctrina aprecia que el efecto del silencio administrativo es un acto presunto de la administración, señalado de modo concreto por la ley. Los efectos legales del silencio administrativo tienen como propósito primordial impedir que la administración abuse de su condición de ventaja frente al administrado, a quien no puede coartarse o impedirse el ejercicio pleno de sus derechos de acceder al servicio público requerido o, de oponerse en sede administrativa o judicial a la negativa, desconocimiento o no reconocimiento del derecho cuyo reconocimiento se ha peticionado o reclamado[33]; entonces el acto presunto que nace del silencio administrativo impide que el administrado quede en indefensión, por cuanto nuestra misma Constitución otorga a

[33] Secaira Durango Patricio, Op. Cit, pág. 210

todas las personas el derecho a acudir a los órganos judiciales y exigir tutela. Entonces vamos a sostener en esta tesis que el silencio administrativo es un acto presunto, al cual la Ley le ha atribuido efectos.

1.3.2 Efectos positivo y negativo del silencio administrativo en nuestra legislación

De lo que se ha podido decir hasta ahora, está claro que el efecto del silencio administrativo se encuentra supeditado a la ley, es decir que la norma va a establecer si la falta de pronunciamiento o un pronunciamiento tardío por parte de la administración va a constituir una aceptación o una negativa tácita por parte del órgano público.

García de Enterría al respecto dice que:

> En ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por si misma esa voluntad inexistente presumiendo que a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo.[34]

De modo, sea que, la ley prevea o efectos positivos o negativos para el silencio administrativo; no cabe interpretación alguna si esta no preestablece o determina efectos frente a la ausencia de manifestación de la administración.

Lo claro aquí es que los efectos del silencio administrativo se producen cuando existe un pronunciamiento por parte de la administración, después del tiempo establecido por la ley o simplemente no haya uno. En la legislación ecuatoriana, en la teoría el efecto opera de forma inmediata como se desprende de art. 28 de la Ley de Modernización del Estado[35], surtiendo efectos positivos a favor del administrado; digo de en teoría porque como se analizará más adelante, existen requisitos constantes en la propia ley que obstruyen el ejercicio del Silencio Administrativo, sin deja de lado el proceso extenso que este representa.

---

[34] García de Enterría Eduardo, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo 1, pág. 540-541, Editorial Civitas S.A, Madrid-España

[35] En todos los casos vencido el término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. Ver Art. 28, Ley de Modernización del Estado.

Con todo esto es importante determinar que la ausencia de pronunciamiento por parte de la administración pública cuando el administrado ha efectuado una petición o reclamo, implica violación a las normas legales, por lo cual el silencio administrativo es la consecuencia de la administración al no haber cumplido con su deber de acción y como tal una infracción a la ley.

Efectos negativos del silencio administrativo en el Ecuador

La teoría del silencio administrativo negativo afirma que es un mecanismo jurídico mediante el cual el administrado agota la vía administrativa antes de acudir a la vía jurisdiccional; de modo que la ausencia de pronunciamiento por parte de la administración permitiría demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa el derecho que tácitamente se ha negado a causa del silencio, siendo según esta corriente un mecanismo de defensa del administrado que por el hecho de guardar silencio se evita el juzgamiento de sus actos.

> Esta fisura del sistema de tutela del sistema jurídica es, precisamente, la causa y origen de la técnica del silencio administrativo de efectos negativos: pasado cierto tiempo sin resolver, la administración, el administrado podrá entender denegadas sus peticiones o pretensiones, para acceder a la instancia siguiente en la misma vía administrativa o la vía jurisdiccional, no obstante lo cual, la Administración no queda eximida del deber de resolver y dictar un resolución expresa tardía en cualquier sentido.[36]

En nuestra legislación la figura del silencio administrativo, denominada por la propia doctrina como una ficción legal de efectos puramente procesales[37], imperó hasta la promulgación de la Ley de Modernización del Estado y la Ley 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994).

De conformidad con lo que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, toda solicitud se entenderá aceptada por el silencio administrativo cuando no

---

[36] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pg. 601-603, 9na. Edición, Thomson Civitas Madrid, 2004

[37] El silencio administrativo de efectos negativos constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento del acto o resolución administrativa previa con el concreto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal y de permitir la fiscalización judicial. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no traduce novedad alguna en la situación jurídica sustancial del administrado; no agrega ni quita nada, pues solamente confirma en derecho una situación de hecho: el interesado no adquiere lo que solicita o pretende. Ver. Ernesto García- Trevijano Garnica, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL, pág. 88, Civitas, Madrid, 1990.

exista pronunciamiento expreso del órgano competente para el efecto. La generalidad es la aceptación por parte de la administración, sin embargo existen casos excepcionales en nuestro país que prevén el silencio administrativo negativo, tal como se desprende a continuación:

> ERJAFE:
>
> Art. 212.- Acción judicial.- Si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.
>
> LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO:
>
> 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.

Entonces si bien la institución del silencio administrativo positivo impera desde la promulgación de la Ley de Modernización del Estado en el año 1994, no es del todo cierto afirmar que no existen casos de silencio administrativo negativo en el Ecuador como se menciona en los párrafos anteriores, donde se cita textualmente el Art 212 del ERJAFE y el art 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Efectos positivos del silencio administrativo en el Ecuador

Mediante el silencio administrativo positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición que ya se mencionó anteriormente en esta tesis, así como al de

obtener por parte de la administración una oportuna y motivada respuesta, tal como se encuentra consagrado en nuestra Constitución de la República como ya se ha dicho; es por eso que podemos decir que el silencio administrativo no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino que es una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo.[38]

A más de lo que se ha hablado sobre el efecto positivo del silencio que le otorga la ley, fundamentado en la Constitución y el pronunciamiento de la jurisprudencia, autores en la doctrina, como García de Enterría sobre el silencio administrativo dicen lo siguiente:

> El silencio positivo de la administración tiene sentido y una funcionalidad radicalmente diferente. De acuerdo con ello, su configuración técnica, su ámbito de aplicación y su régimen jurídico también son distintos. En su versión positiva o estimatoria, el silencio de la administración no tiene nada que ver con la finalidad de facilitar las exigencias procesales de que derivan de la configuración impugnatoria del recurso contencioso administrativo. Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para determinada actividad, una autorización o aprobación administrativa. En rigor el silencio administrativo es una técnica de la autorización o aprobación, por la de un veto susceptible de ejercitarse durante plazo limitado, pasado por el cual el pedido por el requirente se entiende otorgado. (El subrayado me pertenece)

[38] EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.- 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… Ver Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716.

De lo que se desprende del párrafo citado por García de Enterría, podemos decir que el silencio administrativo positivo, no es una herramienta jurídica que facilita las exigencias procesales o las peticiones que tiene el administrado, sino que se trata de un instrumento jurídico que precautela y vela por la seguridad jurídica de los ciudadanos, evitando la administración pública desconozca su obligación de responder y motivar sus réplicas dentro del plazo legal que tienen los órganos del estado para hacerlo.

Pero no toda petición o queja efectuada por el administrado es causa de una aceptación tácita por parte de la administración pública, la persona no puede obtener todo por medio del silencio, la pretensión que se haga siempre deberá ser en primer lugar dirigida al funcionario y entidad pública competente para resolver y segundo no cabe pensar en que surta efectos cuando este opere en contra de la ley; es decir que la solicitud también tiene que ser legítima y posible ya que el silencio al ser una institución que nace de la propia ley, es inadmisible pensar que la misma propugne su propia violación.

Sobre el requisito de que la petición debe ser dirigida al funcionario y entidad competente, la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 04 de octubre de 2004 publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 17 de 13 de mayo de 2005 expresa lo siguiente:

> PRIMERO: (…) esta Sala en numerosos fallos ha hecho suya la doctrina de la línea jurisprudencial española según la cual: "la obtención por el 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" (García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, I, Octava Edición, Editorial CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 590), lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efectos 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. (Subrayado me pertenece)

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 129 literal "f" establece que "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" son nulos de pleno derecho, por lo que se sustenta lo que se ha dicho en el párrafo anterior. Al efectuarse la aceptación tácita del silencio administrativo, se está produciendo un acto presunto, por lo que pretender aceptar una petición contraria al ordenamiento jurídico que otorgue derechos o facultades no es posible porque la misma normativa legal del ecuador no lo permite.

Para complementar lo dicho, de acuerdo a la doctrina, los célebres juristas García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández aportan que:

> El silencio positivo es en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, pueda obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además el interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla.

La resolución No 408-RA-01-1S, publicada en el Registro Oficial 493 de 14 de enero de 2002 que:

> Los efectos de silencio administrativo previstos en el artículo 28 de la ley de modernización del Estado… Tienen su límite en que dicha petición o pretensión sea legal y posible, sin que pueda adquirirse por el silencio administrativo más de lo que el ordenamiento jurídico expresamente pudo otorgar

Igualmente la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en su Resolución No. 57, publicada en el R.O. 17-S de 13 de mayo de 2005, se ha pronunciado de la siguiente forma sobre el tema:

> Para que silencio administrativo positivo opere se requiere, como condición inexcusable, que la petición sea justa, oportuna que no esté prohibido por la ley, que se encuentre dentro de las prevenciones legales que a ella corresponda y que sea dirigida a la autoridad competente

Entonces, si bien la norma ecuatoriana y la Ley de Modernización del Estado en particular, otorgan el efecto positivo al silencio administrativo, no todo lo que el administrado solicita puede ser causa de aceptación, tal como la misma jurisprudencia así lo ha determinado, pues, para que surta tal efecto, la pretensión debe ser dirigida al

órgano competente y la entidad correcta que debe conocer y resolver sobre la materia, y tiene que ser una petición posible y legítima; por ejemplo que el administrado solicite al Municipio de Quito se le otorgue el dominio sobre la Plaza de la Independencia, va a ser imposible que a pesar de que la Administración no se pronuncie dentro de los 15 días que le otorga la ley para el efecto, que se le otorgue el dominio del bien solicitado.

1.3.3 Silencio administrativo respecto de recursos en sede administrativa

Los recursos administrativos, son acciones a través de las cuales el administrado ejerciendo su derecho de petición busca obtener la revocatoria, reforma o extinción de un acto previo de la Administración.

En sede administrativa, existen tres tipos de recursos que pueden interponer los administrados frente a un pronunciamiento de la Administración: el de reposición, de apelación y el extraordinario de revisión. En el ámbito tributario sólo existe el recurso de revisión. Cada recurso administrativo tiene un propósito diferente y se lo propone en virtud de que el administrado considera que un acto es ilegítimo y ha lesionando sus derechos.

El recurso de reposición es el que se propone ante la misma autoridad que emitió el acto administrativo con el objeto de corregir el vicio que afecta a la resolución administrativa y así evitar dilaciones que pueden dar lugar a instancias superiores; sobre este recurso cabe apelación.

El recurso de apelación, conocido también como recurso de jerarquía o alzada, se lo interpone ante los ministros de estado o ante la máxima autoridad de la entidad, directamente sin necesidad de que haya existido previamente el recurso de reposición, con el objetivo de que se revise la resolución adoptada por el inferior con el fin de que la reforme o revoque por ser lesivo a sus derechos.

Finalmente el recurso extraordinario de revisión se lo propone también ante los ministros de estado o la máxima autoridad del órgano correspondiente de la Administración Pública, pero por tratarse de un recurso extraordinario, se lo propone

únicamente en los casos establecidos en art. 178 del ERJAFE[39]; recursos que se los propone con la finalidad de obtener la revocatoria, reforma o sustitución del acto que se encuentra afectando los derechos subjetivos del administrado

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que tanto para los recursos de reposición y apelación "el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses." y en el caso del recurso extraordinario de revisión no establece un término específico para resolverlo, por lo que de conformidad con lo el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado la Administración tendría 15 días para pronunciarse sobre este último; cabe recalcar que no en materia tributaria el plazo para que se pronuncie la administración es de 120 días en materia aduanera 60 días y para los gobiernos de régimen seccional autónomo será 30 días de conformidad con lo establecido en el art. 387 del COOTAD.

Tenemos que considerar que los recursos ya sean de reposición, de apelación o extraordinario de revisión constituyen una forma de ejercicio del derecho de petición que el administrado ejerce frente al órgano competente del estado que tiene competencia para resolverla. Es necesario puntualizar que con dicho recurso continúa el trámite administrativo que se origina con una solicitud del administrado, la que a criterio del mismo no ha sido resuelta correctamente por el inferior. Si por el superior tiene un término establecido legalmente para resolver, para pronunciarse sobre esa solicitud, que en virtud de la mencionada apelación pasó a su conocimiento, y no lo hace, desde luego que se configuran los efectos del silencio administrativo positivo, con relación a la solicitud presentada.[40]

Sobre lo anteriormente citado existe una excepción, y es que en fallos de triple reiteración, la Sala de lo Fiscal de la ex Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

---

[39] Art. 178.- (…)a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate; c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y, d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme. El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos. El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo. El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

[40] Cordero Ordoñez Patricio, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, pág. 170, Editorial El Conejo, 2009, Quito- Ecuador

Del análisis consignado en este Considerando se concluye que ya 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 de ciento veinte días ni la aceptación tácita previsto en el artículo 21 de la Ley 05.Esta Sala ha sostenido el mismo criterio en los fallos de 2 de diciembre de 1998 (juicio 78-98), de 31de marzo de 1999 (juicio 91-98) y de 14 de junio del 2000 (juicio 156-98).[41]

Es decir que en materia tributaria, sobre el recurso de revisión no existe la aceptación por el silencio administrativo; la ex Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia fundamentó lo anteriormente citado en que la en la definición de la revisión contenida en el Art. 143 del Código Tributario[42], la cual determina que es una que potestad facultativa de la Administración; entonces la Sala concluyó al desentrañar su naturaleza, que no es un recurso. Cabe mencionar que la revisión del acto administrativo tiene que ser resuelta en el plazo de noventa días, en la que se confirmará, invalidará, modificará o sustituirá el acto revisado. Este fue otro argumento utilizado para mencionar que no cabe el silencio administrativo en este caso, pues el plazo fijado en el Código Tributario para que opere el silencio, es de ciento veinte días.

No se nos debe olvidar que el silencio administrativo tiene sustento legal en el derecho de petición consagrado en el Art. 66 numeral 23 la Constitución de la República y que al tratarse de un derecho constitucionalmente reconocido la norma tiene que aplicarse en interpretarse en la forma que más favorezca a su efectiva vigencia.[43]

Las resoluciones que deben ser emitidas por las autoridades administrativas en cualquiera de estos recursos constituyen un acto administrativo, acto administrativo que

---

[41] Jurisprudencia de Gaceta Judicial, Serie 17, Gaceta Judicial 3 de 17 de julio de 2000

[42] Art. 143.- Causas para la revisión.- El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central y los prefectos provinciales y alcaldes, en su caso, en la administración tributaria seccional y las máximas autoridades de la administración tributaria de excepción, tienen la potestad facultativa extraordinaria de iniciar, de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o jurídica, que sea legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, un proceso de revisión de tales actos o resoluciones que adolezcan de errores de hecho o de derecho. Ver. Código Tributario.

[43] Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…)5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Ver. Constitución de la República del Ecuador

tiene que ser emitido oportuna y motivadamente caso contrario se entenderá aceptado por el silencio.[44]

Sobre el plazo que tienen las autoridades para pronunciarse y emitir el acto, Secaira dice: "Pero también concede efectos determinados cuando la autoridad no emite pronunciamiento, esto es cuando existe el llamado silencio administrativo el cual puede ser negativo o positivo a los intereses de los administrados."[45] En definitiva, considero erróneo afirmar que la interposición de un recurso no constituye una petición que la administración tiene que responder de manera motivada, en el plazo establecido por la ley y que de no hacerlo se entenderá aceptada a favor del administrado.

[44] Art. 77.- (…) 2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso. Ver. ERJAFE.
[45] Secaira Durango Patricio, Op. Cit, pág. 188

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN SEDE JURISDICCIONAL

2.1. La administración pública

2.1.1. Concepto de administración pública

De manera general, se conceptualiza a la administración pública como aquella actividad que desarrolla el Estado de manera directa e indirecta para atender las necesidades de sus ciudadanos de forma eficiente y oportuna dentro del marco legal establecido.

La Administración del Estado está dirigida a prestar servicios eficientes y eficaces que cubran en general todas las necesidades de sus miembros; el estado tiene que enfocarse en trazar sus objetivos claros y trazar políticas que permitan obtener un desarrollo económico, social y cultural del país.

Aníbal Guzmán Lara, sostiene que "La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren"

Dentro del Glosario de términos constante en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se define a la administración pública como “la organización con personalidad jurídica que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general”, definición que concuerda con lo establecido en el art. 3 ibídem y como lo define la Constitución de la República en su Art. 227, constituye un servicio a la colectividad.[46]

A partir de lo que es la administración pública, encontramos que existe una serie de principios sobre los cuales está tiene que actuar; principios que permiten generar un mejor administración del estado para alcanzar su fines.

[46]Art. 227.- La administración pública tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán solo las respectivas competencias asignadas. Ver. Constitución de la República del Ecuador

2.1.2 Principios de la administración pública

Las normas y principalmente la Constitución de la República ha establecido como principios de la administración pública a los siguientes: de legalidad, impugnabilidad, eficiencia, eficacia, agilidad, simplificación, transparencia, participación, economía, solidaridad, avocación, calidad, jerarquía, planificación, desconcentración y descentralización.

Principio de Legalidad.-

El principio de legalidad que rige en derecho administrativo; y es que toda actuación generada por un órgano de la administración pública, tiene que encontrarse respaldada por una norma jurídica existente, y cada acto emitido por un servidor que responden a la gestión oficial del Estado y las instituciones públicas, gozan de una presunción de legalidad, es decir que se presume que son emitidos en concordancia con el marco legal existente.

Nos encontramos frente a un principio que requiere de la aplicación de la ley y que presume que todos los actos del estado son legales y han sido elaborados y expedidos dentro de un margen jurídico y constitucional; como lo expresa el jurista Argentino Roberto Dromi, el principio de legalidad en el derecho administrativo es “la columna vertebral de la actuación administrativa”[47].

Principio de Impugnabilidad.-

Este principio se ha creado en favor del administrado con el objetivo de que este pueda manifestar su inconformidad con el acto emitido a pesar de presumirte de legal por las razones ya manifestadas anteriormente.

La impugnabilidad es un principio y un derecho constitucional al que tienen derecho todos los ciudadanos que sientan y consideren que se les ha vulnerado sus derechos, objeción que pude realizarse por medio de la vía administrativa y la vía contenciosa administrativa; ‘‘Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado

[47] Roberto Dromi, DERECHO ADMINISTRATIVO, pg 1021, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001

podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."[48]

Principio de Eficiencia.-

El significado de eficiencia de acuerdo al significado del diccionario de la Lengua española es "la virtud y facultad para lograr un efecto determinado". Se encuentra establecido que las actividades y servicios de la administración pública deben estar dirigidos a brindar un servicio de calidad óptimo destinado a satisfacer las necesidades de los administrados dentro del ordenamiento legal establecido.

Principio de Eficacia.-

Con este principio básicamente nos estamos refiriendo a la efectividad y oportunidad con la que la administración debe actuar, la eficacia reflejada a través de la prestación de servicios públicos brindados por la administración.

Principio de Agilidad:

Se refiere a que la a administración pública debe ser rápida, que sus actuaciones estén revestidas de celeridad.

Principio de Simplificación:

Se refiere a que los procedimientos y trámites administrativos deben ser simples, sencillos, no formalistas ni engorrosos, exentos de rigorismos burocráticos.

Principio de Transparencia:

Comporta la cualidad que debe aplicar la administración pública en su accionar, aplicando procedimientos correctos, diáfanos, transparentes, exentos de sospechas y dudas, los mismos que tienen que estar inmersos en la Constitución, leyes, reglamentos etc.

Principio de Participación:

Radica en la vinculación que deben observar las instituciones públicas y privadas para la prestación de servicios a la colectividad.

---

[48] Constitución de la República del Ecuador, Art. 173

Principio de Economía:

Radica en el conjunto de políticas y estrategias para la mejor utilización de recursos institucionales, como la concentración de actos en los trámites administrativos para evitar la repetición y dilación de las providencias y diligencias, precautelando los intereses de la administración y de las personas vinculadas con los trámites administrativos.

Principio de Solidaridad:

Comporta que la actividad de la administración pública debe regirse por el interés social antes que por el particular. La solidaridad conlleva la mayor aportación de los que más tienen para cubrir los costos de la prestación de servicios comunes, en beneficio de los de menor capacidad económica o de los sectores sociales deprimidos.

Principio de Avocación:

Consiste en la facultad que tiene el órgano administrativo superior para conocer y resolver los asuntos de competencia del órgano inferior, previo la comunicación correspondiente.[49]

Principio de Calidad

Este principio se encuentra enmarcado de manera general, a las características de la entidad pública, las mismas que le confieren la aptitud para satisfacer las necesidades del ciudadano administrado.

Principio de Jerarquía

El principio de Jerarquía, se encuentra relacionado con el orden de prevalencia y superioridad de las normas, es decir.

Sobre este principio, el Art. 425 de la Constitución de la república establece que "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución, los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas, las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas, los acuerdos y resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes

---

[49] http://www.unl.edu.ec/juridica/wp-content/uploads/2010/03/modulo-11-regimen-juridico-de-la-administracion-publica.pdf,ingreso 27 de agosto de 2012.

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

Principio de Planificación

Este principio de manera general determina por anticipado cuáles son los objetivos que deben cumplirse y que debe hacerse para alcanzarlos; por tanto, es un modelo teórico para actuar en el futuro, tanto así que las propias normas legales prevén el Plan Operativo Anual (POA) y el Plan Anual de Contrataciones.

Principio de Descentralización

El objetivo de este principio es mejorar la gestión administrativa del estado, descentralización a través de la delegación el poder económico administrativo o de gestión del Gobierno Central a las entidades u organismos pertenecientes a los gobiernos regional, provincial, municipal (incluidos los distritos metropolitanos) o parroquial.

El Art. 31 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, sobre la descentralización administrativa establece que administrativa "es el proceso mediante el cual una entidad u organismo del Gobierno Central transfiere atribuciones, facultades u obligaciones de que gozaba a favor de otra entidad que es descentralizada ya sea territorialmente o funcionalmente. La descentralización comprende también la creación de nuevas entidades para que ejerzan en el ámbito regional o provincial o de manera especializada funciones originalmente atribuidas al Gobierno Central."

Principio de Desconcentración

Los Órganos administrativos en general, tienen la potestad de otorgar sus competencias a en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado.

Sobre la desconcentración, el Reglamento mencionado anteriormente establece que es el proceso mediante el cual las instancias superiores de un ente u organismo público transfieren el ejercicio de una o más de sus facultades a otras instancias que forman parte del mismo ente u organismo, para lo cual deberán solicitar al Ministro de Finanzas y Crédito Público, determine y apruebe los mecanismos y procedimientos

necesarios para la desconcentración económica conforme con los principios contenidos en la Ley de Presupuesto del Sector Público

2.1.3. Rol que desempeña la administración pública del Estado

Partamos del concepto doctrinario acerca del fin y propósito del Estado, el cual siempre va a ser el bien común de sus ciudadanos. Según Raúl Velasco Garcés al Estado se lo puede definir como la sociedad política autónoma fundada en territorio propio, unificada por vínculos históricos, dirigida por una estructura jurídica de gobierno, que decide en última instancia, y cuyo fin es la realización del bien común de las personas individuales, grupos sociales y entidades subordinadas que constituyen su trama orgánica.[50]

Actualmente para la realización del bien común se ha tomado la teoría o doctrina del Buen Vivir, la misma que prioriza el bienestar de la sociedad al bienestar particular, es decir, un bien común fundamentado en la generalidad de los ciudadanos, pero obviamente no basta con tener el fin específico, sino también hay que tomar en cuenta los medios que se deben emplear para el cometimiento de los fines, es así que en la Constitución de la República del Ecuador se encuentran establecidos de manera expresa los deberes primordiales del Estado Ecuatoriano.[51]

Entonces si nos referimos al Estado Ecuatoriano, decimos que este tiene claramente definido cuál es su fin y sus deberes, vamos a decir que la actividad administrativa implica tomar decisiones en última instancia que impliquen el correcto camino para llegar a conseguir sus objetivos.

Ahora el Estado como tal no se maneja solo, sino que lo hace a través de sus autoridades, es decir todos aquellos funcionarios públicos llamados a cumplir y hacer cumplir las leyes en beneficio del bienestar de la colectividad. Es decir que el sujeto

---

[50] Cfr. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5986:el-rol-del-estado-en-la-constitucion-vigente&catid=304:derecho-publico

[51] Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. 2. Garantizar y defender la soberanía nacional. 3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico. 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir. 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país. 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Ver. Constitución de la República del Ecuador

titular del servicio público tiene tal condición por cuanto su fin se dirige al servicio del régimen jurídico al que se encuentra sometido. En este sentido Rafael Bielsa sostiene que el servicio público consiste en una actividad directa o indirecta de la administración pública, regulada por la Ley, cuyo objetivo esencial es la satisfacción continua de necesidades, a favor de la colectividad.[52]

Si bien el Estado toma decisiones en nombre de sus ciudadanos, fundamentado en el poder que tienen sobre los mismos, éste no es absoluto, ya que la idea es realizar una correcta Administración, sino que tiene límites establecidos y definidos en la normas, cuya misión principal es la de establecer justicia y un bien común, como ya se ha dicho. Ahora bien, esta potestad de suprema decisión, requiere del poder público, mando incontrastable que se arma de todos los medios, expresiones y concreciones indispensables a la ejecución cabal de sus providencias.[53]

De modo que la actividad de la administración del Estado se encuentra encaminada a satisfacer las necesidades generales de sus ciudadanos, en el marco regulatorio de las normas del estado; a través del servicio público, el mismo que de acuerdo a la doctrina general de algunos autores debe ser:

- General: Es decir que es para todos sin distinción, ni dirigido a una o varias personas en particular.
- Igual: Significa que el servicio debe ser igual para todo los habitantes, es decir, mientras el general se refiere a todas las personas, aquí nos referimos que tiene que ser igual para todos.
- Equitativo: Sin confundir el concepto de igualdad, se establece que es una igualdad entre iguales, es el trato justo para con los ciudadanos; por ejemplo el pago de impuestos para ciudadanos para ciudadanos de la tercera edad.
- Regular: Que tiene que estar regulado por una norma
- Continuo.- Que debe ser prestado como su nombre lo indica, continuamente, esto es, sin interrupciones en orden de satisfacer las necesidades.
- Adaptable.- Adaptarse a las necesidades del público
- Eficaz.- Debe satisfacer en general las necesidades de la colectividad.

---

[52] Bielsa, Rafael, DERECHO ADMINISTRATIVO, pg.401, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina
[53] Cfr. Julio Tobar Donoso, ELEMENTOS DE CIENCIA POLÍTICA, 4ta Edición, pg.296, , Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1981.

En conclusión, si bien el Estado toma las decisiones a favor de sus ciudadanos (en teoría), todo acto acarrea consecuencias y es importante recalcar que todas las decisiones que toma el Estado derivan en responsabilidades que este tiene para con sus ciudadanos; por lo tanto los poderes públicos son responsables de sus actos frente sociedad.

2.1.4. Responsabilidad de la administración

Primero considero pertinente comenzar con el tema que nos compete, definiendo el significado de responsabilidad, dentro de la esfera jurídica,; y para esto me voy a permitir citar a Guillermo Cabanellas de Torres, el cual define a la responsabilidad como la "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado."

Ya atendiendo a lo que se señala en nuestra legislación, el Art. 233 de la Constitución de la República establece que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”.

Y sin lugar a dudas la Constitución de la República establece la responsabilidad del Estado frente a los particulares, tanto que “el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”[54]

[54] Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 9

A parte de lo establecido en la Constitución Política de la República, nuestro ordenamiento jurídico prevé el principio de responsabilidad[55] en el cual se establece que existirá responsabilidad de carácter civil, administrativa o penal por acciones u omisiones los funcionarios en ejerció de sus funciones.

La violación o incumplimiento del ordenamiento legal por parte de un funcionario público, acarrea una responsabilidad de carácter civil, administrativa o penal como ya se dijo, ya que el funcionario público de manera particular tiene el más alto deber del Estado, es decir, el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; es así que el Estado puede actuar en contra de los funcionarios que actuaren en contra de los principios constitucionales consagrados y en general del ordenamiento legal.[56]

De manera general, la doctrina y la legislación dividen las responsabilidades de acuerdo al objeto y al sujeto, es decir que tenemos:

- Por el Sujeto: *a) Responsabilidad principal y Subsidiaria*

b) Responsabilidad directa y Solidaria

- Por el Objeto: - *Administrativa, Civil y Penal.* [57]

RESPONSABILIDAD POR EL SUJETO

Debido a los distintos grados de vinculación, no es procedente establecer el mismo grado de responsabilidad ni actuar de la misma manera en contra de los funcionarios que tienen responsabilidad en actos u omisiones efectuadas en ejercicio de sus funciones.

---

[55] Art. 15.- Todas las servidoras y servidores de la Función Pública, cualquiera sea su denominación, función labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos. Ver. Código Orgánico de la Función Judicial.

[56] El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Ver Constitución Política de la República. Art. 9, inciso segundo.

[57] Por el objeto mismo de la responsabilidad, ésta puede ser administrativa culposa, civil culposa e indicios de responsabilidad penal; y, por los sujetos, puede ser principal y subsidiaria, así como directa y solidaria, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Ver. Art.5 Reglamento de Responsabilidades.

En atención esto se clasifican las responsabilidades por el sujeto en: responsabilidad principal y subsidiaria y responsabilidad directa y solidaria.

Responsabilidad principal y subsidiaria:

Responsabilidad principal.- Este tipo de responsabilidad recae en el sujeto que en primera instancia está obligado a dar, hacer o no hacer algo, es decir el titular del cargo público por causa del cargo que ocupa

Responsabilidad subsidiaria.- En este caso el responsable subsidiario responde cuando el principal incumple, es decir el que lo subrogue responderá con el cumplimiento del cargo. Este es un tipo de responsabilidad que acarrean los encargados de los cargos públicos. Sin embargo, puede el subsidiario, cuando haya pagado por el principal responsable, requerir a éste el reintegro vía ejecutiva.

Responsabilidad directa y solidaria:

Responsabilidad directa.- Este tipo de responsabilidades son aquellas, que recaen directamente contra el funcionario, que en virtud de su cargo no realiza o incumple algo.

Al respecto el Art. 42 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que “Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones.”

Responsabilidad solidaria.- Esta clase de responsabilidad se produce cuando dos o más personas en conjunto han tomado una decisión que representa un perjuicio o irregularidad sobre la entidad pública; incluso sobre terceros regidos por el derecho civil, pero que tienen vinculación con el acto o contrato administrativo.

El Art. 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que “Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine.”

RESPONSABILIDAD POR EL OBJETO

Por su objeto de manera general se clasifican las responsabilidades por el objeto en administrativas, civiles y penales. En ellas se reflejan el funcionamiento ilegal, ya sean culposos o dolosos, siempre que ocasionen un grave perjuicio a los entes de la administración pública**.**

Responsabilidad administrativa

En uno de sus textos, Hernán Jaramillo Ordóñez expresa que "se le impondrá una sanción al servidor, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda originar de su actuación"[58], enfatizando en la responsabilidad administrativa que recae sobre un funcionario sin perjuicio de que existan otras de por medio.

Esta responsabilidad surge de la comisión de una contravención administrativa, propia del funcionario público, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 45, contempla que la responsabilidad de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá en base del análisis documentado que se presente por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, en razón de su cargo, así como de las estipulaciones contractuales que por acción u omisión incurran al margen de la ley.

Este tipo de responsabilidad generalmente se produce cuando un funcionario público incumple una obligación o infringe una prohibición propia de su cargo o función, y ello se encuentra sancionado con una medida disciplinaria. Lo que sucede es que a raíz de que se origina la falta administrativa, se da lugar a la imposición de una sanción, la cual se hace efectiva a través de un procedimiento administrativo, la misma que es independiente de otras responsabilidades, es decir que muy a parte de esta responsabilidad, conjuntamente se pueden establecer civiles o penales dependiendo de los casos; esta es más una forma de control de los actos de la administración y del buen funcionamiento de la misma.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su art. 45, establece un concepto de responsabilidad administrativa, denominándolo "responsabilidad administrativa culposa", estableciendo que se determinará la misma en "base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas

[58] JARAMILLO Hernán: Manual de Derecho Administrativo, p. 33, Loja Ecuador, 1999

al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales…"; sin embargo las causales por las que en general al funcionario público podría determinarse una responsabilidad de este tipo se encuentra taxativamente establecido en la LOCGE.[59]

Para concluir hay que recalcar que no procede el establecimiento de esta responsabilidad si es que no hay norma legal que la contemple, consecuentemente la violación de cualquier norma vigente recae en esta responsabilidad.

Responsabilidad civil

La responsabilidad civil se caracteriza por el perjuicio económico que se ha causado, por la actuación o la omisión del funcionario público; cuando se ha determinado esta clase de responsabilidad, la persona se encuentra en la obligación de resarcir por los daños y perjuicios ocasionados, generalmente de manera pecuniaria.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la denomina como "responsabilidad civil culposa" y sobre la misma dice que:

> … se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como

[59] Art 45.- (…)Incurrirán en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que, por acción u omisión, se encontraren comprendidos en una o más de las causales siguientes: 1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores; 2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo; 3. Permitir la violación de la ley, de normas específicas emitidas por las instituciones del Estado, o de normas de carácter generalmente obligatorio expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo; 4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar; 5. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental; 6. No establecer o no aplicar con sujeción a esta Ley y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo; 7. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información; 8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la ley; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo; 9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control; 10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales, y demás organismos de control y fiscalización; 11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás instituciones del Estado; 12. No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido; 13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y, 14. Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes. Ver. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. Los perjuicios económicos causados en la administración de bienes, asignaciones, subvenciones, participaciones ocasionales de recursos públicos, concedidas por el Estado o sus instituciones, a las personas naturales o jurídicas de derecho privado…[60]

Esta clase de responsabilidad se establece cuando un funcionario o servidor público ha perjudicado económicamente a la institución donde sirve, ya sea por mal manejo de los recursos financieros o en el proceso de contratación o de ejecución de obra pública; este perjuicio financiero se lo tramita mediante glosas u órdenes de reintegro.[61]

Los motivos principales por los que se origina este tipo de responsabilidad y consecuentemente la glosa son:

1) Daño o desaparición de suministros y materiales, bienes muebles y otros valores;

2) Egresos injustificados que disminuyen los recursos financieros de la entidad;

3) Préstamos y Anticipos a los empleados, no recuperados;

4) Falta de recaudación de los recursos de la entidad;

5) Pago de interés y multas por falta de oportunidad y negligencia del servidor encargado de realizar los pagos;

6) Incumplimiento total o parcial de contratos de obras civiles, servicios, etc., y;

---

[60]Ver. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Art. 53

[61] Art. 53.- Predeterminación civil culposa y órdenes de reintegro.- (…) Dicho perjuicio se establecerá de la siguiente forma: 1. Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa que será o serán notificadas a la o las personas implicadas sean servidores públicos o personas naturales o jurídicas de derecho privado, concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución; y, 2. Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contado a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.

7) Pagos en exceso en ejecución de obras civiles, adquisiciones, servicios, remuneraciones, entre otros.[62]

Los motivos para una orden de reintegro son:

1) Pago de una persona distinta al acreedor;

2) Pago o transferencia de fondos, sin fundamento legal o contractual, y;

3) Pago con error de cálculo en el valor que se transfiere.[63]

Es importante mencionar que dentro de la responsabilidad civil, no solo pueden incluir a los servidores públicos, sino también pueden incurrir terceros sujetos al derecho privado, quienes se encuentren como contratistas del estado, ya sea realizando una obra o prestando un servicio y entre éstos últimos los fiscalizadores contratados. Todos ellos, de alguna forma están vinculados con el sector público.

Responsabilidad penal

Incurren en responsabilidades penales, los funcionarios y dignidades que en ejercicio de sus funciones, hayan actuado en contra de la ley y que en ejercicio de sus funciones hayan realizado actos u omisiones que constituyen delito previsto y penado por las leyes penales.

Es importante recordar que para que exista una responsabilidad penal, tiene que estar tipificado, tiene que haber el dolo o la culpa del que comete una infracción u omite una obligación, y que la haya realizado mientras se encontraba en ejercicio de sus funciones. Este indicio de responsabilidad penal se encuentra establecido en el art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.[64]

Constituyen principalmente faltas que acarrean indicios de responsabilidad penal, los establecidos en el Art. 233 de la Constitución Política del Estado como el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y los demás establecidos en los Arts.277, 285 y Capítulo innumerado del Código Penal.

---

[62] http://issuu.com/hdavalos/docs/codigo_organico_de_la_funcion_judicial. Ingreso 22 de agosto de 2012

[63] Ibídem

[64] Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos… Ver. Art 60 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En este sentido y una vez que se ha mencionado las clases de responsabilidades en las que un funcionario público puede caer en caso de realizar una acción u omisión contraria al ordenamiento legal, es procedente realizar un análisis de la certificación a la que hace mención el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado y la responsabilidad del mismo para emitir este documento.

2.2 La Certificación del Silencio Administrativo

2.2.1 Generalidades y críticas al certificado que la entidad responsable está obligada a emitir.

Como se ha mencionado en esta tesis, la Ley de Modernización del Estado, determina la capacidad del ciudadano de ejercer su derecho cuando tácitamente ha operado por el silencio administrativo.

La Ley de Modernización del Estado, establece la obligatoriedad del funcionario público de emitir una certificación en la que se establezca que el silencio administrativo operó de manera tácita, es decir, el responsable de la entidad tiene que certificar que no se respondió oportunamente al requerimiento efectuado por el ciudadano, para que acuda al órgano correspondiente y ejecute el derecho aceptado por mandato de la ley.

La intención con esta certificación es la de obtener un documento público que supone una prueba fehaciente frente a terceros y que supone que la administración queda vinculada a aceptar el derecho del ciudadano.

La Ley de Modernización del Estado en su art. 28 establece:

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. (El subrayado me pertenece)

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

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

Tal como lo establece el artículo citado de la Ley de Modernización del Estado, una vez vencido el respectivo término para que la administración responda el requerimiento del ciudadano, este se entenderá favorable en virtud del silencio administrativo y adicionalmente el funcionario competente de la institución tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, una certificación que indique el vencimiento del término que este tenía para contestar.

En esta tesis se pretende demostrar que la introducción de este requisito es un acto que perjudica tremendamente al derecho de petición del administrado y así mismo va en contra de las garantías de los funcionarios públicos, por lo que resulta perjudicial en ambos lados.

Es importante resaltar el absurdo de introducir como requisito este documento, ya que es muy poco probable que un funcionario certifique el hecho de haber cometido un acto que eventualmente puede ser calificado como ilícito y que es generador de responsabilidades como se acotó anteriormente.

Si bien es importante recalcar que la misma norma establece una falta al hecho de que no se atienda a la solicitud de la certificación, este artículo va en contra de lo establecido en el literal c, numeral 7 del art. 77 de la Constitución de la República[65], tomando en cuenta que la Constitución es la norma suprema y que ninguna ley puede estar en contra de la misma.

Un error gravísimo que se incluye al solicitar esta certificación, es el hecho de que se le obligue al administrado a probar un hecho negativo; como todos sabemos el principio de la carga establece que los hechos negativos no se aprueban, pues, el que afirma prueba. Si bien la persona que pretende hacer efectivo el silencio administrativo debe presentar la solicitud o reclamo correspondiente, para probar la existencia del mismo, considero que basta ese documento con el sello de la entidad para avalizarlo como público, razón por la cual es totalmente innecesario volver a pedir esta certificación.

García de Enterría, sobre la certificación del silencio administrativo, emite la siguiente crítica:

> Por lo demás, el hecho como tal de la inactividad de la administración podría ser probado también por cualquier otro medio, para lo cual bastaría, en caso de conflicto, con la mera comprobación del contenido del expediente administrativo por el tribunal que conociese del recurso. Si en éste figura la solicitud inicial del interesado o se aporta ésta en prueba y no hay constancia de que en el plazo establecido se haya producido resolución expresa alguna sobre ella, la existencia del acto presunto quedaría probada sin más.
>
> El segundo problema podrá resultar de la emisión de una certificación incorrecta o inexacta. Tampoco esto menguaría el valor de la eficacia del acto presunto, porque, tratándose como se trata de un hecho muy simple (existencia de una solicitud o inactividad de la administración durante un cierto plazo legalmente preestablecido), el error o la inexactitud de la certificación podrían ser fácilmente

[65]"c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal." Ver Art. 77 #7 literal c), de la Constitución de la República

desvelados. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la posible impugnación del acto certificante incorrecto, que tampoco plantea ninguna dificultad[66]

Y es que en realidad, a más de lo que se ha dicho, la exigencia de esta certificación presupone otro trámite más, que consecuentemente acarrea nuevos plazos de espera, la persecución de un nuevo acto administrativo y un nuevo trámite burocrático innecesario.

En legislaciones como la chilena o la española, se prevé esta certificación también como un requisito. La norma ha sido duramente criticada también en Chile, básicamente en los términos que hasta el momento se han mencionado; sin embargo en España, al notar el evidente error existente, se elabora una solución. Es así que en la Ley Española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el numeral quinto del art.43 se establece:

> 5.- Los actos administrativos producidos por Silencio Administrativo se podrán hacer valer tanto ante la administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido, el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.

De modo que como se desprende de la norma española referida, este certificado no es sino uno de los tantos medios sobre los cuales los ciudadanos pueden demostrar que han adquirido un derecho sobre la base del silencio administrativo.

2.2.2 Responsabilidad de la autoridad que emite el certificado

Empecemos citando lo que la Ley de Modernización del Estado, en su Art. 28 establecen el supuesto de que un funcionario no otorgue una certificación al

---

[66] García de Enterría Eduardo, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo I, pg593, Editorial Civitas S.A, Madrid-España

administrado, en los casos de que no se haya dado respuesta su requerimiento o queja en el plazo legal establecido o simplemente nunca se lo haya contestado.

> Art. 28.- (...) En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.
>
> La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.

El artículo del Código Penal al que se refiere la Ley de Modernización establece que “Será reprimido con multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición”.

Entonces vemos que por la inobservancia y falta de previsión del legislador se dan más problemas, ya que si bien el administrado tiene la facultad de ejercer acciones legales en contra de los funcionarios que no acepte el petitorio de la certificación, el funcionario bien podría argumentar que se está violando su derecho a la defensa, ya que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal, y que bien se está violentando un derecho consagrado en la constitución y al debido proceso.

Entonces vamos a concluir que la Ley se preocupó más por establecer sanciones duras a los funcionarios, que el realmente dar soluciones óptimas y viables para que el administrado pueda ejercer de manera efectiva su derecho de petición; entonces si esta certificación es un requisito de eficacia del silencio administrativo, estaríamos dejando de lado lo que la doctrina en algún punto establece que los actos presuntos obtenidos gracias al silencio administrativo son eficaces desde que se producen, sin supeditar su eficacia a la obtención de una certificación.

2.3. Formas que podrían suplir la certificación

A continuación vamos a analizar opciones que nos permitirían viabilizar el ejercicio de manera efectiva del silencio administrativo y en general el derecho constitucional de petición, introduciendo formas de suplir la certificación absurda a la que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado se refiere y que más que un medio, es un obstáculo al ejercicio de nuestros derechos.

2.3.1. Requerimiento notarial o judicial

Requerimiento notarial: A continuación, vamos a analizar someramente las competencias del notario, y principalmente, al requerimiento notarial, como una opción que a mi criterio es muy interesante y que podría ser una opción para suplir a la certificación que exige el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

El notario se rige por el derecho notarial y por sus principios, dentro de los que encontramos al de la fe pública y la seguridad jurídica, que si bien no son los únicos, considero los más importantes para el caso que nos compete.

FE PUBLICA.- Es la presunción de verosimilitud en los actos autorizados por un Notario.[67] Es decir que los actos emitidos y autorizados por un notario creíbles y ciertos, por eso el notario es un fedatario y todo documento certificado por este se presume como cierto y verdadero.

SEGURIDAD JURÍDICA.- Se basa en la fe pública que tiene el Notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, reales y prácticos.[68]

Tiene su base en el principio de la Fe Pública mencionado anteriormente, y es que mediante un documento emitido por un notario, el ciudadano tiene la certeza de que los documentos gozan de certeza, son reales y prácticos como establece su concepto.

Los Notarios son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las

---

[67] http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5924&Itemid=134 ingreso 11 de septiembre de 2012.

[68] http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5924&Itemid=134 ingreso 11 de septiembre de 2012.

leyes.[69]Es decir que el notario puede a petición de la parte interesado realizar actos mientras se encuentre dentro de sus atribuciones y competencias.

> El art. 18 de la Ley Notarial, dentro de las atribuciones del Notario establece:
>
> Art. 18.- Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:
>
> (…)18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.
>
> De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.

Aquí encontramos que entre las facultades del notario está la de requerir el cumplimiento de obligaciones, entonces bien podría realizarse el requerimiento notarial sin ningún inconveniente y que éste sirva como prueba suficiente para ejercer el silencio administrativo. La ley incluso le faculta para que en caso de al momento de requerir cualquier obligación se suscite alguna controversia, un juez de lo civil pueda hacerse cargo.

Requerimiento judicial: El requerimiento judicial es una diligencia fundamentada en el Código Civil; básicamente en lo que establece los artículos 1567 y 1568.

El Art. 1567 para los fines que nos interesa, establece que el deudor está en mora "Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;…"

---

[69] Art. 6 Ley Notarial.

Esta es una práctica que se la utiliza en materia civil de manera general para establecer el estado de mora o de incumplimiento a través del respectivo requerimiento judicial.

Entonces porque no utilizarla de manera supletoria para que un juez de lo civil mediante este procedimiento certifique que efectivamente la entidad nunca respondió a la solicitud o reclamo del administrado; incluso si es muy descabellado pensar que esta competencia se la otorgue a los jueces de lo civil, se la podría otorgar a los Tribunales de los Contencioso Administrativo, utilizando como norma aplicable la del Código Civil.

Al respecto la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera:

"De conformidad con las reformas del Art. 28 de la misma ley ". . . 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 (aquel que es necesario para que se produzca el silencio administrativo y que por regla general es de quince días), 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 le correspondan" (lo que está entre paréntesis es de la Sala) tanto del texto que habla de la obtención por este medio de mi instrumento público a favor del accionante, como de la doctrina que remonta el origen de esta disposición a la ley española, 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 muñido 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 éste 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.[70] (El subrayado me pertenece)

Este criterio ya se conservó y se ha utilizado en otras sentencias; además del anteriormente citado, la Resolución No. 414-07, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, correspondiente al juicio 19-05, determina lo siguiente:

> "…Como, evidente, era poco probable que la autoridad omisa emitiere 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 fuere emitido dentro del término para atender a estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este requerimiento por vía judicial. De tal forma que quien quiere conseguir a través de los Tribunales Distritales una actuación material de la administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declaradas reconocidos o admitidos, según fuere el caso en un acto administrativo presunto, requiere justificar que ha efectuado estas diligencias en cede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración. (El subrayado es mío)

Como podemos observar existen fallos en los que la ex Corte Suprema de Justicia en su tiempo, pronunció sobre este tema por lo que bien se podrían encontrar varias opciones para suplir el absurdo que a mi forma de ver es que el propio funcionario responsable de haber dado contestación a un requerimiento o queja, emita un certificado, en el que admita su culpa y negligencia; cosa que en la práctica no sucede fácilmente.

---

[70] Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No. 271-06, correspondiente al juicio 253-02, publicado en el Registro Oficial No. 249 de 12 de enero de 2004, p. 19 y 20)

2.3.2. Análisis de jurisprudencia y derecho comparado

Respecto la certificación que se debe solicitar al responsable de emitir una contestación, la jurisprudencia ecuatoriana emitió un criterio importante digno de análisis.

La Resolución de 28 de octubre de 2003, dictada dentro del juicio seguido por Juan Solano y otros en contra de la I. Municipalidad de Cuenca; en su considerando primero establece:

> De conformidad con las reformas del art. 28 de la misma ley, "el funcionario compete 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 (aquel que es necesario para que se produzca el silencio administrativo y que por regla general es de quince días), que servirá como instrumento para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por el Silencio Administrativo a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan" (lo que está entre paréntesis pertenece a esta Sala). Tanto del Texto que habla de la obtención por este medio de un instrumento público a favor del accionante, como de la doctrina que remonta el origen de esta disposición a la Ley española 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 muñido 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 éste 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 tendrá por concedida la certificación. Pero 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 justificación del derecho adquirido por el Silencio Administrativo. (Subrayado es mío)

Tal como se menciona en el fallo anteriormente citado, la Ley prevé la obtención del certificado con el fin de que sirva como instrumento para demostrar que el reclamo o requerimiento ha sido resuelto favorablemente por el silencio administrativo, a fin de que el titular ejerza el derecho que le corresponde; pero como se ha mencionado, es un error el hecho de que este documento constituya el único medio efectivo de prueba, y sobre esto, en esta resolución existe un avance en razón de que se establece que el no obtener este documento, no significa que un limitación al derecho que se ha obtenido por el silencio administrativo.

Es que no es posible si quiera pensar que los efectos del silencio administrativo giren en torno a este documento, ya que de ninguna manera se altera la esencia del silencio.

Tal como lo establece la sentencia, si no se obtuvo la certificación bien podría probarse de otra forma que no se dio contestación oportuna a su requerimiento, pero pienso que quien debería demostrar que contestó dentro del plazo establecido por la ley y de forma motivada, debería ser a la propia administración.

Es preciso entonces citar lo que establece la Constitución de la República:

> **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. (Negrillas fuera de texto)**

Y es que la emisión u obtención del certificado no es más que una mera formalidad, ya que el fondo del tema radica en la ejecución del silencio administrativo y su aplicación una vez vencido el término que tenía la administración para contestar reclamos y los requerimientos del ciudadano.

Así mismo de conformidad con la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, el 25 de Septiembre de 2002, dentro del Juicio seguido por Gloria Juárez Lucero en contra del Consejo Provincial del Azuay, en su parte pertinente establece:

Ahora bien en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para obtener el Silencio Administrativo y no hubiere logrado en sede administrativa tal certificación, su obligación su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atendérsela luego de haber retirado la orden judicial bajo las prevenciones legales de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo y 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 de lo Contencioso Administrativo la acción de ejecución el cual sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia.

Entonces, como vemos, sí existen fallos que hablan de la posibilidad de suplir el absurdo de la certificación a través de un requerimiento notarial como se propuso en este mismo texto.

De igual manera a continuación me remitiré a algunos casos en los cuales en otras legislaciones se ha encontrado una solución óptima para el problema descrito existente en nuestro país.

Colombia

En este ordenamiento jurídico, por ejemplo, el administrado beneficiado por el silencio administrativo positivo debe protocolizar la copia de la solicitud o queja y conferir una declaración jurada de que la administración no respondió dentro del plazo establecido. Esto producirá los mismos efectos de la decisión favorable que se pidió. Así, con la protocolización realizada, el funcionario pierde competencia para decidir

sobre la solicitud y para todos los efectos se entiende entonces resuelta favorablemente.

España

Sobre España ya nos referimos mencionando que en el numeral 5 del art. 43 de la Ley Española de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública establece sobre el certificado que su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido, el propio del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver

Costa Rica

En este país el Decreto No. 8220 “Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos”, establece el procedimiento para aplicar el silencio administrativo de la siguiente forma:

> Cuando se trate de solicitudes para el otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones, vencido el plazo de resolución otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración, sin que esta se haya pronunciado, se tendrán por aprobadas. Producida esta situación, el interesado podrá:
>
> a) Presentar una nota a la Administración donde conste que la solicitud fue presentada en forma completa y que la Administración no la resolvió en tiempo. La Administración deberá emitir, al día hábil siguiente, una nota que declare que, efectivamente, el plazo transcurrió y la solicitud no fue aprobada, por lo que aplicó el silencio positivo o bien
>
> b) Acudir ante un notario público para que certifique, mediante acta notarial, que la solicitud fue presentada en forma completa y que la Administración no la resolvió en tiempo.

Es decir que en Costa Rica si bien se prevé acudir ante el funcionario público para solicitar el certificado, el Decreto también prevé la posibilidad de realizarlo a través de un notario que certifique que la solicitud fue presentada de manera completa y que no se contestó en el término establecido por la Ley.

Hay que tener claro el concepto que la certificación es una mera formalidad y que el derecho y el fundamento del silencio administrativo no se pueden ver afectados por un requisito de forma.

En definitiva concluimos entonces que la certificación es una obstrucción al derecho de petición y violenta tanto los derechos del funcionario público, como del administrado y que en definitiva se pueden realizar reformas que viabilicen el ejercicio del silencio administrativo como pueden ser los casos del requerimiento por parte de un notario o por medio de un funcionario civil a través de un requerimiento judicial; es decir establecer el mayor número de posibilidades para un beneficioso y práctico ejercicio de nuestros derechos constitucionales, en este caso el derecho de petición.

CAPITULO III

SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE CONOCIMIENTO, NO DE EJECUCIÓN

Como hemos mencionado, luego de obtener el certificado, la legislación ecuatoriana contempla que el administrado acuda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a efectos de que sea este Tribunal el que reconozca se ha producido el silencio. Existe duda en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a la naturaleza jurídica del juicio que se entabla para obtener ese reconocimiento, pues, no está claro si se trata de un juicio de conocimiento o de un proceso de ejecución. A continuación, nos referiremos al tema.

3.1. Proceso de conocimiento

3.1.1 Definición, naturaleza y características de los proceso de conocimiento.

De manera general la doctrina define a los proceso de conocimiento como aquellos que resuelven una controversia sometida voluntariamente por las partes al órgano jurisdiccional y que se tramita sobre hechos dudosos y derechos contrapuestos, que debe resolver el juez declarando un derecho cuestionado u otorgando al demandante el objeto sobre el que se litiga.

En los procesos de conocimiento se determina primero la petición del que propone la acción, ya que existe de por medio una controversia sobre un derecho que tiene que ser declarado.

La doctrina de Echandía y Lino Enrique recoge criterios importantes en los que se define a los procesos de conocimiento o declarativos, en los cuales el primero sostiene que:

> Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, que tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la

constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos es derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos.

Y Lino Enrique define al proceso de conocimiento como:

> … Aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor...

En estos proceso la pretensión se satisface mediante la declaración de voluntad emitida por un órgano jurisdiccional, es decir, en esta clase de procesos el juez va a pronunciarse sobre el fondo del asunto y a decidir si el que propone la acción tiene o no el derecho que se está discutiendo.

En los proceso de conocimiento de manera general el juez primero debe conocer de la demanda, la contestación, luego las partes imparten sus respectivos alegatos, luego proponen sus pruebas y finalmente se dicta sentencia; aquí lo que el accionante busca es que se le reconozca el derecho presunto que pretende reclamar, mediante sentencia dictada por el juez declarando la existencia del derecho que se encuentra en litigio. Siempre en los proceso de conocimiento va a existir un derecho controvertido o en discusión a ser declarado.

3.2. Proceso de Ejecución

3.2.1 Definición, naturaleza y características de los proceso de conocimiento.

Podemos definir a los procesos de ejecución como “aquellos destinados a la realización efectiva de un derecho reconocido por un título ejecutivo (normalmente, una sentencia firme) a través de la coacción estatal.[71]

Aquí el ejecutante busca que el juez reafirme a través de una sentencia su derecho preexistente, la característica principal de este tipo de procesos es que es necesario un título ejecutivo, el cual es prueba suficiente y fehaciente para comprobar la existencia de un derecho y cuyo fin es que el demandado restablezca un derecho o cumpla una obligación a través de un proceso ejecutivo.

A diferencia de un proceso de conocimiento, aquí no existe derechos en controversia, por lo que no vamos a discutir sobre la existencia o no de un derecho, sino simplemente se va a mandar a ejecutar el derecho del que propone la acción.

Como se ha dicho en esta clase de procesos, el accionante acude al juez para que condene al demandado el cumplimiento de una obligación correlativa a un derecho preexistente, derecho que no se encuentra en disputa ni es controvertido; lo único que realiza el accionante ante el juez es buscar que la autoridad pública logre el cumplimiento del derecho que le ya tiene.

Los tipos de obligaciones que se pueden demandar de manera general de conformidad con nuestro Código Civil, son:

- *Obligaciones de dar*

- *Obligaciones de hacer*

- *Obligaciones de no hacer*

Obligaciones de dar: Como su mismo nombre lo dice, en las que la persona se obliga a entregar algo, ya sea un bien o una suma de dinero; en los procesos de ejecución cuando se tratan de ejecutar obligaciones de dar, primero se verifican la

[71] http://ocw.uca.es/file.php/29/procesal13.pdf ingreso 16 de septiembre 2012

concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible se procede con el correspondiente trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo interés y gastos demandados, al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los futuros.

> *Código Civil: Art. 1564.-* La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

Obligaciones de no hacer: Estas son aquellas del tipo negativo, en la que su prestación consiste en que el demandado se abstiene de aquello que, de no mediar obligación, le será permisible ejecutar o realizar. El no hacer consiste en abstenerse de hacer una cosa o permitir que otro haga una cosa o permitir que otro haga algo en una cosa de mi propiedad; aquí bien cabe mencionar un ejemplo: obligarse mediante un contrato a no vender una casa hasta que me aprueben el préstamo.

> *Código Civil: Art. 1571.-* Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.
>
> Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.
>
> Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

Obligaciones de hacer: Las obligaciones de hacer son aquellas en las que el demandado está obligado a realizar una acción. Básicamente en estos proceso se enuncia la obligación que se demanda y se debe indicar la persona que deba cumplirla.

> *Código Civil: Art. 1569.-* Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor;….

De los conceptos mencionados anteriormente se concluye que, en virtud de que el Silencio Administrativo es un instrumento jurídico a través del cual se otorgan derechos por el ministerio de la ley, el Juicio para tramitar la ejecución del Silencio debería ser un Ejecutivo, contrario a lo que sucede en nuestra legislación, en la que se lo trata a través de un proceso de conocimiento declarativo de derechos; acción totalmente contraria a la esencia del Silencio Administrativo, ya que aquí no se está discutiendo la existencia de un derecho ni la pretensión principal es la declaración de uno, sino que ya existe un derecho presunto que simplemente se tiene que ejecutar.

3.3 Las acciones contenciosos administrativos

Existen mecanismos a través de los cuales el administrativo sin necesidad de proponer un reclamo previo ante las entidades del estado, puede impugnar actos administrativos y normativos ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; estas impugnaciones las realiza el administrado mediante los llamados recurso subjetivo o también llamado de plena jurisdicción y el recurso objetivo o de anulación.

Tanto al proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción como al de anulación, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa les otorga el mismo trámite y normas en común, se diferencian básicamente en el plazo para proponer la demanda y el tipo de derecho afectado, sobre el que se definirá si se impugna a través de un recurso subjetivo u objetivo, pues cada uno tiene distintos efectos. Sin embargo, en cuanto atañe al tema procesal, debemos afirmar que el procedimiento es el mismo para los dos.

3.3.1 Acción subjetivo o de plena jurisdicción

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su art. 3 establece que “el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”

Como expresamente establece el artículo precedente este recurso ampara al recurrente para proteger su derecho subjetivo que emana de la ley o de un contrato; la

finalidad de este recurso es la de salvaguardar el interés subjetivo del afectado por el acto administrativo, cuando ha sido violentado y desconocido por la autoridad pública competente.

La ex Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo, sobre el recurso subjetivo o de plena jurisdicción determinó el siguiente concepto:

> El recurso de plena jurisdicción o subjetivo llamado también contenciosos reparación estricto sentido provoca una resolución del juzgado administrativo pronunciándose sobre el fondo del problema que decide que el acto administrativo lesiona un derecho subjetivo con facultades no sólo de declarar ilegal el acto impugnado sino para reformar a reformarlo y disponer cuanto sea necesario para reparar o restaurar el derecho vulneras incluso disponiéndose progreso de la indemnización de daños y perjuicios si no se puede restaurar el derecho subjetivo quebranta. Con este recurso se pretende buscar los medios de salvaguardar los derechos subjetivos esto es que el perjudicado su derecho puede recurrir Para solicitar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma tales como los derechos patrimoniales que pueden ser cuantificados en sumas de dinero, proporción de derecho subjetivo al cargo, pago de sueldos y demás derechos no percibidos, indemnizaciones de lucro cesante y otros

Claro está entonces, que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, se propondrá en contra de todo acto o resolución de carácter individual o general que violente o desconozca el derecho subjetivo del recurrente.

Si la administración obra de manera que niega o desconoce un derecho ya sea de forma parcial o total, se conjugan los elementos que legitiman a la persona que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional, que es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y reclamar que el derecho que se le está violentado se le repare y se anule el acto administrativo emitido por la entidad del estado

De igual modo tenemos que tener en cuenta que la oportunidad del presunto afectado para proponer un recurso subjetivo no es ilimitada, de acuerdo a lo establecido

en el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[72]. Se establece un término para que el administrado demande el daño o desconocimiento de un derecho subjetivo por la vía del recurso de plena jurisdicción; preceptuando que el derecho para proponer la acción caduca si en el término de 90 días el interesado no impugna ante el Órgano Jurisdiccional; es decir; que si no demanda dentro del término de 90 días contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa ya no podrá reclamarse por medio de este recurso ya que la oportunidad legal para proponer la acción feneció.

3.3.2 Acción objetiva o de anulación

Es el resultado de la evolución de la jurisprudencia francesa, este recurso apareció posteriormente en su legislación como obra trascendental del Consejo de Estado francés, para tutelar el cumplimiento de la norma objetiva que ha sido violada por una norma de carácter inferior o por resolución de carácter general expedida por la autoridad excediéndose en sus facultades y a ello obedece su denominación.

"El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal."; definición que se encuentra establecida en el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales, así lo indica la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de enero de 1996.

Cuando se propone un recurso de anulación u objetivo, lo que se busca a través de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo es que estos decidan sobre la anulación del acto administrativo, amparado en lo que estrictamente establece la ley o de la norma jurídica lesionada por el acto administrativo cuya anulación se demanda.

---

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

Quien propone este tipo de recurso es aquel que tenga cualquier tipo de interés aunque no haya sido afectado directamente su derecho subjetivo, y los pronunciamientos del órgano jurisdiccional no dan lugar a indemnizaciones por parte del Estado ni restauración de algún tipo de derechos propios del recurso subjetivo; como se ha dicho anteriormente, este recurso se ocupa es exclusivamente para salvaguardar el imperio de la legalidad y legitimidad de los actos.

> En cambio en el Recurso de Anulación u Objetivo o recurso por exceso de poder, el juzgador, ante su interposición, resuelve anular o no el acto administrativo impugnado, según reconozca o no su ilegalidad, sin sustituir la actividad de la Administración. Lo que se busca con la Jurisdicción Objetiva y el recurso que impulsa su actividad el de anulación para restablecer el Derecho Objetivo siempre que se invoque la norma violada y que ha de restablecerse la legalidad en razón de la adopción del recurso [...]. Los particulares en mención demuestran que con el recurso de anulación objetivo es el de asegurar la buena administración que es de interés general y no hace volver los derechos subjetivos de los administrados, aunque sea uno solo el que provoque este recurso, puesto que no solamente surte efecto para el que lo promueve sino de todos los intereses en la modalidad del mismo. En otras palabras, el exceso de poder tiene por fin reprimir la ilegalidad e interés de todos y no solamente en interés, o por mejor decir, para restablecer el derecho del recurrente, como sucede con el recurso de jurisdicción subjetivo [...] (lo resaltado es del autor)[73]

Tal como muy acertadamente se desprende de la cita precedente, Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra Derecho Procesal Administrativo en el Ecuador; señala que la jurisdicción objetiva lo que busca es que se realice una buena administración y que los actos mantengan armonía con el ordenamiento jurídico, mediante la anulación del acto impugnado que ha de ser de efectos generales.

Es pertinente recalcar el hecho de que este recurso puede interponerlo cualquier persona que tenga interés aunque su derecho subjetivo no haya sido afectado directamente, que siempre se debe haber violentado un derecho objetivo y que las sentencias emitidas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de cada

[73] Cfr. Benalcázar Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, pág. 193, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito- Ecuador

jurisdicción y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de justicia tienen efecto *erga omnes*, es decir para todos los administrados afectados.

De manera general la doctrina concuerda en que la anulación del acto se deberá proponer cuando exista:

1) incompetencia;

2) violación de la ley;

3) vicios de forma, y;

4) desviación del fin del acto[74]

Así mismo hay que recordar que al igual que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción; el recurso objetivo también tiene un término para interponerse.

> En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.[75]

De modo que si fenece este tiempo la acción prescribirá y no se podrá demandar la anulación del acto.

En síntesis y para terminar con los recursos, de acuerdo a lo establecido en la doctrina, jurisprudencia y normativa legal ecuatoriana en general, del acto administrativo, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente

---

[74] Cfr. Elena Durán Proaño, Justicia Contencioso Administrativa: Su Activación A Través De Los Recursos Previstos En La Ley De La Jurisdicción Contencioso Administrativa Ecuatoriana, pg 38, Tesis por la Universidad Andina Simón Bolívar.
[75] Ver. Art. 65 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

3.3.3 Procedimiento para ejecución del silencio administrativo en materia contencioso administrativa de acuerdo a la normativa ecuatoriana

En todo proceso, al memento de proponer cualquier tipo de recurso, se debe comenzar por la demanda. La demanda de conformidad con lo establecido en el Art. 66 del Código de Procedimiento Civil se define como “el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.”

Es decir de acuerdo a lo que establece están definición, la demanda como primer acto que impulsa el inicio de un proceso, va a necesitar inserta una pretensión, sobre la cual va a girar todo el litigio; en esta pretensión se establecerá si lo que se busca es la reparación de un derecho subjetivo vulnerado o la anulación de un acto que como consecuencia afecta a una generalidad.

A esta demanda es necesario que se incluyan, a más de lo mencionado, todos los requisitos preestablecidos en el Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; es decir:

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.

Una vez que se cumplan con los requisitos mínimos de una demanda en materia contencioso administrativa, como: indicar los datos del actor, demandado, donde este debe ser citado, cual fue la autoridad que emitió el acto, los fundamentos de hecho y de derecho, la pretensión y enunciación de pruebas; la demanda procederá a la calificación y trámite correspondiente del recuro, no sin antes verificar que a la misma se acompañen todos los documentos establecido en el Art. 31 de la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.[76]

En caso de que la demanda fuera oscura, irregular o incompleta, el magistrado ordenará su aclaración o corrección en un término de 5 días, pudiendo el actor solicitar una prórroga de 8 días; de no presentar las aclaraciones o correcciones se desecha la demanda.

Hay que recordar que de conformidad con lo establecido en el Art. 65 de la Ley mencionada, el plazo para proponer un recurso objetivo será de 3 años con el fin de garantizar la seguridad jurídica y de 5 años en materia contractual. Para el caso del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, la demanda se podrá proponer hasta en el término de 90 días contados desde el día siguiente a la notificación del acto administrativo que se impugna, tomando en consideración que para los casos que tienen como pretensión hacer valer lo ganado por el silencio administrativo, también aplica el mismo término que para el recurso de plena jurisdicción.

Una vez realizada la demanda y calificada se procede con la citación al demandado, el cual en un término no mayor a quince días deberá presentar su contestación junto con sus excepciones dilatorias y perentorias. En caso de que el demandado no compareciere dentro del término establecido, se lo declarará en rebeldía aplicando lo establecido en el Art. 103 del Código de Procedimiento Civil como norma supletoria[77] y no se contará con este; pero si llegara a aparecer se tomara la causa desde el estado en que se encuentra.

---

[76] a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.
c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta. Sobre este último requisito, no es necesario agotar la vía administrativa para acudir a la jurisdiccional

[77] Art. 103.- La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria. Ver Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente se abre un término de prueba por el término de 10 días de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; termino en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren y cuando la controversia verse exclusivamente sobre temas de derecho, una vez contestada la demanda se notificará a las partes, y sin el Tribunal procederá a realizar el estudio del caso, debiendo pronunciarse en el pronunciará en el término máximo de doce días.

Las pruebas se presentarán de conformidad a lo establecido a la Ley; acorde al Art. 39 de la LJCA las pruebas son las mismas que establece el Código de Procedimiento Civil[78], con excepción de la confesión judicial, diligencia que no se podrá pedir a la autoridad demandada, sin embargo el recurrente tiene la facultad de presentar un pliego de preguntas por escrito, las cuales deberán ser contestadas en un informe por el demandado; Tribunales de lo Contencioso Administrativo podrán solicitar pruebas de oficio acorde al Art. 40 de la LJCA.

Una vez concluido el término de prueba, el Tribunal tiene 12 días para pronunciarse y dictar sentencia; mientras decurre el tiempo, desde la conclusión del término de prueba hasta la expedición de la sentencia, las partes tienen la facultad de presentar informes en derecho o solicitar audiencia de estrados para alegar verbalmente, aclarando que tanto en los informes como en las audiencias las partes no podrán plantearse cuestiones extrañas a los asuntos materia de la litis.

Sobre la sentencia, la Ley establece que “tanto las excepciones dilatorias como las perentorias y, en general, todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio, no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia, salvo el que se proponga para la suspensión del procedimiento de ejecución.”, por lo que la misma se dictará únicamente sobre los puntos que traba la litis

Una vez emitida la sentencia, se notificará a las partes y se ejecutará en la forma y términos que en el fallo se consigne, bajo directa responsabilidad de la autoridad

[78] Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Código de Procedimiento Civil.

administrativa a quien corresponda. Sin sobre la notificación, tiempo y formas de ejecución la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no establece un término exacto para cumplir en su totalidad lo establecido en sentencia, sin embargo la Ley de Modernización del Estado en su Art. 39 establece que "cuando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil." y el ERJAFE en su Art. 207 determina que "cuando un órgano judicial actuando con jurisdicción ordinaria declare mediante auto o sentencia, la obligación de la Administración Pública Central o Institucional perteneciente a la Función Ejecutiva sometidas a este estatuto a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se lo debe realizar en un plazo máximo de treinta días contados desde su ejecutoria" supliendo de cierto modo el vacío legal constante en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Es importante mencionar que por regla general la interposición de una acción no suspende la ejecución o cumplimiento de lo establecido en un acto administrativo, salvo y excepcionalmente en los casos establecidos en el Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Administrativa.[79]

3.4 Vía de ejecución como procedimiento para el silencio administrativo

La Tercera la Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, sobre los proceso de conocimiento y ejecución establece en su parte pertinente:

---

[79] Art. 189.- Suspensión de la ejecución. 1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. 2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. 3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto. 4. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso - administrativa. Si el interesado interpusiera acción contenciosa administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial. 5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia beneficiará incluso a quienes no hubieren recurrido del acto. ERJAFE.

Por su parte, el tratadista Francisco Beceña, en su obra Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal Español, pp.82'83, explica las diferencias entre los procesos de conocimiento y los de ejecución, expresando en síntesis que en este último su especialidad consiste en que en limine litis se concreta lo que en el procedimiento ordinario es contenido en decisión final, añadiendo que, en los procedimientos ordinarios, las decisiones ejecutivas son siempre tomadas después de agotado el periodo de declaración y sin posibilidad de volverse a producir.

De todos los conceptos anteriormente expuestos sobre los procesos de conocimiento y los de ejecutivos, podríamos colegir que el procedimiento correcto para llevar a cabo la ejecución del silencio administrativo, valga la redundancia, parecería encajar dentro de lo que son los procesos de ejecución, ya que, como hemos analizado, al haber obtenido nuestro derecho por el silencio de la Administración, este ya no estaría en discusión, lo único que debería es mandar a ejecutárselo, siempre que cumpla con los requisitos de legalidad y posibilidad que se mencionaron en su momento en esta tesis.

Con respecto a este tema, Roberto Dromi en su obra el Derecho Administrativo se pronuncia de la siguiente manera:

> La acción a interponerse para obtener el cumplimiento de los derechos nacidos como consecuencia del Silencia Administrativo Positivo corresponde a una acción de ejecución, no de conocimiento.[80]

En el mismo sentido sustentando la doctrina de Roberto Dromi, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia dijo:

> En torno a la materia, conviene señalar que el derecho se establece por el ministerio de la ley como consecuencia de silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado francés de su similar colombiano nada tienen que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen ya que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es

[80] Dromi Roberto, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, pg. 263, 7ma edición, Buenos Aires, Editorial Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1998

> 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, señalamos encuentre 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 (El subrayado me pertenece)[81]

Para citar más jurisprudencia, sustentando la necesidad de realizar un cambio sustancial al procedimiento que se lleva a cabo para ejecutar el silencio administrativo, la Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 21 de 08 de septiembre de 1998 señaló:

> Por oposición y a diferencia de los procesos de conocimiento, el proceso ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en título de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficiente probado para que sea atendido.

Todo lo citado anteriormente, refuerza la tesis de que el proceso correcto para mandar a ejecutar el derecho que se ha obtenido por el silencio administrativo, es un proceso especial de ejecución, por tener la esencia de uno y reunir los requerimientos; muy contrario a lo que sucede en nuestro país, que este tipo de procesos se los trata como uno más de conocimiento.

Todo nos lleva a concluir de que, el silencio administrativo positivo, al configurar un derecho en favor del peticionario, por el ministerio de la Ley en razón del vencimiento del tiempo para contestar requerimientos o quejas, se debe aplicar la ejecutoriedad del que gozan los actos administrativos, ya que tácitamente, la entidad del estado declaró un derecho, el cual se puede comprobar con el instrumento de la petición presentada; es decir, no estamos frente a un derecho controvertido, sino a un reconocido por un acto presunto de la autoridad pública destinataria de la solicitud o reclamo.

---

[81] Ver. Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, No 10. Pág. 2716

3.4.1 Improcedencia de recurso de casación sobre sentencias en casos de silencio administrativo.

Como anteriormente se menciona, el proceso optimo y correcto para ejecutar un derecho por medio del silencio administrativo, es la vía de ejecución, y la esencia de los procesos de ejecución de manera general es que no existe un derecho controvertido, adicionalmente tenemos que recordar que en razón de lo mencionado, de los proceso de ejecución, no cabría interponer el recurso extraordinario de casación; en consecuencia tampoco sería procedente que de los juicios de ejecución del silencio administrativo, posterior a la sentencia emitida por los tribunales de lo contencioso administrativo de cada jurisdicción, se pueda proponer este recurso.

Al respecto en sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 26 de enero de 1999 publicada en la Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVI, No 14 p. 4159; sobre el tema se pronuncia de la siguiente forma:

> CUARTO… Esta acción de ejecución de lo aprobado por el ministerio de la Ley, conforme enseña la doctrina y la jurisprudencia, es autónoma, sin que, en consecuencia, sea objeto del juicio el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la Ley, sino tan sólo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia no existe y un proceso de conocimiento sino uno de ejecución y, consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación.

Y es que de las sentencia en juicios de ejecución del silencio administrativo no es posible, ni jurídicamente correcto que el estado se encuentre en la facultad de proponer un recurso de casación, ya que aquí no se está discutiendo la existencia de un derecho, sino que se supone la ejecución de uno ya preexistente; tal como lo determina el fallo, al ser un proceso ejecutivo no puede ser objeto del recurso extraordinario de casación ante la Corte Nacional de Justicia.

La Ley de Casación en su artículo pertinente establece:

> 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.

> Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento

Esta Ley es clara al establecer que los recursos de casación solo proceden respecto de sentencias y autos que pongan fin a un proceso de conocimiento; entonces tanto la ley, como pronunciamiento de sentencias expedidos por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo concuerdan en que el proceso de ejecución del Silencio Administrativo al no ser un proceso de conocimiento, no procede proponer este recurso extraordinario ante la Corte Nacional de Justicia.

La Corte Nacional de Justicia, al momento de calificar este tipo de recursos, debe ser muy observadora, porque no es posible que en el Ecuador se dé un abuso del recurso, sobre la cual la misma corte se ha pronunciado de la siguiente forma; pronunciamiento en los que fundamento la reforma a la ley mencionada:

> Tercero.- La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a lo que ha de entenderse por proceso de conocimiento. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Civil, para interpretar la norma se debe "recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento. Al efecto, se anota que la norma referida se origina en el veto parcial formulado por el presidente de la república a la ley reformatoria a la Ley de Casación, remitida por el Congreso Nacional, veto que incluye las siguientes expresiones que clarifica el problema: El veto parcial se basa en los siguientes razonamientos: 1. Art. 2 de la reforma: a) Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellos que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad de procesos de conocimiento, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por las vías ordinaria y verbal sumaria. Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente en los juicios ejecutivos, que son aquéllos en que se da cumplimiento a "lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución normal, es decir, en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello

se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma, después de la palabra procesos, la frase de conocimiento. Como el plenario de las comisiones legislativas se allanó al veto parcial e incluyó la modificación sugerida, es obvio que aceptó el criterio expuesto, esto es que los juicios de conocimiento son los que sustancian por las vías ordinaria y verbal sumaria, y no el ejecutivo. En el mismo sentido la corte se pronuncio en los siguientes fallos:

- 17-VI-98, expediente № 172-98, Segunda Sala, R. O. 127, 10-II-99.
- 1-VII-98, expediente No 537-98, Tercera Sala, R. O. 21,8IX.98.
- 1-VII-98, expediente N| 542-98, Tercera Sala, R. O. 21,8-IX-98.
- 8-VII-98, expediente No 551-98, Tercera Sala, R. O. 22, 9IX-98.
- 21-VII-98, expediente № 209.98, Segunda Sala, R. O.128, 11-11-99.
- 21-VII-98, expediente № 210-98, Segunda Sala, R. O.128, 11-II-99.
- 21-VII-98, expediente No 211-98, Segunda Sala, R. O.128, 11-II-99.
- 18-VIII-98, expediente № 225-98, Segunda Sala, R. O.128, 11-II-99.
- 15- VI-98, expediente № 256-98, Segunda Sala, R.O. 128, 11-11- 99.
- 7-X-98, expediente № 282-98, Segunda Sala, R. O. 129,12-II-99.[82]

Sin embargo es importante recalcar que si bien, de manera general, solo se admite proponer el recurso de casación, respecto de sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, existe una excepción en materia Tributaria al respecto.

Un procedimiento coactivo tributario, tiene como objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento, aparejando el respectivo título de crédito, que consistirá en títulos ejecutivos; catastros y cartas de pago legalmente emitidos; asientos de libros de contabilidad; y, en general, en cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación. De manera general sobre estos procedimientos coactivos, el perjudicado puede proponer un juicio de excepciones con el objeto de desvanecer o dilatar el cobro de una obligación y se lo define como un proceso ejecutivo tributario. Al ser un procedimiento ejecutivo y sobre el recurso de casación en este tipo de procesos, la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 30 de junio del 2009, publicada en el Registro Oficial No. 650 de 6 de agosto del mismo año, resuelve:

[82] Cfr. Patricio Cordero, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, pg 180, Editorial El Conejo, 2009, Quito- Ecuador

Artículo 1.- Aprobar el informe remitido por el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia y en consecuencia declarar la existencia de los siguientes precedentes jurisprudenciales obligatorios, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:

PRIMERO: En aplicación del Art. 2 de la Ley de Casación que dispone: "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", y en concordancia con el art. 212 del Código Tributario, los juicios de excepciones a la coactiva, se constituyen procesos de conocimiento, únicamente cuando se refieren a asuntos de derecho material o de fondo, es decir cuando las excepciones propuestas son las que constan expresamente detalladas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 212 del Código Tributario que se refiere "De las excepciones"; en los demás casos, al tratarse de los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 9, y 10 del artículo 212 mencionado, el proceso se constituye de ejecución y no de conocimiento, tornándose en improcedente el recurso extraordinario de casación, si se lo interpone amparándose en estos numerales.

Sobre la resolución mencionada, a mi criterio tiene mucho sentido que cuando se proponga un juicio de excepciones fundamentado en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 212 del Código Tributario[83], posteriormente se pueda interponer un recurso de casación ya que al revisar los numerales precitados, concluimos que el juez en sentencia tendría la obligación de declarar si subiste la obligación o si a quien se le imputa la responsabilidad de la deuda constante en el título es el deudor principal, razón por la cual evidentemente no se trata de un proceso de ejecución, sino uno de conocimiento, lo que nos lleva a concluir que la resolución emitida por la Corte Nacional es

[83] Art. 212.- Excepciones.- Al procedimiento de ejecución de créditos tributarios sólo podrán oponerse las excepciones siguientes: 1. Incompetencia del funcionario ejecutor; 2. Ilegitimidad de personería del coactivado o de quien hubiere sido citado como su representante; 3. Inexistencia de la obligación por falta de ley que establezca el tributo o por exención legal; 4. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida; 5. Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 de este Código; 6. Encontrarse en trámite, pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión; 7. Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes; 8. Haberse presentado para ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan; 9. Duplicación de títulos respecto de una misma obligación tributaria y de una misma persona; y, 10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito; por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión, o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento. Ver Código Tributario

perfectamente válida y coherente, y que sobre este tipo de procedimiento ejecutivo, si cabe proponer recurso de casación excepcionalmente.

Ahora dejando de lado la excepción mencionada previamente, parece muy pertinente insistir en que el recurso de casación solo cabe proponerse respecto de autos que pongan fin a los procesos y sentencias dictadas en procesos de conocimiento y que en teoría sería esto restrictivo a los procesos ejecutivos en general.

Acerca de los Juicios en los que la pretensión es la ejecución del derecho presunto obtenido por el Silencio Administrativo, en sentencia de 25 de septiembre de 2002, el Tribunal Fiscal dentro del Juicio propuesto por Gloria Juárez en contra del Consejo Provincial de Azuay[84], determina que solo podría interponer un recurso de casación en este tipo de juicios, en el supuesto de que el interesado no presente la certificación respectiva, lo cual es lógico ya que dicha certificación sería el equivalente al título ejecutivo; sin embargo como hemos mencionado también cabría presentar documentos supletorios al certificado de vencimiento del término que prevé la Ley de Modernización del Estado.

Los procesos ejecutivos de manera general necesitan de un documento "título ejecutivo", para que sean calificados como tal, y consecuentemente para que el juez ordene la ejecución de la obligación ejecutiva constante en el titulo; sin embargo como se desprende en este texto, existen otros medios probatorios para suplir la certificación tantas veces mencionadas. Se considera que, en el caso de que el recurrente no tuviera ninguno de los medios para probar que adquirió un derecho por el silencio administrativo, efectivamente si se hablaría de un proceso de conocimiento en el cual el juez tendría primero que declarar la existencia de un derecho y sobre el cual si cabe proponer un recurso de casación.

De manera general vamos a concluir que, a un juicio contencioso, en el que la pretensión principal es la ejecución del derecho presuntamente obtenido por el Silencio Administrativo, no se lo puede definir como un proceso de conocimiento, ya que como se ha dicho anteriormente, en este tipo de juicios la pretensión principal es la declaración de un derecho y el objeto litigioso es un derecho controvertido, mientras que en con el Silencio Administrativo, ya existe un derecho presuntamente declarado, sobre el cual lo único que se debería realizar es el trámite respectivo para ejecutarlo; aquí no

[84] Gaceta Judicial, serie XVII, No12.

se va a discutir sobre la existencia o no de un derecho, porque ya hay uno preexistente, en consecuencia procedimiento para reclamar un derecho por vía del Silencio Administrativo es el ejecutivo, el cual tendría que ser resuelto en una sola instancia y sobre el cual no cabe ningún tipo de recurso; a excepción a en materia tributaria, cuando se relacionen casos del recurso de revisión tributario, ya que como se pronunció en su momento la ex Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia por su naturaleza, no es un recurso por ser facultativo y discrecional de la Administración el contestar y dar trámite a la revisión.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez que analizado a lo largo de esta tesis los problemas existentes en cuanto a la ejecución del silencio administrativo, podemos concluir lo siguiente:

El Silencio Administrativo, es un instrumento jurídico creado con el propósito de proteger al administrado, fundamentado en el derecho de constitucional de petición reconocido en el Art. 66 de la Constitución Política de la República, a través del cual, se garantiza la participación ciudadana, otorgándole al administrado la facultad de realizar requerimientos y quejas ante las autoridades, y a recibir atención o respuestas motivadas dentro del plazo oportuno.

De manera general, existen dos clases de silencio administrativo; aquel de efectos negativos y el de efectos positivos. En nuestra legislación, el mismo ha sido incorporado la Ley de Modernización del Estado otorgándole un efecto positivo y excepcionalmente, en los casos establecido en la ley el negativo.

Antes que nada el silencio administrativo es una aceptación tácita de una petición o reclamo efectuado por el administrado en virtud de que no se otorgó una contestación oportuna, dentro del plazo establecido por la ley o simplemente nuca se contestó.

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, siempre que el presunto cumpla con los requisitos de oportunidad y legalidad, sobre los cuales la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia se han pronunciado en varias ocasiones.

En la teoría el administrado es el beneficiario del silencio administrativo, pues de conformidad a lo establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado su solicitud o reclamo ha sido aceptado o su ha sido aceptado favorablemente por el silencio administrativo, pero como se ha podido analizar el hecho de que exista muchos obstáculos para su ejecución violenta derechos constitucionales de los ciudadanos en general; me refiero a ciudadanos porque de lo que hemos podido observar se desconocen derechos establecidos en la Constitución, tanto de los ciudadanos administrados, incluso de los mismos funcionarios públicos como ciudadanos;

constante en el numeral 7, literal “c”, del Art. 77 de la Constitución de la República, el cual determina que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

La certificación a la cual se refiere el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado es sin duda alguna, el obstáculo más grande para la ejecución del silencio administrativo, ya que es totalmente ilógico e inoportuno el hecho de solicitar a la Administración que admita a través de un documento, su propia negligencia o impericia al momento de atender los requerimientos de los ciudadanos.

Así mismo hemos visto que el silencio de la administración, al constituirse en una respuesta positiva o una aceptación tácita que nace por mandato de la ley *ipso jure,* otorga derechos que no deben tratarse como controvertidos en un proceso, por lo que el procedimiento actual de ejecución del silencio administrativo que contempla la ley, no ni el idóneo ni el correcto.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en diferentes fallos se ha manifestado que el silencio administrativo se lo debe tramitar a través de un proceso de ejecución y no como uno de conocimiento, como actualmente se hace. No existe un procedimiento que permita la aplicación práctica del silencio administrativo, por lo que a su vez se obstruye el ejercicio del derecho de petición establecido en la Constitución de la República del Ecuador; en este punto una reforma sustancial a la ley, creando un procedimiento especial para la ejecución del Silencio Administrativo es lo que se considera lo más oportuno y óptimo.

Así mismo la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre la posibilidad de presentar documentos que suplan la certificación establecida en la ley para la ejecución del silencio administrativo. Al respecto en base a los fallos de la ex Corte Suprema y tomando como ejemplo legislación extranjera, realizar una reforma a la Ley en la que se incluya nuevos medios probatorios que permitan ejecutar el derecho presunto del Administrado como consecuencia del silencio es lo más recomendable.

Igualmente como habíamos dicho el derecho preexistente por el silencio administrativo positivo se debería reclamar por medio de un trámite ejecutivo, es decir un juicio de cumplimiento. En teoría y lo que dice la jurisprudencia de manera general es

que el trámite para proponer el Silencio Administrativo es el ejecutivo, y sobre el recurso de casación, que opera únicamente en procedimientos de conocimiento; si bien es verdad que la ex Corte Suprema de Justicia en fallos a admitido el derecho que ha obtenido el administrado por medio del Silencio Administrativo; lo procedente sería que rechacen el recurso, alegando que no pueden conocerlo porque es un procedimiento ejecutivo y que en la Corte únicamente se pronuncia y resuelve sobre acciones de conocimiento, que sería lo procedente y jurídicamente correcto de conformidad con nuestra legislación.

Como una recomendación final de este trabajo, se propone como una solución una reforma a las leyes. En virtud de todos los antecedentes expuestos en el presente trabajo se sugiere incluir el siguiente articulado a la Ley de Modernización del Estado y Ley Notarial y Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en aras de optimizar la ejecución del silencio administrativo en el Ecuador:

Reforma a la Ley de Modernización del Estado:

Agregar un inciso final dentro del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado que establezca lo siguiente:

> En caso de que a la persona cuyo reclamo o petición resuelta favorable por el silencio administrativo, no se le haya otorgado la certificación a la que se refiere este artículo, deberá recurrir ante a un Notario Público, quien estará obligado a dar fe del vencimiento del término para contestar por parte de la entidad responsable, previo requerimiento del interesado, a través de una diligencia notarial.
>
> Este documento constituirá prueba suficiente para determinar que la petición o reclamo, no fue respondida en el término establecido para el efecto.

Reforma a la Ley Notarial:

Incluir dentro de las facultades del Notario, establecidas en el Art. 18 de la Ley Notarial la siguiente:

> 28.- En el caso expresamente establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, otorgar mediante diligencia notarial, una certificación a petición del interesado, en la que se dé fe de que la entidad pública no otorgó

una respuesta dentro del término establecido por la ley, al requerimiento efectuado por el solicitante.

BIBLIOGRAFIA

Legislación:

Constitución de la República del Ecuador 2008

Código Civil

Código Penal

Código de Procedimiento Civil

Código Orgánico de Ordenación, Autonomías y Descentralización

Código Tributario

Ley de Casación

Ley de Modernización del Estado

Ley Notarial

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España)

Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos (Costa Rica)

Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Colombia)

Doctrina

Bahamonde Granda Alejandra Paulina, ANÁLISIS SOBRE LA IDONEIDAD DE LA REFORMAS INTRODUCIDAS AL ART. 28 DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Pontifica Universidad Católica del Ecuador

Benalcázar Juan Carlos, DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito- Ecuador, 2007

Bulla Romero Jairo Enrique, DERECHO DE PETICION, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2010

Bielsa Rafael, DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1964

Cabanellas de Torres Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta

Cadena Barreto Ana, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá- Colombia 1998

Cordero Patricio, El Silencio Administrativo, Editorial El Conejo, 2009, Quito- Ecuador
Marco Morales Tobar, DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Corporación Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010

Creo Bay, AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Lavalle, Buenos Aires, 2008

Dromi Roberto, DERECHO ADMINISTRATIVO, 10ma Edición, Editorial Ciudad Argentina, 2004

Dromi Roberto, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 7ma edición, Buenos Aires, Editorial Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1998

Durán Proaño Elena, JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: SU ACTIVACIÓN A TRAVÉS DE LOS RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ECUATORIANA, Tesis presentada a la Universidad Andina Simón Bolívar previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo, Quito, 2005.

Encalada Calle Mauricio, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: SU NATURALEZA, LÍMITES Y ABUSO, Quito- Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.

García de Enterría Eduardo, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo 1, Editorial Civitas S.A, Madrid-España

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Eduardo, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 9na. Edición, Thomson Civitas Madrid, 2004

García Falconí José, EL JUICIO ESPECIAL POR LA ACCION DE HABEAS DATA; Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A: LA INTIMIDAD; PRIVACIDAD; IMAGEN; AL HONOR; A LA NO DISCRIMINACION; A LA IGUALDAD; AL DE PETICION; AL DE INFORMACION; SUS LIMTACIONES Y RESPONSABILIDADES, 1ra edición, Ediciones Rodin, Quito, Ecuador, 2000.

Gordillo Agustín, PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones Macchi, Buenos Aries- Argentina, 2006.

Gómez Mejía Guillermo, LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones Ananke, Bogotá-Colombia.

Granja Galindo, Nicolás, FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editada por la Universidad Central, Quito- Ecuador, 1992.

Jaramillo Herman, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Universidad Nacional de Loja. Área Jurídica, Social y Administrativa. Quinta Edición, Loja Ecuador, 1999

Montaño Ortega Cesar, LA ACTIVIDAD JURIDICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: LOS HECHOS, LOS ACTOS, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, LOS RECURSOS Y LAS RECLAMACIONES, Loja-Ecuador, 2008

Morales Tobar Marco, EL ACTO ADMINISTRATIVO- DERECHO CONSTITUCIONAL PARA FORTALECER LA DEMOCRACIA, Edición Tribunal Constitucional, Quito-Ecuador, 1999

Morejón Jorge, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS, Quito- Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2004

Penagos Gustavo, EL ACTO ADMINISTRATIVO TOMO I, ediciones doctrina y ley octava edición, Bogotá- Ecuador, 2004

Secaira Patricio, CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 2004.

Tobar Donoso Julio, ELEMENTOS DE CIENCIA POLITICA, 4ta Edición, Ediciones de la Universidad Católica, Quito- Ecuador, 1981.

Fallos y Sentencias

Efectos del Silencio Administrativo, Jurisprudencia gaceta judicial No10 de 12 de diciembre de 1997.

Fallo Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Fiscal, Jurisprudencia de Gaceta Judicial, Serie 17, Gaceta Judicial 3 de 17 de julio de 2000.

Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2471.

Recurso De Anulación U Objetivo, Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379.

Resolución No 408-RA-01-1S, Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 493 de 14 de enero de 2002.

Resolución No. 414-07, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, Juicio 19-05.

Resolución de 28 de octubre de 2003, juicio seguido por Juan Solano y otros en contra de la I. Municipalidad de Cuenca.

Resolución de 30 de junio del 2009, Registro Oficial No. 650 de 6 de agosto de 2009.

Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, año C.V, serie XVII, No 15. Pág. 5212.

Sentencia Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-12 del 25 de mayo de 1992.

Sentencia Tribunal Constitucional, Segunda Sala, resolución No. 0692-2006-RA, Suplemento del Registro Oficial 42 de 10 de Abril del 2008.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2716.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 04 de octubre de 2004, Suplemento del Registro oficial No. 17 de 13 de mayo de 2005.

Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, el 25 de Septiembre de 2002, Juicio seguido por Gloria Juárez Lucero en contra del Consejo Provincial del Azuay.

Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, No 10. Pág. 2716.

Sentencia, Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 21 de 08 de septiembre de 1998.

Sentencia Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 26 de enero de 1999, Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVI, No 14.

Web

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO ARMA CONTRA LA NEGLIGENCIA, Arboleda Néstor, www.Derechoecuador.com

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5986:el-rol-del-estado-en-la-constitucion-vigente&catid=304:derecho-publico.

http://issuu.com/hdavalos/docs/codigo_organico_de_la_funcion_judicial.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5924&Itemid=134.

http://ocw.uca.es/file.php/29/procesal13.pdf.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4750:procesos-de-ejecucion&catid=49:procedimiento-civil&Itemid=420.