



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS
EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION
ECUATORIANA”**

**TESIS PREVIO A LA OBTENCION
DEL TITULO DE ABOGADA.**

AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

DIRECTOR: AB. PhD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE

LOJA – ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

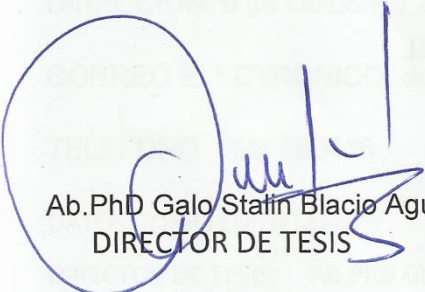
Ab.PhD Galo Stalin Blacio Aguirre

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICA:

Haber revisado el trabajo de investigación de tesis titulada "EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA" Por la postulante DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL, mismo que cumple con todos los requisitos de fondo y forma, ajustándose de esta manera a las normas estatutarias y reglamentarias de la Universidad Nacional de Loja. Por lo tanto, autorizo su presentación, disertación y defensa.

Loja, Noviembre del 2014


Ab.PhD Galo Stalin Blacio Aguirre
DIRECTOR DE TESIS

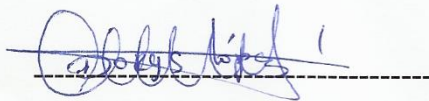
AUTORIA

AUTORIA

YO, DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL, declaro ser la autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual

Firma



Cédula: 0918252917

Fecha: Loja, Noviembre de 2014

Autora: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL


CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTORA PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

YO, DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL, declaro ser autora de la tesis titulada "EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA" Como requisito para optar por el grado de Abogada, autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, a los 5 días del mes de Diciembre de dos mil catorce, firma la autora

Firma: 

AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

CEDULA: 0918252917

DIRECCIÓN: 9 de Octubre y 24 de Mayo Quevedo Los Ríos

CORREO ELECTRÓNICO: dokys18_@hotmail.com

TELEFONO: 0990280436

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Ab.PhD Galo Stalin Blacio Aguirre

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

PRESIDENTE

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller

VOCAL

Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

VOCAL

DEDICATORIA

Éste modesto trabajo de tesis lo dedico de manera especial a ADIOS, a mi esposo, por su inmenso amor por estar siempre a mi lado colaborando en todos los momentos de mi vida.

A mis hijos quienes fueron mi inspiración en este trabajo, quienes me han motivado siempre a derrumbar ciertos obstáculos en mi vida para alcanzar mis metas deseadas.

LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento a Dios Todopoderoso por haberme dado el don más Precioso que es la vida, dándome la suficiente inteligencia y perseverancia que me ha permitido perfeccionar con éxito uno más de mis objetivos planteados dentro de mi vida personal. A mi familia, quienes me han sabido apoyar incondicionalmente para terminar mi carrera.

De manera especial al Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre Por su acertada dirección y su incansable paciencia durante todo el desarrollo de la presente tesis.

A la Universidad Nacional de Loja, institución que me ha permitido a una educación superior con los más altos niveles de enseñanza.

LA AUTORA

TABLA DE CONTENIDOS.

Portada

Certificación

Autoría

Carta de Autorización

Dedicatoria

Agradecimiento

Tabla de contenidos

1. Título

2. Resumen

2.1 Abstract

3. Introducción

4. Revisión de Literatura

4.1 Marco Conceptual

4.1.1 Procedimiento Administrativo

4.1.2 Acto Administrativo

4.1.3 Derecho de petición

4.1.4 Derechos subjetivos

4.1.5 Silencio administrativo

4.1.6 Silencio administrativo positivo

4.1.7 Silencio administrativo negativo

4.1.8 Actos presuntos

4.2 Marco Doctrinario

4.2.1 Historia y aplicaciones del silencio administrativo

- 4.2.2 Elementos de acto administrativo
- 4.2.3 Efectos del acto administrativo
- 4.2.4 Acto administrativo, silencio administrativo y revisión del acto
- 4.2.5 El silencio administrativo, naturaleza y aplicación
- 4.2.6 Efectos del silencio administrativo
- 4.3 Marco Jurídico
 - 4.3.1 La Constitución de la República del Ecuador
 - 4.3.2 Ley de modernización del estado
 - 4.3.3 El estatuto del régimen jurídico administrativo
 - 4.3.4 Ley de la jurisdicción contencioso administrativa
- 4.4 Legislación Comparada
 - 4.4.1 Legislación Chilena
 - 4.4.2 Legislación Venezolana
- 5. Materiales y Métodos
 - 5.1 Materiales
 - 5.2 Métodos
- 6. Resultados
 - 6.1 Resultado de la aplicación de encuestas
 - 6.2 aplicación de entrevistas
- 7. Discusión
 - 7.1 Verificación de objetivos
 - 7.2 Constatación de la hipótesis
 - 7.3 Fundamentación de la propuesta jurídica
- 8. Conclusiones
- 9. Recomendaciones

9.1 Propuesta de reforma jurídica

10. Bibliografía

11. Anexos

Índice

1. TITULO

**“EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA
LEGISLACION ECUATORIANA”**

2. RESUMEN

El artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República reconoce "El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado".

Sin embargo dentro de la Ley de Modernización del Estado no se establecen los parámetros legales a efecto de proteger al administrado frente a la inactividad de la administración.

Ante la problemática antes descrita decidí elaborar el presente trabajo investigativo titulado: "EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA" en el que realizo un análisis doctrinario y jurídico de la problemática planteada, logrando demostrar la falencia de la ley y la necesidad urgente de crear una normativa legal que permita una mejor aplicación del silencio administrativo.

Por consiguiente dentro de este trabajo se recogen los argumentos teóricos, resultados de la investigación de campo, en cuyo análisis se demuestra la necesidad de crear un ordenamiento jurídico que permita una mejor aplicación del silencio administrativo, siendo esta la idea principal de mi trabajo de tesis, con lo que espero se contribuya a solucionar esta problemática.

2.1 ABSTRACT

Article 66 paragraph 23 of the Constitution recognizes "the right to lodge complaints and petitions to the authorities, but in no case on behalf of the people, and to receive attention or relevant answers at the right time."

However within the State Modernization Act legal effect to protect against downtime administered management parameters are not set.

Given the above described problem I decided to develop this research work entitled "SILENCE ADMINISTRATIVE AND LEGAL EFFECTS IN LEGISLATION ECUATORIANA" in which I make a doctrinal and legal analysis of the issues raised, achieving demonstrate the failure of the law and the need urgent legislation to create an enabling better implementation of administrative silence.

Therefore in this work the theoretical arguments, results of field research, in which analyzes the necessity of creating a legal system that provides a better implementation of administrative silence shows are collected, this being the main idea of my thesis work , which I hope will help to solve this problem.

3. INTRODUCCION

Se denomina silencio administrativo a la falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una denegatoria ficta que habilita al administrado el acceso a la instancia superior vía recurso impugnativo.

El artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República reconoce "El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado".

El presente trabajo investigativo titulado, "EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA" analiza la existencia de la insuficiencia de normas en la Ley de Modernización del Estado para proteger a los administrados frente a inactividad de la Administración, comenzando por conceptualizar el procedimiento administrativo, el acto administrativo, el derecho de petición, los derechos subjetivos, el silencio administrativo, positivo y negativo y los actos presuntos; desde un marco doctrinario se analiza la historia y aplicación del silencio administrativo, elementos del acto administrativo, fuentes del derecho administrativo, el acto administrativo, silencio administrativo y revisión del acto

administrativo, el silencio administrativo naturaleza y aplicación efectos del silencio administrativo; así también se analiza jurídicamente el silencio administrativo dentro de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Modernización del Estado, El Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las obligaciones y derechos que genera y desde el derecho comparado con legislaciones de Colombia, Chile y Venezuela, con el objetivo principal de armonizar la normativa en relación al silencio administrativo y sobre todo para proteger los intereses del administrado; es así que a través de los referentes teóricos y la correspondiente investigación de campo se ha determinado que:

El silencio administrativo tiene sus falencias puesto que si bien está contemplado en la Constitución el derecho de las personas para presentar quejas o peticiones a la administración y obtener una respuesta efectiva dentro de los términos que prevé la ley, esto no se cumple por cuanto la norma existente no permite una eficaz aplicación del silencio administrativo, lo que me ha permitido concluir en la necesidad de crear una normativa legal que permita una aplicación efectiva de esta figura jurídica que vaya en beneficio de los administrados; lo que ha sido plasmado en la propuesta de reforma jurídica que pongo a consideración.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

“Para comenzar a abordar el desarrollo del presente trabajo investigativo considero que, en primer lugar es necesario tener una idea clara sobre lo que significan Los procedimientos administrativos, acto administrativo, derecho de petición, derechos subjetivos, silencio administrativo, silencio administrativo positivo, silencio administrativo negativo y actos presuntos por lo que a continuación me permitiré citar algunas definiciones sobre estos temas.

4.1.1. Procedimiento administrativo

A decir de Olivia Suárez Quintana:

“Se entiende por procedimiento administrativo al desarrollo formal de las acciones que se requieren para concretar la intervención administrativa necesaria para la realización de un determinado objetivo. Su propósito es la concreción de un acto de carácter administrativo”¹

De la definición anotada puedo decir que el procedimiento administrativo consiste en una pluralidad de actos coordinados entre sí, de manera que sin cada acto anterior ninguno de los posteriores tiene validez y sin cada acto posterior ninguno de los anteriores tiene eficacia, que sirven para garantizar la actuación administrativa, la cual no puede ser arbitraria y discrecional debido a que debe someterse a las reglas del procedimiento.

¹ 1 SUÁREZ QUINTANA, Olivia, Las administraciones públicas: Organización del Estado, Editorial Acteón, Las Palmas de Gran Canaria España, 2001.

El procedimiento no debe confundirse con el expediente administrativo, pues éste sólo es la materialización física del procedimiento.

Los principios generales que influyen y condicionan a todo procedimiento administrativo son cuatro: el principio de unidad, el principio de contradicción, el principio de imparcialidad y el principio de oficialidad.

El Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo.

A diferencia de la actividad privada, la actuación pública requiere seguir unos cauces formales, más o menos estrictos, que constituyen la garantía de los ciudadanos en el doble sentido de que la actuación es conforme con el ordenamiento jurídico y que esta puede ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos.

En conclusión el procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

4.1.2. Acto administrativo

Con respecto al acto administrativo Eduardo García de Enterría, en su obra Curso de Derecho Administrativo manifiesta:

“Un acto administrativo es una declaración voluntaria que se realiza en el ejercicio de la función pública y que genera efectos jurídicos individuales de manera inmediata. Este tipo de acto constituye una manifestación del poder administrativo que se impone de manera unilateral e imperativa

La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la función administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales.

En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la administración pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos, particularmente esta última, de significación más restringida y específica, se constituye en el verdadero eje del derecho administrativo.”²

En conclusión puedo decir que acto administrativo es toda declaración de voluntad administrativa; es decir que es una decisión que toma un órgano de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos sobre el administrado.

Aunque el acto administrativo no es la única forma de manifestarse que tiene la Administración Pública, si es el único acto atacable.

² 2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo I, 5ª ed., editorial Civitas, Madrid España, 2000.

El acto administrativo se distingue de los actos internos de la Administración Pública, ya que éstos no tienen efectos sobre el administrado;

De la definición legal y doctrinal se extraen diversos caracteres:

Se trata de una declaración, por lo que quedan excluidos los actos de la Administración puramente materiales (redacción de un oficio, una demolición, el asfaltado de una calle). La declaración podrá ser de voluntad (decisión de la Administración); de deseo (propuesta de un órgano a otro); de juicio (informes) o de conocimiento (declaración de constancia de algo).

Ha de proceder de un sujeto de la Administración con competencia para realizar el acto.

Deben constituir ejercicio de la potestad administrativa y estar sujetos al Derecho administrativo. Los actos administrativos pueden ser objeto de recurso judicial.

Los actos administrativos son unilaterales. Esto excluye a aquellos en cuya formación concurren dos o más voluntades, como los contratos celebrados por la Administración, diferenciados, por tanto, de los celebrados en Derecho Civil, donde existe la impugnabilidad inmediata, que junto con la coercibilidad y la ejecutoriedad les diferencian de éstos.

El acto administrativo según su forma, puede clasificarse en expreso (se manifiesta de manera formal) o presunto (manifestado a partir del silencio administrativo durante un periodo de tiempo). En cuanto a sus efectos, es

posible distinguir entre actos favorables (que generan una nueva situación jurídica) y actos desfavorables (limitan el patrimonio jurídico).

El acto administrativo según sus destinatarios genera actos de carácter singular (destinados una persona individual) o de carácter general (dirigidos a una pluralidad indeterminada), mientras que, según su relación con una norma previa, pueden ser reglados (la administración aplica una norma que determina el contenido del acto) o no reglados (es posible optar entre distintas soluciones).

4.1.3. Derecho de petición

Raúl Bocanegra Sierra, en su obra Lecciones sobre el Acto Administrativo en relación al derecho de petición manifiesta:

“El derecho de petición, es una garantía constitucional que le permite a los ciudadanos formular solicitudes respetuosas a las autoridades y obtener consecuentemente una respuesta pronta, oportuna y completa sobre el particular, la cual debe necesariamente "ser llevada al conocimiento del solicitante", para que se garantice eficazmente este derecho. Desde este punto de vista, el derecho de petición involucra " no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo.

Por lo tanto puedo decir que el derecho de petición es un derecho fundamental, de origen constitucional, que posibilita el acceso de las personas a las

autoridades públicas, y obligan a estas a responder motivadamente a lo requerido por el solicitante o los solicitantes. Por lo consiguiente 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.”³

De tal manera que el derecho de petición está constitucionalmente reconocido a toda persona en forma individual y también en forma colectiva, para formular solicitudes respetuosas ante las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, pues de esta manera se garantiza la participación ciudadana y el control social, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia.

Se dice en doctrina, que es uno de los derechos subjetivos del derecho público, es decir que tiene relación directa con los intereses y razones de la persona frente al Estado, y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona, por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia derechos y obligaciones; de este modo el derecho de petición, es un verdadero derecho político, y al estructurarse constitucionalmente, faculta a toda persona en forma individual y/o colectiva,

³ 4 GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I 8ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Venezuela 2001.

para concurrir ante cualquier autoridad, solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

En resumen puedo señalar, que el derecho de petición es una garantía constitucional, de clara estirpe democrática, que permite al ciudadano como titular de la soberanía, tener acceso directo a quienes administren los asuntos públicos y la obligación de estos de considerar las peticiones y de resolverlas oportunamente y en forma clara y motivada.

4.1.4. Derechos subjetivos

Agustín Gordillo, en su obra Tratado de Derecho Administrativo, manifiesta: “El derecho subjetivo son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el Ordenamiento Jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho⁴”.

Por consiguiente puedo decir que derecho subjetivo está considerado como facultad o conjunto de facultades o prerrogativas, en virtud del cual cada persona al actuar en el convivir social ejercita las facultades que el Derecho u

ordenamiento jurídico le confiere, agregando que en el campo del derecho subjetivo se encuentran aquellas facultades o prerrogativas que se reconocen en las distintas normas jurídicas, a partir de la Constitución, como son, el derecho de propiedad, al honor, hasta exigir el cumplimiento de un contrato o reclamar el pago de lo debido y otras pretensiones más simples.

Para poder hablar acerca de los derechos del Administrado, es necesaria la adopción de un criterio sobre la existencia y la naturaleza de los derechos públicos de los administrados, es decir, sobre el concepto mismo del derecho subjetivo. Este concepto se liga estrictamente con el derecho en general, de tal modo que puede afirmarse que su determinación constituye uno de los puntos más debatidos dentro de la doctrina jurídica de todo el mundo.

Dentro de la doctrina existen dos tendencias, aquella que acepta la existencia del derecho subjetivo, la cual la sostienen grandes pensadores tales como Ihering o Jellinek, y la que niega la existencia de dicho derecho, sostenida por juristas como Kelsen o Duguit. Estas teorías se referían al derecho subjetivo considerado como un poder de voluntad protegido y reconocido por el ordenamiento jurídico y que tiene por objeto un bien o un interés. Luego de estas discusiones Bonnard, un jurista francés, propuso un nuevo concepto, el cual considera al derecho subjetivo como un poder de exigir una prestación

Un derecho subjetivo nace por una norma jurídica, que puede ser una ley o un contrato, a través de un acuerdo de voluntades para que pueda hacerse efectivo este derecho sobre otra persona determinada.

4.1.5 Silencio administrativo

Isabel Cristina Córdova Samaniego, en su obra Silencio Administrativo manifiesta:

“Se denomina silencio administrativo a la falta de pronunciamiento de la administración dentro del plazo establecido para ello, presumiéndose en consecuencia de parte del ente administrativo una voluntad sea positiva o negativa conforme lo establezca la legislación para cada caso. En ese sentido, su versión negativa implica una denegatoria ficta que habilita al administrado el acceso a la instancia superior vía recurso impugnativo.

A mi entender El Silencio Administrativo es una presunción o ficción legal en virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver las administraciones públicas y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones.”

El silencio administrativo es una de las formas posibles de terminación de los procedimientos administrativos. Lo característico del silencio es la inactividad de la Administración cuando es obligada a concluir el procedimiento administrativo de forma expresa y a notificar la resolución al interesado dentro de un plazo⁴ determinado.

El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de

⁴ 5 CÓRDOVA SAMANIEGO, Isabel Cristina, Silencio Administrativo-Legislación Ecuatoriana, editorial Universidad de las Américas, Quito Ecuador 2005.

inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, Imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio.

Por consiguiente el derecho 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 remplazo 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 la Constitución de la República del Ecuador, 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.

“Desde mi punto de vista personal y de una forma más sencilla puedo manifestar acerca del silencio administrativo lo siguiente: Hay silencio administrativo en los casos en los que la administración calla cuando tiene algo que decir.

4.1.6 Silencio administrativo positivo

Isabel Cristina Córdova Samaniego, en su obra titulada Silencio Administrativo-Legislación Ecuatoriana, manifiesta:

El silencio positivo o estimatorio procede cuando la Administración no se ha pronunciado durante el plazo máximo establecido en la ley y el afectado denuncia lo ocurrido al mismo órgano administrativo que incurrió en la falta debiendo este entregar un recibo de la denuncia y una copia a su Superior en un plazo de 24 horas. Si aun así no se pronuncia (dentro de un plazo de cinco días desde la denuncia) se entenderá que lo solicitado ha sido aceptado. La persona afectada puede pedir la certificación de dicha solicitud”⁵

⁵ 6 Isabel Cristina Córdova Samaniego

De la definición anotada puedo decir que el silencio administrativo positivo no es otra cosa que la producción de un acto ficto que equivale a una decisión positiva, implica por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión.

“Favorable al peticionario, generada como consecuencia de la morosidad o abstención de la administración de resolver las peticiones que se le formulen pronto y rápidamente, quedando así la voluntad de la administración sustituida directamente por la ley.

Por consiguiente el silencio administrativo positivo o también llamado estimatorio da lugar al nacimiento de un acto presunto, por cuanto se entiende concedido lo que se ha solicitado.”⁶

4.1.7 Silencio administrativo negativo

Isabel Cristina Córdova Samaniego, en su obra titulada Silencio Administrativo-Legislación Ecuatoriana, manifiesta: “El silencio administrativo negativo o llamado también desestimatorio es no pronunciarse dentro de un determinado plazo acerca de algo solicitado, por lo cual la ley le da efecto desestimatorio a la petición. Si la administración no resuelve una petición del administrado su abstención o silencio equivale por mandato de la ley a una denegación o negativa⁷”. Por consiguiente el silencio negativo no da origen a un acto y sólo está concebido como un mecanismo con efectos procesales que permite agotar

⁶ 7CÓRDOVA SAMANIEGO, Isabel Cristina, Silencio Administrativo-Legislación Ecuatoriana, editorial Universidad de las Américas, Quito Ecuador 2005

la vía gubernativa. Hablar de un acto negativo presunto, en el caso del silencio administrativo con efectos negativos, es un error de técnica jurídica pues por definición un acto es una manifestación de voluntad

4.1.8 Actos presuntos

Guillermo Cabanellas en relación a los actos presuntos, manifiesta: “Los actos presuntos son aquellos en los que la administración no manifiesta su voluntad (silencio administrativo). El silencio administrativo es el comportamiento del que no manifiesta ninguna voluntad.

“El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio.”⁷

En sentido estricto esta técnica sólo resulta aplicable en caso de procedimientos iniciados a instancia del interesado o por su solicitud, en los que la administración pública tiene que responder a la petición del particular. No así, en procedimientos incoados de oficio, en los que la falta de resolución produce el efecto de la caducidad o perención del procedimiento, con la consiguiente imposibilidad de producción de acto administrativo. En todo caso,

⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000.

si se trata de procedimientos sancionadores o eventualmente generadores de efectos no favorables, es jurídicamente imposible la producción en ellos de actos presuntos.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Historia y aplicaciones del silencio administrativo

Ramón Parada manifiesta:

“La figura del silencio administrativo negativo surge en Francia a raíz de la emisión de dos normas básicas; la primera emitida en 1864 durante el reinado de Napoleón III, a través de la cual se pretendía ofrecer a los descontentos con la administración la posibilidad de expresarse en la vía contenciosa y de esa manera fortalecer el Estado. La segunda norma, dictada durante la III República Francesa (1900), generaliza el sistema iniciado por la norma anterior al asimilar el silencio administrativo a una decisión implícita de rechazo, que abre las puertas a la vía contencioso administrativo. Así esta ley tiene la finalidad de quitar estorbos para acceder al Consejo de Estado y combatir la inercia administrativa.”⁸

De otro lado para Ramón Parada: “el silencio administrativo positivo es «una aportación genuina» del derecho español y en consecuencia no tiene el aval del derecho comparado siendo inclusive considerado como inconstitucional en Alemania: De esta manera, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de

⁸ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, Derecho Administrativo, editorial Marcial Pons, Madrid España, 2007.
10 IBIDEM

la administración en un plazo razonable, la ley optó por presumir que la pretensión del particular había sido denegada, con el único propósito de acudir a las vías procesales en demanda de que ésta fuese satisfecha.

La finalidad de la Ley francesa de 1900 era impedir que, en determinados casos, el recurso contencioso–administrativo se convirtiese en algo puramente ilusorio. Así, constituyendo el objeto de este recurso una anterior decisión administrativa lesiva para el particular, bastaba con que tal decisión no se produjese para que el acceso lo contencioso–administrativo resultase imposible.

Como señala Vicenc Aguado Cudolá, citando a diversos autores, la Ley buscaba eliminar estorbos para acceder al Consejo de Estado, disminuir la lentitud de los asuntos, combatir la inercia administrativa y extender el dominio de lo contencioso administrativo, haciéndolo tan amplio como el de la reclamación administrativa.

En ese orden de ideas, la institución del silencio administrativo (en su vertiente negativa) nació en Francia como una ficción legal, permitiendo al interesado, frente a la inactividad de la administración pública, considerar desestimada su pretensión, encontrándose habilitado solo para recurrir al recurso contencioso–administrativo, a fin de que su pretensión fuese satisfecha. Su finalidad no era garantizar derechos de los particulares, sino evitar que en determinados ámbitos la inercia administrativa generase perjuicios a la administración y a sus intereses.

En el mundo del derecho, el silencio ha tenido y tiene varias interpretaciones.

a) En el derecho común, el silencio frente a una demanda que ha sido citada, se considera negativa pura y simple.

b) En el derecho administrativo tradicional, el silencio se consideraba como denegación tácita de la solicitud y abría la posibilidad de emprender una acción para cambiar su signo.

c) Modernamente, en cambio, el silencio de la administración es equivalente a una respuesta positiva, a una aceptación tácita, que nace por mandato de la ley, es decir, ipso jure, y no requiere ningún otro pronunciamiento de la administración para ser reconocido.

Este nuevo concepto fue recogido por el artículo 28 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

La teoría del silencio administrativo implica reconocer un efecto al silencio de la administración, pudiendo así presumir una voluntad administrativa ya sea de forma positiva o negativa. Al presumirse que la voluntad del funcionario es negativa, lo que se está haciendo en las legislaciones que optan por el silencio negativo, es allanar el camino para que el administrado que se sienta perjudicado por tal silencio considere su petición fallada de forma negativa y pueda interponer los recursos administrativos necesarios para agotar la vía administrativa en los plazos establecidos por la misma ley para tal fin.

Como es obvio, si el Estado guarda silencio, jamás podrá demostrarse que se había agotado la instancia administrativa y, en consecuencia, imposible iniciar la acción de interponer el debido recurso de amparo administrativo.

Actualmente, con el reconocimiento pleno del derecho de petición y la obligación de resolver y notificar, ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo.

Si nuestro sistema se reglara por la institución del silencio administrativo negativo, equivaldría a desconocer el derecho de pedir y que me resuelvan, y con ello se atentaría contra uno de los fundamentos constitucionales del Estado de Derecho que aún tratamos de construir.

Todo pareciera de una claridad meridiana, pero como dice el refrán, “no todo lo que brilla es oro, y el retraso institucional jurídico que presenta el país se refleja en el ámbito legal administrativo necesario para regular las atribuciones y funciones del Poder Ejecutivo al no contar con un Código Procesal Administrativo, lo cual da lugar a la existencia de lagunas de la ley o sea que no hay normas aplicables para, de manera eficiente y rápida, obligar a la Administración a que cumpla los fallos otorgados a favor del Administrado (ciudadano) a causa del Silencio Administrativo.

Países con más recursos económicos que el nuestro y más conciencia de la realidad que viven, han comprendido el largo plazo que toma promulgar un Código Procesal Administrativo, y ante la necesidad de proteger al administrado y de poner en una condición de igualdad ante la ley al Estado

mismo en sus relaciones de derechos y obligaciones con el Administrado, han promulgado leyes especiales para regular estas relaciones y en ellos encontramos normas que regulan de manera específica el debido proceso para la aplicación del Silencio Administrativo.

4.2.2. Elementos del acto administrativo.

José Luis Luna Gaibor, manifiesta:

“Los elementos que integran el acto administrativo, y ellos son de fondo y de forma; dentro de los primeros están: La voluntad, el objeto, el motivo, la oportunidad y el fin; y dentro de los segundos se encuentran: el sujeto y la forma y cuyo detalle es: Voluntad.- Es la manifestación expresada normalmente y casi siempre por escrito con el fin de producir el efecto jurídico deseado por el sujeto -autoridad pública-

Objeto.- Es la sustancia, el contenido del acto. Oportunidad.- Existe cuando los medios señalados en el acto administrativo son idóneos para el logro de los fines que busca, o bien es la adecuación entre los medios y el fin del acto administrativo. Si no existe la oportunidad, se corre el riesgo de que el acto administrativo fracase en sus objetivos, bien porque los efectos se tornen inocuos o porque ellos alteren o dañen el fin propuesto.”⁹

Fin.- Es la consecuencia deseada por la voluntad del sujeto administrativo.

⁹ LUNA GAIBOR, José Luis, Revista Temas Constitucionales del Tribunal Constitucional, Quito Ecuador, 2006.

Sujeto.- Es el ente individual o colectivo que pronunció la declaración de voluntad o el acto administrativo. Forma.- Es la manera que se utiliza para exteriorizar y dar a conocer el acto; en nuestro medio, la de más generalidad es la escritura, pues por ella se manifiesta con suma claridad el acto administrativo en su conjunto.

De lo dicho, se puede colegir que los antes citados elementos son con sustanciales con el acto mismo, de tal forma que el acto administrativo es irregular cuando no contiene alguno de sus elementos esenciales, y por lo mismo se le considera inexistente.

Por el hecho cierto de que los actos administrativos son ejecutivos y de cumplimiento inmediato, se pueden dar, y de hecho se producen actos viciados pero que si generan efectos, que son aquellos que tienen plena realización a menos que sean eliminados por uno nuevo o por una decisión judicial que les declare nulos.

Por lo tanto puedo decir que la existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales como: competencia, objeto, voluntad, y forma los cuales deben estar presentes de manera simultánea caso contrario se afecta la validez del acto administrativo.

Todo acto administrativo debe cumplir con determinados requisitos de forma y fondo para su eficacia y validez. Por lo que el profesor Herman Jaramillo Ordóñez, dice:

El acto administrativo contiene cuatro elementos fundamentales para su eficacia, existencia y validez que son: voluntad, objeto y causa, formalidades y competencia:

“En el acto administrativo en el sentido restringido se detectan un sujeto activo y otro pasivo; el primero es el órgano competente del Estado que produce el acto mediante la emisión de la declaración unilateral de la voluntad con efectos jurídicos subjetivos; el papel del sujeto pasivo corresponde al particular a quien afecta el acto jurídicamente.

Dentro de los conceptos que acabo de revisar, existen algunos elementos que identifican al acto administrativo, éstos son:

Declaración:

Es la manifestación expresa de la decisión administrativa; por medio de ella se explica la opinión, la intención que sobre determinado asunto toma la administración pública.”¹⁰

Voluntad:

Que radica en la capacidad legal que tiene la administración pública para decidir sobre los asuntos de su competencia.

Unilateralidad:

¹⁰ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo, editorial Ofeset Grafimundo, Loja Ecuador, 2003.

Porque únicamente el sujeto activo del procedimiento tiene capacidad decisoria.

Ejercicio administrativo:

Los actos administrativos sólo pueden ser expedidos por personas naturales en ejercicio de un cargo público.

Efectos Jurídicos Inmediatos y Directos:

Los actos administrativos son ejecutorios, es decir, la Administración que emite la decisión puede hacerla cumplir inmediatamente, siempre y cuando hayan sido publicitados en forma legal, mediante la notificación respectiva al administrado a quien va dirigida la resolución.

4.2.3. Efectos del acto administrativo.

El acto administrativo unilateral dictado por los órganos públicos, producen efectos jurídicos. Al respecto, el Profesor Libardo Rodríguez, manifiesta:

El efecto general del acto administrativo consiste en que modifica el ordenamiento jurídico existente, es decir, crea, modifica o extingue una situación jurídica, lo cual se traduce en que crea modifica o extingue derechos y obligaciones.

Uno de los efectos es la revocación, el Dr. Jorge Zavala cita el pensamiento de García y Fernández, quien manifiesta:

Se entiende por revocación la reiterada definitiva por la administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario.

Al respecto explica: El Dr. Granja Galindo:

“La revocación del acto administrativo consiste en la declaración de voluntad de la administración pública, en virtud de la cual se anulan o modifican los efectos jurídicos producidos por el acto revocado. La revocación es una forma de extinguir la relación jurídica establecida entre la administración y el particular.

El Dr. Pablo Tinajero, dice: “La potestad revocatoria es una potestad autónoma que se dirige a realizar las modificaciones jurídicas en el mundo exterior eliminando un acto contrario al interés público.

El Estatuto del Régimen jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva le confiere a La Administración Pública Central la potestad de revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que no contravenga la ley por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. En consecuencia, los actos administrativos con fundamento de la potestad revocatoria está radicada en la aptitud del órgano de la administración pública, para dejar sin efecto un acto y emitir un nuevo acto sobre el mismo asunto, sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia del interés público. De modo general, los actos administrativos pueden ser revocados por la misma autoridad que emitió el acto o por los superiores jerárquicos, en cualquier tiempo. La revocación directa, puede ser ejercida por el mismo órgano que emitió el acto, siempre que tenga

la facultad para revocar; o por el superior jerárquico competente. La revocación es la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa en el que extingue, sustituye o modifica el acto administrativo por razones de oportunidad o de legitimidad, puede ser total o parcial.”¹¹

La revocación directa consiste en que la administración hace desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente.

La revocación se puede producir por los siguientes motivos: Por ilegalidad o vicio del acto, o por razones de conveniencia u oportunidad.

En cambio la motivación es un requisito de fondo del acto administrativo formal que debe ser considerado por las autoridades administrativas, tanto más que es de rango constitucional consagrado en el Art. 76, numeral 7 literal I), como una de las garantías del debido procedimiento administrativo. En la Ley de Modernización del Estado en su Art. 31 y en el Art.122 del Estatuto, la motivación del acto se debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo, también está reglada en el inciso primero del Art. 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre del 2002, que expresa: siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión en los

¹¹ RODRIGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo, editorial Temis, Bogotá Colombia, 2004.

ZABALA EGAS, Jorge, Derecho Administrativo, Tomo I, Primera edición, editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2005.

GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito Ecuador, 2002.

TINAJERO DELGADO, Pablo, La Acción de Lesividad, Biblioteca de Jurisprudencia, Quito Ecuador, 2000.

términos de la Constitución y es de carácter meramente formal, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifiquen el acto dictado por la administración.

La motivación es la expresión sucinta lo que resulte del expediente, las razones que inducen a emitir el acto, y si impusieren o declararen obligaciones para el administrado fundamentado en normas legales. La motivación contribuye a concretar la seguridad jurídica; es uno de los medios de control más efectivos de la arbitrariedad administrativa y facilita al órgano administrativo una mejor fiscalización de la actividad administrativa y así poder constatar la desviación del poder con el adecuado conocimiento de los hechos.

Al respecto el tratadista argentino Roberto Dromi, en su libro intitulado Derecho Administrativo señala que:

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, está contenida dentro de lo que usualmente se denomina “considerandos”. Es la fundamentación fáctica y jurídica del acto administrativo con la que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.

El acto administrativo perfecto por su propia naturaleza produce determinados efectos jurídicos, cuya importancia cada día es creciente. Como estado moderno ha ampliado considerablemente el campo de su acción, así también sus efectos son cada vez más importantes en las relaciones.

“El primer efecto importante del acto administrativo relacionado con los particulares, es que los derechos y obligaciones que engendra tienen un carácter personal e intransmisible. Las leyes administrativas deben precisar los beneficios de los actos administrativos, para no contrariar el interés público o el interés nacional.

El derecho administrativo moderno ha ampliado considerablemente el campo de las relaciones jurídicas de los particulares, con un nuevo sistema y con nuevos principios que deben necesariamente apartarse de las relaciones que gobierna el derecho privado. Hay que trazar una línea que demarque perfectamente donde termina el interés del estado y en donde comienza el interés de los particulares. Los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa giran en torno a un principio: Que puede atacarse mediante un recurso administrativo o acción judicial aquel acto de la administración que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos respecto del impugnante; todo acto de la administración (o no) que de suyo no sea apto para producir efectos jurídicos, no es todavía directamente impugnable en cuanto a su validez: la noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio y restringirse a aquellos actos aptos que producen efectos jurídicos directos, en forma inmediata.”¹²

Si dijéramos simplemente que es una declaración que produce efectos jurídicos, estaríamos abarcando los casos en que el efecto jurídico surge indirectamente del acto. Así el dictamen vinculante que la administración esté

¹² DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, editorial Mundo Anuncio, Buenos Aires Argentina, 2009.

obligada a seguir es un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos. Pero no es un acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente. Es, pues, un acto de la administración o preparatorio, no un acto administrativo, a pesar de ser un dictamen vinculante.

4.2.4. Acto administrativo, silencio administrativo y revisión del acto administrativo.

Emilio Margain, en su obra: De lo Contencioso Administrativo, de Anulación o Legitimidad, manifiesta: Desde el punto de vista amplio se puede decir que son actos administrativos todos los actos realizados por los Órganos de la

Administración del Estado o por las autoridades administrativas en virtud de la potestad pública que la ley le otorga¹⁸”.

De esta manera puedo decir que dentro de este concepto consideraremos como acto administrativo desde la contratación o designación de un funcionario público, la imposición de una multa, hasta hechos tan sencillos como extender un certificado de nacimiento e incluso las instrucciones o mandatos que emanan del jefe superior de un servicio público hacia sus funcionarios; y por supuesto los Decretos Supremos dictados exclusivamente por el Presidente de la República o por un Ministro de Estado “por orden del Presidente de la República.

“Desde el punto de vista orgánico-formal, para que sean actos administrativos deben necesaria y obligatoriamente emanar de un órgano administrativo o Autoridad administrativa, debido a que son actos administrativos solo los que emanan de estas entidades,

Pero con esto no basta, debido a que además debe cumplir con ciertas formalidades en su formación; por ejemplo, necesariamente deben presentarse en forma escrita estructurado en cuatro partes: encabezamiento, parte expositiva, parte decisoria y parte conclusiva. Todos los elementos tanto de la forma procedimiento como la forma externalidad se encuentran establecidos en la Ley sobre Procedimiento Administrativo”¹³

Entonces, para que estemos frente a un acto administrativo deben darse tanto los elementos orgánicos del concepto (que emane de un órgano administrativo, que sea realizado en el ejercicio de una potestad publica o de la competencia de los órganos de la administración y que contengan declaraciones de voluntad) como el elemento formal del concepto (son decisiones formales)

La forma es uno de los elementos del acto administrativo, es la parte formal y solemne del acto; en donde se estipula la manera en que materialmente se va a estructurar el acto (expresa la ley que debe ser por escrito, dotado de fuerza ejecutoria, estructurado generalmente en cuatro partes: encabezamiento, parte expositiva, parte decisoria y parte conclusiva). Su importancia es vital, ya que el acto administrativo en sí es intangible, debido a que son ideas, pensamientos,

¹³ MARGAIN, Emilio, De lo Contencioso Administrativo, de Anulación o Legitimidad, editorial Porrúa, México 2002.

que antes de ponerse en práctica son abstractos y el elemento forma en el pronunciamiento del acto administrativo asegura entonces que este existe y permite conocer su contenido.

“Los actos favorables son aquellos actos administrativos que amplían los derechos de las personas a través de las admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, y dispensas.

Los actos de gravamen son aquellos que limitan la libertad de las personas a través de las ordenes, actos traslativos de derechos, actos extintivos y actos punitivos, entonces, además de limitar los derechos de las personas imponen sanciones.”¹⁴

Una de las diferencias principales entre los actos favorables y los actos de gravamen es que por regla general todos los actos administrativos no son retroactivos, solo pueden regir desde el momento de su dictación en adelante; pero tratándose de actos favorables estos son por excepción retroactivos siempre que sean favorables para las personas y no lesionen los derechos de terceros.

Mientras que los actos administrativos de gravamen y los actos administrativos en general son revocables, (aunque para los actos de gravamen es necesario que la revocación sea justificable y no simplemente un mero perdón); los actos favorables de la administración no son revocables, debido a que entregan

¹⁴ MARGAIN, Emilio, De lo Contencioso Administrativo, de Anulación o Legitimidad, editorial Porrúa, México 2002

beneficios y libertades a las personas.

María Eugenia Guillen, en su obra el Silencio Administrativo manifiesta:

El fundamento del silencio administrativo es lograr que en los casos en que la administración no se pronuncie de dictar una resolución, o no se encuentre a al servicio de los administrados o bien la dictación de la resolución no sea dentro de los plazos máximos que establece la ley, ese silencio, esa inactividad será valorada como una decisión (cuyo resultado puede ser positivo o negativo, dependiendo de cual forma de silencio administrativo opere) para evitar así el quiebre del sistema jurídico-administrativo. Es decir su fundamento es lograr que aun en inactividad la Administración cumpla con su deber de poner fin a los procedimientos administrativos para lograr así el acto terminal.

En este caso se entregan dos conceptos de silencio administrativo, estableciendo discrepancias entre uno y otro, ya que uno dice que el silencio administrativo es un hecho jurídico y el otro concepto establece que el hecho jurídico no es el silencio administrativo si no la falta de actividad de la Administración; partiendo de la base que en la inactividad debido a que no hay voluntad (que es uno de los elementos de los actos administrativos) por parte de la Administración estaríamos frente a un hecho jurídico.

Los elementos del acto administrativo son:

Es una ficción legal, ya que es una creación de la ley.

Es una forma extraordinaria de poner fin a un procedimiento administrativo cuando:

“La Administración no resuelva dentro de los plazos máximos que establece la ley. O bien cuando la Administración no actúe.

Otros requisitos que pide la ley, entre ellos: la denuncia del incumplimiento de la Administración, y la certificación de este incumplimiento.

Lo primero debido principalmente a que el silencio administrativo no opera de pleno derecho, a petición de parte y a veces de oficio, y por ende es el interesado quien debe poner en práctica esta garantía o bien esperar a que la Administración se pronuncie de dictar resolución. Y lo segundo porque el afectado puede pedir a la Administración la certificación de que esta no actuó dentro de los plazos máximos establecidos en la ley.

Existen dos formas de silencio administrativo: el silencio positivo y el silencio negativo.

El silencio positivo o estimatorio procede cuando la Administración no se ha pronunciado durante el plazo máximo establecido en la ley y el afectado denuncia lo ocurrido al mismo órgano administrativo que incurrió en la falta debiendo este entregar un recibo de la denuncia y una copia a su Superior en un plazo de 24 horas. Si aun así no se pronuncia (dentro de un plazo de cinco días desde la denuncia) se entenderá que lo solicitado ha sido aceptado. La persona afectada puede pedir la certificación de dicha solicitud.”¹⁵

El silencio negativo o desestimatorio procede en los casos es que una persona

¹⁵ GUILLEN, María Eugenia, El Silencio Administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa, Editorial COLEX, 4ª ed., Madrid España, 2002.

ha solicitado por ejemplo un subsidio de agua ante la Municipalidad y no le entregan ninguna respuesta dentro del plazo máximo, entendiéndose entonces que su solicitud fue rechazada, y el interesado debe pedir que se certifique la inactividad de la Administración para poder interponer los recursos correspondientes.

También procede cuando la Administración actúa de oficio, es decir por su propia voluntad sin que haya una persona que pida su intervención, o cuando se trate de la impugnación o revisión de un acto administrativo; o cuando se trate de una petición presentada a una autoridad en virtud de lo establecido en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador.

Las formas de impugnación de los actos administrativos tienen por objeto modificar, reemplazar, anular o revocar un acto administrativo por el cual una persona se ha sentido menoscabada.

Las formas de impugnación de los actos administrativos son:

Recurso de Reposición

Recurso Jerárquico

Recurso Extraordinario de Revisión

El Recurso de Reposición es un recurso que puede interponer la persona directamente ante el órgano que dictó el acto por el cual se sintió menoscabado o pasada a llevar en sus derechos, para que el órgano administrativo modifique, reemplace o deje sin efecto dicho acto.

El plazo para interponer el recurso es de cinco días hábiles desde que se notifico el acto administrativo; el órgano administrativo a su vez tiene un plazo hasta de treinta días para dictar la resolución y para impugnar el acto administrativo.

El Recurso de Reposición va ligado estrechamente con el Recurso Jerárquico, debido a que cuando la reposición es rechazada el Recurso Jerárquico se puede interponer de forma subsidiaria, elevando el expediente del Recurso de Reposición al Superior Jerárquico del órgano o funcionario administrativo que dicto el acto.

Pero el Recurso Jerárquico puede también interponerse directamente (no en forma subsidiaria al Recurso de Reposición).

El fundamento del Recurso Jerárquico se sostiene en la potestad disciplinaria y en la potestad de control y es ejercida en virtud del Principio de Jerarquía, que establece que la administración del Estado es como una pirámide (en la parte mas alta se encuentra el Presidente de la Republica y hacia abajo los demás órgano, en distintos niveles, de la administración del Estado), en donde las autoridades de cada nivel deben ejercer un control jerárquico del correcto funcionamiento de los organismos y del personal de su dependencia (se encuentra en el Art. 11 de las ley 18.575 de Bases de la administración del Estado).

Este recurso no se puede interponer contra los actos que realice el Presidente de la Republica ni los realizados por los Ministros de estado, debido a que el

Presidente de la Republica no posee ningún superior jerárquico y los actos de los Ministros de Estado han sido determinados como actos de última instancia. Si la resolución es positiva y acoge el recurso jerárquico el acto será modificado, reemplazado o dejado sin efecto según sea el caso.

Al igual que el Recurso de Reposición el plazo para interponer el Recurso Jerárquico es de cinco días hábiles desde la notificación del acto y la autoridad tiene como máximo treinta días para resolver, plazo dentro del cual el órgano inferior que dicto el acto impugnado puede formular sus descargas sobre el hecho.

4.2.5. El Silencio Administrativo, naturaleza y aplicación

Julio Comadira en su obra de Derecho Administrativo manifiesta: “El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio²¹”. De lo manifestado por Julio Comadira, puedo decir que esta técnica sólo resulta aplicable en caso de procedimientos iniciados a instancia del interesado o por su solicitud, en los que la administración pública tiene que responder a la petición del particular. No así, en procedimientos incoados de oficio, en los que la falta de resolución produce el efecto de la caducidad o perención del procedimiento, con la consiguiente

imposibilidad de producción de acto administrativo. En todo caso, si se trata de procedimientos sancionadores o eventualmente generadores de efectos no favorables, es jurídicamente imposible la producción en ellos de actos presuntos.

“No están sujetos al régimen de silencio los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, así como aquéllos terminados por pacto o convenio.

Esta técnica es correlativa, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el deber de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, que pesa sobre la administración pública; deber que existe en todo procedimiento, cualquiera que sea su forma de iniciación.

Blanca Gómez de la Torre, manifiesta:

La técnica del silencio administrativo permite diferenciar entre actos presuntos, expresos y tácitos.

El acto presunto es aquél que se imputa a la administración pública que debió resolver en plazo y no lo hizo. Realmente no existe declaración de voluntad administrativa, sino que se efectúa una imputación de la misma para garantizar la debida protección al interesado.”¹⁶

En caso de silencio positivo (estimatorio), surge un acto administrativo cierto y existente, que no puede ser desconocido por la administración pública, de forma que, no puede resolver, posteriormente a la producción del efecto del

¹⁶ COMADIRA, Julio, Derecho Administrativo, Segunda edición, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 2003.

silencio, en sentido contrario (desestimatorio). Para dejar sin efecto el acto es preciso acudir a los mecanismos ordinarios de revisión de oficio.

En caso de silencio negativo, el acto no alcanza existencia real, sino que es producto de una ficción cuyo fin es permitir acceder al interesado, que ha visto desestimado presuntamente su solicitud, a los recursos administrativos y/o judiciales pertinentes, satisfaciendo el presupuesto procedimental o procesal de la previa existencia de acto. Por ello, la administración que no ha resuelto puede, posteriormente, resolver en sentido contrario al efecto del silencio, sin necesidad de emplear procedimientos específicos de revisión o, en este caso, de revocación. No es posible la revocación del acto presunto estimatorio mediante un acto expreso extemporáneo contrario, salvo previa revisión de oficio.

Como premisa principal hay que partir de la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos que tramite, y, además, notificar en un plazo determinado dicha resolución. El silencio administrativo es una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución en plazo de los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración.

La administración está obligada a dictar resolución expresa, y a notificarla, en el plazo máximo que señale la norma reguladora de cada tipo de procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una

norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea, y si la norma reguladora del procedimiento no fija plazos se entiende que el plazo máximo es de tres meses. El plazo máximo de resolución y notificación puede sufrir suspensiones o ampliaciones en distintos supuestos.

“Hay que poner de manifiesto que a los efectos de entender cumplida la obligación de resolver y de notificar en plazo, -para evitar que surja el silencio- basta con la notificación defectuosa o el intento de notificación debidamente acreditado. Por último, la obligación de resolver y notificar persiste incluso aunque haya surgido el silencio.

El silencio administrativo responde ahora a la forma más simple de producción de cuantas son posibles: petición del interesado, o incoación de oficio (en actos favorables) y transcurso del plazo máximo de resolución y notificación sin que el particular haya recibido la notificación: «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo.»¹⁷

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo 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. Ya no es necesaria, pues se produce la llamada denuncia de la mora.

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca. “Nociones básicas sobre el silencio administrativo”, Publicación bimensual del Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES): CIDES, Boletín #5, Quito Ecuador, 2004.

En el caso del silencio positivo, se da lugar a un auténtico acto presunto estimatorio que no puede ser desconocido por la administración. En el del silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda.

Por lo tanto se puede establecer que la estimación por silencio administrativo tiene todos los efectos de consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Es más, su distinta naturaleza condiciona también las posibilidades de actuación de la administración una vez que surgen los dos tipos de actos, pues en los casos de estimación por silencio administrativo la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto estimatorio sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, mientras que en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

Por consiguiente puedo decir que los supuestos de silencio administrativo son los siguientes:

a) En procedimientos iniciados a solicitud de interesado. La regla general es el silencio positivo puesto que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario europeo establezca lo

contrario, con las excepciones siguientes: los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquéllos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como en materia de recursos administrativos en los que el silencio será negativo (con una excepción, a su vez, en el caso de los recursos de alzada interpuestos frente a una desestimación presunta, puesto que transcurrido el plazo de tres meses sin que la Administración haya notificado la resolución del recurso, este se entiende estimado por silencio administrativo positivo).

b) En procedimientos iniciados de oficio, de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas; supuesto que hay que distinguir del de los procedimientos iniciados de oficio en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en los que el transcurso del plazo sin que se haya notificado la resolución conlleva la perención o caducidad.

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, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. La ley incluye la posibilidad de solicitar a la Administración un certificado acreditativo del silencio producido que deberá emitirse por el órgano competente para resolver.

4.2.6. Efectos del silencio administrativo

Juan Carlos Cassagne manifiesta:

Es en este contexto en el cual se han previsto dos tipos de efectos para el silencio administrativo: el que supone una denegación y el que supone una aceptación.

El primero de ellos, denominados silencio administrativo negativo surge paralelamente a la carga de agotar la vía administrativa, como requisito previo para acudir a la vía jurisdiccional, y se configura como un medio de defensa de los derechos del administrado frente a la autoridad que, con el simple expediente de callar, podría evitar el juzgamiento de sus actos. De esta manera, transcurrido cierto tiempo dentro del cual la Administración no se haya pronunciado, se entiende que ha negado lo requerido y el administrado tendría abiertas las puertas para demandar ante la denominada "jurisdicción contenciosa administrativa.

Cabe destacar que la ocurrencia del silencio no otorga ni resta ningún derecho del administrado y por ello, como dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se trata de una ficción legal de efectos exclusivamente procesales.

Este régimen jurídico imperó en nuestro país, hasta la promulgación de la Ley de Modernización del Estado.

A partir de la vigencia de las mencionadas leyes se generalizó, tanto en materia administrativa general como en materia tributaria, los efectos estimatorios del

silencio administrativo para cualquier petición, reclamación o recurso y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, surge una ficción de acto administrativo en el cual la voluntad de la Administración es suplida por la de la ley, mientras que el administrado adquiere un derecho subjetivo que, en principio, no podría ser desconocido por aquella. Tal acto administrativo facto, por consiguiente, liga de tal modo a la Administración que está únicamente podría eliminarlo del mundo jurídico o a través de la declaración de lesividad y la formulación de la acción correspondiente ante los tribunales competentes.

“La particular problemática de la susodicha generalización del silencio positivo, ha sido objeto de justificadas críticas, no sólo por la amplitud de su aplicación, sino también por la falta absoluta de una regulación que haga efectivo lo ganado por el silencio administrativo”²⁴. En torno a lo primero, cabe destacar que no siempre puede hacerse valer los derechos adquiridos por la figura en cuestión, sin sólo cuando la petición o pretensión sean posibles, conformes a derecho, y no excedan de lo que expresamente se pudiere haber obtenido. En efecto, aun cuando el legislador no lo haya dicho, resulta ilógico que una creación de la ley, el silencio administrativo, se utilice para conculcar al ordenamiento jurídico, y se obligue a la autoridad a violar el deber fundamental de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.”¹⁸

En cuanto a lo segundo, en el supuesto de que la solicitud o la pretensión sean lícitas y posibles, habrán casos en que se pueda llevar a la práctica lo adquirido por el silencio positivo, como puede ser una autorización o un permiso, pero

¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Edit. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires-

existirán también situaciones en que se requiera de la voluntad de la administración para tales fines, como por ejemplo la reincorporación de un funcionario público destituido: y entonces, ¿cómo puede obligarse a la Administración a acatar algo que no ha consentido?. Téngase presente también que el proceso contencioso administrativo.

4.3. MARCO JURIDICO.

4.3.1. La Constitución de la República del Ecuador

El artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República reconoce "El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado·

Como la redacción del texto lo descubre, este derecho no se agota en la simple posibilidad de acudir a las autoridades, sino que impone a ellas el deber de pronunciarse, no sólo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente conforme a derecho. Este postulado, como es evidente, no implica que la decisión de la autoridad sea necesariamente favorable, pero le impone el deber de resolver de modo acorde con el ordenamiento jurídico.

De ahí que el derecho de petición signifique la posibilidad de solicitar, reclamar, recurrir, o en suma, instar a la autoridad a un pronunciamiento de carácter jurídico; no arbitrario ni carente de fundamento, sino conforme a derecho. Esto es congruente con los principios constitucionales de legalidad, juridicidad y

responsabilidad a los que está sometida la autoridad en un Estado de Derecho como el que nos rige, a más de que tiene íntima relación con el derecho al debido proceso, particularmente, con la motivación.

“Las reflexiones que anteceden permiten avanzar a una nueva proposición: el silencio administrativo, esto es, la abstención de pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión, implica la violación de un deber de acción; y como tal, una infracción a la ley. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto unos efectos para el silencio administrativo, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con lo que constituye una recta y buena administración.”

De igual manera la norma constitucional en el artículo 76, numeral 7 literal I), establece: “I) 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”¹⁹

¹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2011.

Dentro de las mayores aspiraciones de toda sociedad, está la de determinar y guiar el ejercicio de una de las manifestaciones de soberanía más importantes, como es, la responsabilidad de administrar justicia, a través de los órganos competentes, establecidos en el ordenamiento jurídico. Esta consideración reviste especial importancia, si atendemos a las implicaciones que tiene para la vida de un ciudadano la resolución emitida por un órgano judicial o administrativo dentro del Estado constitucional. Por esta razón, resulta imprescindible que estos órganos resuelvan sus sentencias o resoluciones de una manera fundamentada y motivada tanto en los hechos como en el derecho para que las mismas gocen de legitimidad y se convaliden frente a los administrados. Ahora bien, motivar y argumentar no constituye una simple explicación de las causas o motivos de una acción, sino que es necesario dar razones que justifiquen el curso de esa acción, explicando el iter lógico que ha permitido llegar a esa decisión.

4.3.2 Ley de Modernización del Estado

Este marco legal al referirse al Silencio Administrativo en el artículo 28 manifiesta: “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo

término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

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

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

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.²⁰

Esta antigua garantía constitucional, que precisamente implica que los ciudadanos tenemos el derecho de acudir al Estado y sus autoridades y dirigir

²⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2011

quejas, peticiones o reclamos ha sido recogido dentro de este marco legal. Este artículo prevé que las peticiones dirigidas a la administración deben ser absueltas en el término de quince días, caso contrario se entenderá el silencio administrativo, como positivo a favor del peticionario.

La regulación del derecho de petición, ha causado una verdadera transformación en la administración, ya que el cambio del efecto del silencio administrativo, como algo adverso a la administración es un concepto novedoso. El legislador ecuatoriano ha regulado el silencio administrativo con un firme propósito de garantizar el derecho de petición, y en ello es explícito el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. El fin loable, no obstante, debe conseguirse por un medio idóneo, y en lo que respecta a los efectos que la ley prevé para el silencio administrativo, los resultados no son del todo alentadores como se cree. En nuestro país parecería que el fenómeno del silencio administrativo se ha circunscrito a un puro problema de efecto legal. La discusión se centra entre quienes sostienen que la abstención debe calificarse de negativa, y los que propugnan y defienden el sistema imperante. Cada postura, a no dudarlo, tendrá respetables argumentos, pero cabe insistir en que el fenómeno del silencio administrativo es una patología compleja que, debe estudiarse desde el único ángulo del efecto legal que debe dársele. Por lo tanto, el fenómeno del silencio administrativo no puede verse desde la sola perspectiva de un sentido legal, sino también como un problema que atenta contra los principios fundamentales de la buena y recta administración, esto es, contra los postulados básicos de eficacia y la eficiencia que la deben guiar

como norte natural.

4.3.3 El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

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

²¹La norma manifiesta que la organización, funcionamiento y procedimientos de las administraciones públicas: de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales. En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomo cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente Estatuto.

²¹ LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.

En lo general las administraciones públicas central e institucional de la Función Ejecutiva, están sometidas al presente estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

“Art. 97.- LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente. Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad²⁹”. Esta disposición estatutaria, además, de brindarnos una conceptualización de la acción de lesividad nos explica brevemente su trámite ante el Tribunal competente. Lo curioso como comentario personal significa que la máxima Autoridad que declara al acto o resolución lesiva al interés público amparado en estas disposiciones legales y estatutarias, luego de declarar un derecho subjetivo a favor del administrado dentro del término expuesto vuelva a notificar al favorecido que el acto anterior se lo deja sin efecto, lo cual, a mi criterio significa expresar que ha existido equivocación de la Autoridad Pública, lo cual no se debe permitir, por cuanto se crea incertidumbre en los actos que provienen de la Administración Pública y que

afecta al beneficiario “²²

Que por esta trama legal puede ser notificada con la declaratoria de lesividad; y consecuentemente, iniciarse el proceso mediante la acción lesividad, ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente. Dicha acción se tramita mediante el procedimiento Contencioso Administrativo.

En el Art. 156, numeral 4 manifiesta:

“En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución³⁰”. Lo que significa que la Administración tiene la obligación ineludible de resolver o adjudicar sobre el asunto o controversia que se le plantee con vista a lo que disponen los artículos o disposiciones escritas que rigen a dicha agencia o cuerpo administrativo. Si se le presentase algún caso novel para cuyos hechos pudiera parecer que no hay disposiciones legales aplicables, la administración esta obligada a resolver algún reclamo administrativo por cuanto le está prohibido dejar el asunto irresoluto; sin poder abstenerse utilizando como excusa que hay oscuridad en las disposiciones aplicables, o que la ley guarda silencio en cuanto al asunto planteado en particular o que los preceptos legales no previeron o anticiparon las circunstancias del caso.

²² ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.

Tiene que pronunciarse y no puede evadir su obligación alegando que la ley guarda silencio o que es algo oscura o inentendible o que los preceptos legales aplicables son insuficientes.

En el artículo 168, numeral 1 nos habla de la declaración de lesividad de actos anulables y textualmente dice:

“1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso – administrativo.

Como se puede determinar que ante la negligencia de los funcionarios administrativos, cuyos actos puedan causar perjuicio al estado, como en el caso del silencio administrativo; esta puede declarar dicho acto nulo por cuanto se consideran lesivos para el interés público, esta competencia está dada al Presidente de la República, a los Ministros o a las máximas autoridades de la Administración Pública Central; lógicamente se debe posteriormente preceder a su impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con este acto se está deslegitimando el derecho de los administrados frente a los administradores, “²³

3.- Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá

²³ 30ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010

31ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010

recurso en vía administrativa, sino solo reclamo. La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada³². Según este criterio, un acto es normativo si es general. La característica principal de la norma jurídica es la generalidad, por ello se destina a un grupo más o menos indeterminado de personas.

“El criterio de la norma no deja abierta la posibilidad a que existan normas jurídicas destinadas a personas individuales ni tampoco actos administrativos de naturaleza no normativa destinados a la generalidad de personas. En esa línea, toda disposición de carácter general será integrante del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico es general porque generales son los preceptos que lo componen. Así todo acto de la administración que contenga preceptos generales será un acto normativo o un reglamento, es decir que, acto normativo y acto administrativo de efectos generales, para el contenido de la norma, son la misma cosa. En este contexto las disposiciones administrativas, no tiene su fin en los destinatarios del acto, sino en la forma en que el precepto jurídico regula tal o cual situación.

De esta manera, si la regulación del precepto jurídico es objetiva e impersonal, es decir abstracta, tal precepto es una norma jurídica o acto normativo que integra el ordenamiento jurídico. Por otro lado, si el precepto jurídico regula una situación concreta, determinada, existente e individualizada estaremos ante un

acto administrativo.”²⁴

Por lo tanto puedo decir, que el acto normativo regula una diversidad de situaciones abstractas que conllevarían a una pluralidad de casos posibles e indeterminados, por lo tanto no podríamos aplicar el silencio administrativo.

4.3.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

La norma contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al referirse a los actos administrativos, en el literal d) del Art. 23, textualmente dice: “d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la Ley, no pudiese anular o revocarlo por sí mismo³³”.

De lo expuesto se deduce que frente a los actos irrevocables de la administración pública que afecten el interés público, el derecho administrativo plantea una solución jurídica que posibilita precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad. Consiste en la atribución que tiene la máxima autoridad que pronunció el acto para emitir un nuevo acto administrativo, declarando lesivo al interés público, el primer pronunciamiento administrativo que favorecía y creaba derechos subjetivos a favor de la persona interesada.

Como se ve la lesividad es un juicio de valor, donde asoma el acto administrativo que beneficia a un administrado, pero que es lesivo al interés público, lo cual debe ser demostrado y fundamentado en derecho; no es un arbitrio de la administración. Entonces el acto administrativo de lesividad lo

²⁴ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.

retira del mundo jurídico al anterior, pero para ello no tiene capacidad jurídica; esto es, que será entonces el órgano judicial ante el cual debe concurrir la administración pública con la acción que contenga los fundamentos de hecho y de derecho para que por sentencia si ha sido probado debidamente sea anulado y retirado de la vida jurídica el acto que administrativamente se lo declaro lesivo al interés público pero que la Autoridad que lo pronunció no está en capacidad legal para revocarlo o dejarlo sin efecto jurídico. No existe lesividad en los actos convencionales de la administración por cuanto existen obligaciones bilaterales.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COMPARADO.

Para el desarrollo de este punto he considerado conveniente analizar legislaciones en materia de derecho administrativo de países sudamericanos y que están acorde con nuestra realidad más próxima.

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política: “el derecho de petición puede entenderse como la facultad que tiene toda persona para acudir ante cualquier autoridad u organización particular -en los casos señalados por la ley- y presentar solicitudes respetuosas, que deben ser resueltas en forma pronta y oportuna. Así entonces, debe entenderse que este derecho tiene como destinatarios a las autoridades públicas y por excepción a las organizaciones privadas³⁴”.

La Constitución Política introdujo una innovación importante en lo relativo al derecho de petición: en efecto, permitió su ejercicio ante organizaciones

privadas previa reglamentación por parte del Congreso, con el fin de brindar una mayor garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

“Ahora bien, cuando una entidad privada presta un servicio público como es el caso de los bancos, la Corte Constitucional ha señalado que la pretensión de recibir respuesta del particular está protegida por el derecho de petición.

El silencio administrativo puede ser de dos clases: negativo o positivo.

El primero se produce cuando transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición, no se notifica decisión que la resuelva, así lo determina el art. 40 Código Contencioso

Administrativo; el segundo opera solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales de conformidad con el art. 41 de la norma invocada.

El silencio positivo produce un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos, por tanto una vez producido la administración no puede dictar un acto posterior contrario y sólo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución “²⁵

Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales al tenor de lo que disponen los arts. 69 y 73 Código

²⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 2011

Contencioso Administrativo.

“El artículo 1° del Código Contencioso Administrativo señala: “Campo de aplicación. Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y Contralorías Regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas.

Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de autoridades.”²⁶

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 Legislación Chilena

El silencio administrativo se encuentra regulado en la Ley N° 19880, la cual establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos

²⁶ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 2011

de los Órganos de la Administración del Estado, en el Capítulo V “Disposiciones finales”, artículos 64º al 66º.

Esta ley, siguiendo la Ley española de 1992, sienta como regla general la presunción estimatoria (artículo 64º) con mínimas excepciones en su artículo 65º.³¹ Exige también, al igual que la ley española, la certificación del acto presunto para que se produzcan los efectos del silencio, atribuyéndose a los actos presuntos “los mismos efectos que a aquellos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva³⁶” (artículo 66º).

Dicha petición de certificación es una potestad del interesado (artículos 64º y 65º, párrafos tercero y segundo, respectivamente), por lo que si lo estima conveniente podrá esperar y no provocar lo que se traduciría en una terminación del procedimiento sin conocer los motivos de la decisión.

Se diferencia el silencio positivo (artículo 64º) del negativo (artículo 65º), estableciéndose respecto de éste que desde la fecha en que se ha expedido el certificado “empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que

4.4.2 Legislación Venezolana

El Artículo 51 de la Constitución Venezolana, manifiesta:

“Todos tienen el derecho de presentar peticiones o solicitudes ante cualquier autoridad o funcionario público respecto a asuntos que le competan, y además, derecho a obtener una respuesta pronta y oportuna de las mismas; agregando

la norma que quien quiera que viole este derecho debe ser sancionado conforme a derecho, incluyendo la posibilidad de que el funcionario responsable sea destituido de su cargo³⁷”

Este derecho de petición y de obtener oportuna respuesta ha sido desarrollado por el Artículo 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y también en forma indirecta por el Artículo 32 de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Estas últimas disposiciones tienen como propósito garantizar el derecho de las personas a interponer peticiones antes las autoridades administrativas, y a obtener una pronta y debida respuesta, mientras que los funcionarios públicos sean los competentes para adoptar las decisiones correspondientes y dar la oportuna respuesta, es decir, sean los "obligados a tomar decisiones sobre asuntos presentados ante ellos en los términos establecidos³⁹", por lo que incurren en responsabilidades cuando no lo hagan.

“La legislación venezolana desde la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, le atribuye los efectos tanto negativos como positivos al silencio administrativo, ello debe entenderse como una “excepción” a la “regla” de la necesidad de un pronunciamiento expreso de la administración a través de una decisión administrativa, es decir, con respecto a los actos administrativos expresos. Sin embargo, entre ambos efectos positivos o negativos atribuidos que se atribuyen por el legislador al silencio

administrativo, no existe relación alguna de “regla” y “excepción”. En ambos casos se trata de una disposición de carácter excepcional con respecto al modo general de la toma de decisiones administrativas que es el pronunciamiento formal y escrito. Por tanto, en la interpretación del silencio administrativo positivo o negativo, no hay entre esos diferentes efectos una interpretación que pueda ser amplia o restringida en un caso en relación con el otro; en realidad, ambos casos, tanto los efectos positivos como los efectos negativos atribuidos al silencio administrativo, son la excepción a la “regla” general que es la toma de decisiones en forma expresa.

En tal sentido el Artículo 2 de la de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que todas las autoridades administrativas “deben resolver las peticiones presentadas ante ellas, y en caso debido, expresar los motivos para no resolverlas.

Es decir, el procedimiento administrativo, en cualquier caso, debe siempre concluir con una decisión o acto administrativo.”²⁷

²⁷ LEY ORGANICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VENEZOLANA, 2011.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

Dentro de la actual investigación de tesis utilicé los siguientes materiales:

Dentro del material de oficina, para la composición del informe final se empleó: papel, esferográficos, computador, memoria extraíble, etc.

Dentro de las fuentes de encuesta empleada están Códigos y Leyes así como la Constitución de la República y Legislación Comparada de otros Países relacionados con el tema, Diccionarios jurídicos como el de Guillermo Cabanellas y Revistas Judiciales.

5.2.- Métodos

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica utilice los siguientes métodos:

- **Inductivo:** El cual me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada en la presente Tesis de Grado. Este método me permitió identificar la situación real del Derecho y sus múltiples falencias lo cual enfoco en mi trabajo de tesis con diferentes conceptos y comentarios jurídicos

- **Deductivo:** El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- **Descriptivo:** El cual me permite enfocar al lector de una manera clara y precisa los conocimientos doctrinarios, jurídicos y críticos de la presente investigación para lograr una mejor comprensión y socialización de la temática, y lo cual se ve reflejado en la investigación de campo que se presenta con los respectivos gráficos estadísticos, interpretación y comentario del autor.

- **Método Científico**, el mismo que se desarrolla en las siguientes etapas:

- **Observación:** Es la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudó principalmente en lo que fue el acopio de información teórica y empírica.

- **Análisis:** el cual lo utilicé en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitió desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- **Comparativo:** Es un método que permite equiparar dos objetos de estudio de similar naturaleza, el cual lo utilice en la comparación de las legislaciones extranjeras respecto de la de nuestro país.

Dentro de las técnicas utilizadas para la investigación de campo se encuentran la Encuesta y Entrevista, aplicadas en un número de 30 y 5 personas

respectivamente, entre los que están funcionarios judiciales, empleados públicos, abogados en libre ejercicio y docentes de Derecho.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

PRIMERA PREGUNTA

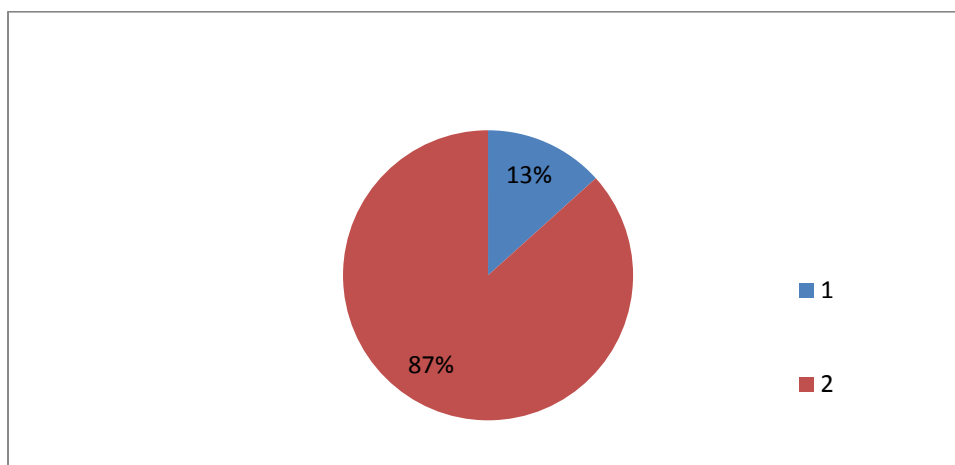
¿Cree Ud. que la norma Constitucional de la República del Ecuador, garantiza el derecho a dirigir quejas y peticiones a la administración Pública?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	26	87. %
No	4	13%
TOTAL	30	100 %

FUENTE.: Abogados en libre ejercicio Profesional
AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

GRÁFICO Nro. 1



INTERPRETACIÓN:

De las treinta personas encuestadas 26 que corresponde al 87% manifestaron que si, lo que hace falta es reglamentar en la ley el procedimiento; mientras que 4 que corresponde al 13% contestaron que no, es decir que no existe una

norma constitucional que garantice el poder pedir estos requerimientos administrativos.

ANALISIS:

La mayoría de los encuestados se pronunciaron en forma positiva y manifiestan, que si bien la norma Constitucional establece el derecho de dirigir quejas y peticiones a la administración, pero esto no es garantía de que sus requerimientos sean atendidos en forma clara y oportuna, por falta de regulación de este derecho dentro de un marco legal.

SEGUNDA PREGUNTA

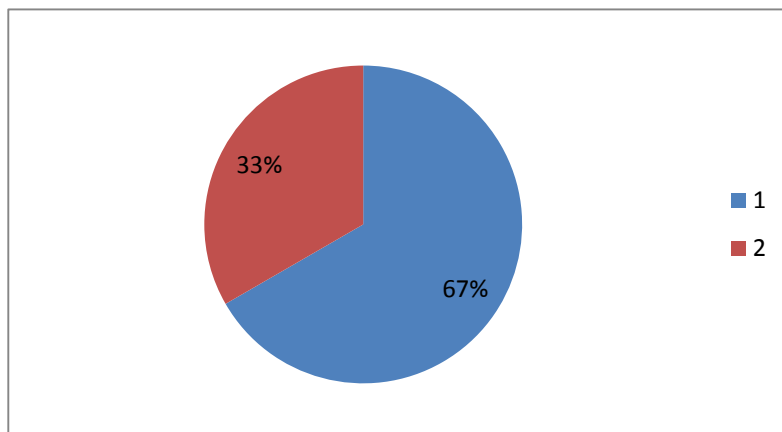
2.- ¿Cree Usted que nuestra legislación debe considerar el silencio administrativo como una aceptación?

Cuadro Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	2	67 %
No	1	33 %
TOTA	3	100

FUENTE.: Abogados en libre ejercicio Profesional
AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

GRÁFICO Nro. 2



INTERPRETACIÓN:

De las treinta personas encuestadas 20 que corresponde al 67% manifestaron que sí, mientras que 10 que corresponde al 33% contestaron que no, es decir que el silencio administrativo no debe considerarse como una aceptación ya que esto perjudica al empleado público

ANALISIS

La mayoría de los encuestados se pronunciaron en forma positiva indicando que se debe considerar al silencio administrativo como una aceptación, ya sea a favor o en contra del servidor público, la minoría indica que es necesario un pronunciamiento ya que el silencio administrativo dejaría en la indefensión a los servidores públicos y esto ocasiona la vulneración de los derechos constitucionales de las personas

TERCERA PREGUNTA

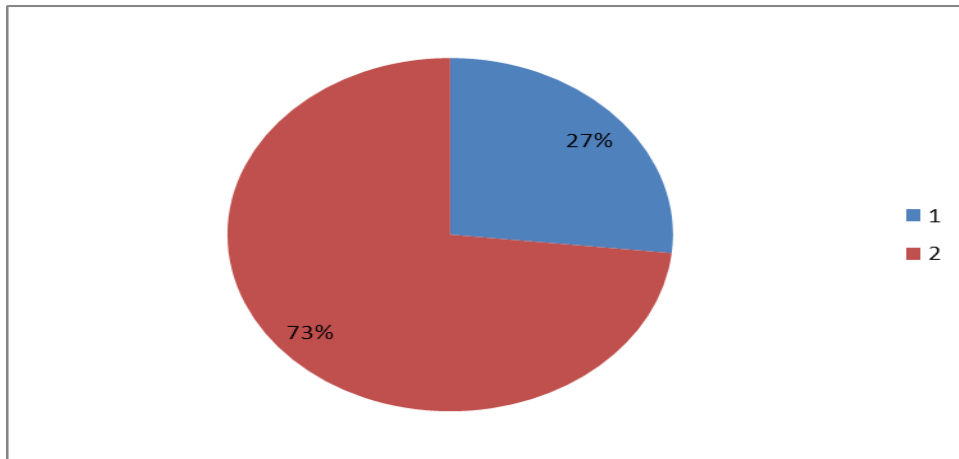
¿Usted cree que el silencio administrativo otorga a la administración pública la acción coercitiva?

Cuadro Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si		73
No		27.
TOT	3	10

FUENTE.: Abogados en libre ejercicio Profesional
AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

GRÁFICO Nro. 3



INTERPRETACIÓN

De las treinta personas encuestados 22 que corresponde al 73% manifestaron que sí, el silencio administrativo otorga facultades coercitivas a la administración pública; mientras que 8 que corresponde al 27% contestaron que no, es decir que el silencio administrativo no otorga ninguna facultad coercitiva a la administración pública.

ANALISIS

La mayoría de las personas encuestadas se pronunciaron en forma positiva manifestando que el silencio administrativo tiene sus efectos legales esto es que otorga coercitividad a la administración pública, esto se encuentra debidamente regulado por la normativa aplicable a estos asuntos de carácter administrativo en el sector público, y que de alguna manera se debe hacer cumplir en bien del Estado.

CUARTA PREGUNTA

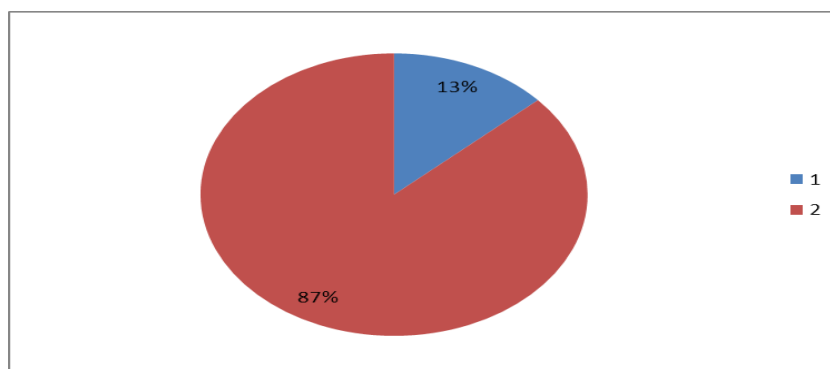
¿Cree Usted que el derecho de petición de los servidores públicos es un Derecho Constitucional y legal?

Cuadro Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	26	87.%
No	4	13%
TOTA	3	100

FUENTE.: Abogados en libre ejercicio Profesional
AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

GRÁFICO Nro.



INTERPRETACIÓN:

De las treinta personas encuestadas 26 que corresponde al 87% manifestaron que sí, es un derecho constitucional y por lo tanto es legal el derecho de petición del empleado público; mientras que 4 que corresponde al 13% contestaron que no, es decir que el derecho de petición no es un derecho constitucional y por lo tanto no es legal.

ANALISIS:

La mayoría de las personas encuestadas se pronunciaron en forma positiva indicando que el derecho de petición es un derecho constitucional y que por lo tanto es un derecho legal que los servidores públicos pueden hacer uso de este derecho en el caso de que se encuentren sus principios y derechos vulnerados por alguna autoridad pública.

QUINTA PREGUNTA

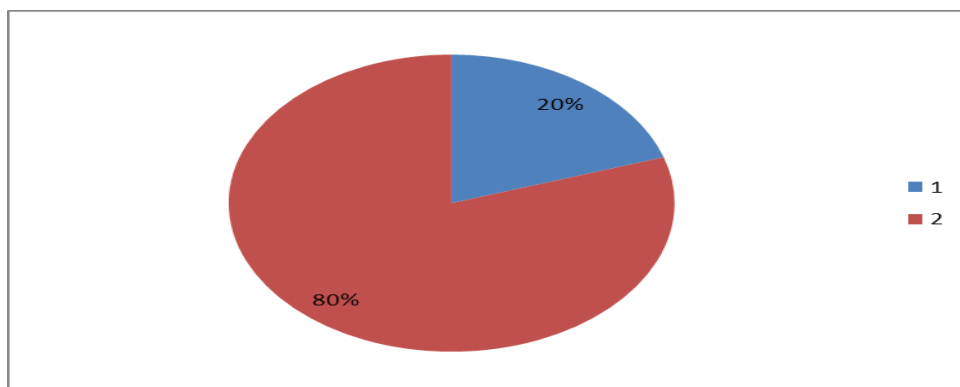
¿Usted cree que la normativa que regula el silencio administrativo debe ser reformada?

CUADRO NRO. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	26	80%
No	4	20%
TOTAL	30	100 %

FUENTE.: Abogados en libre ejercicio Profesional
AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

GRÁFICO Nro. 5



INTERPRETACIÓN:

De las treinta personas encuestadas 26 que corresponde al 80% manifestaron que sí, que se debe reformar la normativa que regula el silencio administrativo; mientras que 4 que corresponde al 20% contestaron que no, no es necesario que se realice ninguna reforma a esta normativa legal, puesto que todo está regulado en forma constitucional.

ANÁLISIS:

La mayoría de las personas encuestadas se pronunciaron en forma positiva indicando que es necesario que se proceda a reformar esta normativa legal a fin de que se garantice los derechos constitucionales de los servidores públicos, ya que así como se encuentra presenta muchas falencias y deja en la indefensión a los servidores públicos.

6.2 APLICACIÓN DE LAS ENTREVISTAS

PRIMERA PREGUNTA

¿Cree Ud. que la norma Constitucional de la República del Ecuador, garantiza el derecho a dirigir quejas y peticiones a la administración Pública?

Si, la Constitución de la República garantiza el derecho de dirigir quejas y peticiones a la administración pública, de los servidores públicos.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- ¿Cree Usted que nuestra legislación debe considerar el silencio administrativo como una aceptación?

No, el silencio administrativo no debe considerarse como una aceptación del pedido o la negación del mismo, debe existir un pronunciamiento por parte de

las autoridades judiciales.

TERCERA PREGUNTA

¿Usted cree que el silencio administrativo otorga a la administración pública la acción coercitiva?

Sí, pero no es constitucional el silencio administrativo, por lo tanto es inconstitucional la acción coercitiva por parte de la administración pública.

7. DISCUSION

7.1 VERIFICACION DE OBJETIVOS

Como autora del presente trabajo investigativo, me formulé algunos objetivos que fueron presentados en el respectivo proyecto de tesis, y que a continuación procedo a verificar:

OBJETIVO GENERAL:

-Realizare un estudio crítico, jurídico, doctrinario en legislación Ecuatoriana

Este objetivo se cumple, por cuanto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo se ha abordado de forma jurídica, crítica y doctrinaria la normativa legal referente al silencio administrativo tanto como un derecho y el ámbito de aplicación, abordado desde la revisión de literatura como desde el estudio de campo, determinando las falencias existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico en actual vigencia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar en base al estudio de la regla constitucional, legal, doctrinaria y jurisprudencial, las fortalezas y debilidades del silencio administrativo.

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad, con el análisis de los contenidos doctrinarios que se han escrito en materia del silencio administrativo, lo que ha sido reforzado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador,

- Establecer que los cambios que se causan en la sociedad, violan en las normas jurídicas, especialmente las que reglamentan el silencio administrativo.

Del análisis de la doctrina y de la legislación comparada, ha sido posible despejar este objetivo en forma positiva, puesto que se he logrado demostrar que el derecho como toda ciencia no se estanca, sino que se encuentra en constante evolución, por lo tanto los cambios que se producen en la sociedad inciden en las normas legales, especialmente en las que regulan el Silencio administrativo; así como también de la investigación de campo en base a las respuestas a las preguntas 2 y 4 de la encuesta.

- Presentar un proyecto de reforma destinado a regular el silencio administrativo, a fin de que su aplicación sea enérgico.

Este objetivo se verifica en base al análisis de jurídico de la ley, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 6 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de crear un ordenamiento jurídico que regule el silencio administrativo de acuerdo con el avance de la sociedad y de las exigencias que en materia de derecho administrativo se ha logrado determinar en relación a la problemática que es materia de la presente investigación. .

7.2 CONSTATAION DE LA HIPOTESIS

- El artículo 28 de la Ley Orgánica de Modernización del Estado, no es enérgico en la estudio del silencio administrativo, por lo que los operadores de justicia en el campo Contencioso Administrativo se ven impedidos de aplicar el silencio administrativo por la ambigüedad de las disposiciones legales, perjudicando a las partes con fallos improcedentes lejos de la doctrina y la jurisprudencia.

La presente hipótesis se contrasta positivamente por cuanto en la parte teórica dentro del marco doctrinario así como en los resultados obtenidos en la investigación de campo en las respuestas a las preguntas 1, 3, 5 y 6 de la entrevista se ha corroborado que:

La norma contenida en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Modernización del Estado resulta ineficaz en la aplicación del silencio administrativo, por la ambigüedad de la norma, por lo que los administrados se ven perjudicados con fallos improcedentes, de allí la necesidad de crear un ordenamiento jurídico que regule el silencio administrativo.

7.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA JURÍDICA

El Derecho por excelencia es un instrumento de seguridad jurídica. Por lo tanto es el que encausa a los gobernantes y gobernados a respetar sus derechos, deberes y obligaciones. De ahí que puedo concluir diciendo de que mientras más segura jurídicamente es un estado, la población se convierte automáticamente en una sociedad más justa y equilibrada.

La seguridad jurídica constituye un principio a cuyo respeto aspira toda sociedad, por ello la certeza, la vigilancia plena y efectiva de las normas legales son condiciones indispensables para la seguridad jurídica.

Seguridad que en términos de la aplicación del silencio administrativo, reconocido en forma legal en la Constitución de la República del Ecuador en el

artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República que reconoce el derecho de los ciudadanos de dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir respuestas en el plazo adecuado, por lo tanto la norma constitucional le da la categoría de principio constitucional al silencio administrativo. La protección de los derechos a través de leyes adecuadas es deber primordial del Estado ecuatoriano, pero esto ha sido descuidado, al no establecer un ordenamiento legal que regule en forma eficaz el silencio administrativos, puesto que la norma existe resulta ambigua e ineficaz, a efecto de proteger los derechos de las personas a la seguridad jurídica.

Por esto y otras razones de carácter constitucional y legal, mi propuesta es de que se debe crear un ordenamiento legal a efecto de poder aplicar en forma eficaz el mandato constitucional en relación al silencio administrativo, acordes a las necesidades actuales de la sociedad.

8. CONCLUSIONES

- Que si bien la norma Constitucional reconoce el derecho de las personas para dirigir quejas y peticiones a la administración; y, de ser atendidos oportunamente, pero no se ha establecido el mecanismo legal para su procedimiento y aplicación efectiva.
- Que la norma contenida en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Modernización del Estado resulta ineficaz en la aplicación del silencio administrativo, por la ambigüedad de la norma.
- Que la norma contenida en la Ley de Modernización del Estado, no abarca el silencio administrativo positivo, solo reconoce el silencio administrativo negativo.
- Que se hace necesario que el derecho de petición no solo debe estar dirigido a las instituciones públicas, sino también algunas instituciones privadas que presten un servicio público.
- Que al establecerse a favor de la administración la acción de lesividad, se viola el derecho de los administrados, dejándolos en desigualdad de condiciones.
- Que se hace necesario crear un ordenamiento legal que permita regular el derecho de petición y de quejas, así como el mecanismo para la aplicación del silencio administrativo.

9. RECOMENDACIONES:

- Que la Asamblea Nacional proceda crear un marco legal que permita aplicar el derecho constitucional de petición y de dirigir quejas a la administración, así como también regule el procedimiento para aplicar el silencio administrativo .
- Que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico tenga relación con la norma constitucional, a efecto de que no exista contraposición de la norma.
- Que los funcionarios y empleados de la administración pública encargados de atender las quejas y peticiones de los administrados, hagan conciencia que es deber fundamental el respeto del derecho de las personas por sobre todas las cosas.
- Que las Universidades del país, por intermedio de sus Facultades de Derecho incluyan en sus pensum de estudios, el análisis del derecho administrativo, especialmente del derecho de dirigir a la administración pública peticiones y quejas que tienen las personas y la aplicación del silencio administrativo.
- Que se cree un marco legal que permita aplicar en forma eficiente el silencio administrativo, ya que la ambigüedad de la norma existente perjudica a las partes con fallos improcedentes lejos de la doctrina y la jurisprudencia. Que se realice la difusión necesaria por la prensa, foros, seminarios y otros del derecho que tienen las personas de dirigir quejas y peticiones a la administración y de recibir respuesta dentro del término que establece la Ley.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, es necesario adecuar el marco jurídico a las actuales condiciones de la vida social y política de nuestro país.

QUE, se hace necesario crear un marco legal que regule el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República que permite a los ciudadanos dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir respuestas en el plazo adecuado.

Que el marco legal que regula el silencio administrativo resulta ambiguo en relación al avance de la sociedad, por lo tanto se hace necesario crear un marco legal que permita su aplicación eficaz.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

a) Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final.

b) Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores.

c) Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.

Artículo 2.- Término para resolver

Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca un plazo distinto, las autoridades administrativas deberán de resolver de manera fundada y motivada las peticiones que les sean presentadas dentro de los tres meses contados a partir del día hábil siguiente al día en que fue presentada la petición, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en esta Ley.

Artículo 3.- Requisitos

Los trámites que se realicen ante la administración pública, además de lo que señalen las leyes aplicables a cada caso concreto, deben cumplir con los requisitos siguientes:

I.- Presentarse en original, y sus anexos, en copia simple en un tanto. Si el interesado requiere que se le acuse recibo, deberá adjuntar una copia simple para ese efecto;

II.- Cualquier documento original puede presentarse en copia certificada: asimismo, ambos documentos podrán acompañarse de copia simple, para cotejo, caso en el que se regresará al interesado el documento cotejado;

III.- Cualquier documento puede presentarse a través de medios electrónicos, siempre y cuando se anexen la certificación emitida por la autoridad certificadora y la firma electrónica certificada, en los términos de la Ley respectiva;

IV.- Quedan exceptuados de las fracciones anteriores los permisos, registros, licencias y, en general, cualquier escrito, resolución o informe expedido por dependencias o entidades de la administración pública ante las cuales se realice el trámite, respecto de los cuales bastará señalar los datos de identificación de tales documentos; y,

V.- Excepto cuando en un procedimiento se tenga que dar vista a terceros, los interesados no estarán obligados a proporcionar datos o entregar juegos adicionales de documentos entregados previamente a la dependencia o entidad de la administración pública ante la que realicen el trámite correspondiente, siempre y cuando señalen los datos de identificación del escrito en el que se citaron o con el que se acompañaron y el nuevo trámite lo realicen ante la propia dependencia o entidad, aun y cuando lo hagan ante un órgano administrativo desconcentrado. Esta fracción se aplica aun cuando el trámite se hubiera realizado a través de medios electrónicos.

Artículo 4.- Cuando los trámites que se presenten no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 3 de esta Ley, la autoridad administrativa prevendrá al interesado por escrito y por única ocasión, a fin de que subsane la omisión dentro del término que establezca la dependencia o entidad, el cual no podrá ser menor de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al día

en que haya surtido efectos la notificación. Transcurrido el plazo anterior sin que el interesado subsane la omisión, el trámite se tendrá por no interpuesto y será desechado.

Artículo 5.- Aprobación automática

Los procedimientos administrativos, sujetos a silencio administrativo positivo, se considerarán automáticamente aprobados si, vencido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.

Lo dispuesto en el presente artículo no enerva la obligación de la entidad de realizar la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones e información presentada por el administrado.

Artículo 6.- Aprobación del procedimiento

No obstante lo señalado en el artículo 5, vencido el plazo para que opere el silencio administrativo positivo en los procedimientos de evaluación previa, regulados en el artículo 1, sin que la entidad hubiera emitido pronunciamiento sobre lo solicitado, los administrados podrán presentar una Declaración Jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la administración, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de la solicitud o trámite iniciado.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable también al procedimiento de aprobación automática, remplazando la resolución de aprobación ficta, contenida en la Declaración Jurada.

En el caso que la administración se niegue a recibir la Declaración Jurada a que se refiere el párrafo anterior, el administrado podrá remitirla por conducto notarial, surtiendo los mismos efectos.

Artículo 7.- Responsabilidad del funcionario público

Los funcionarios y servidores públicos que, injustificadamente, se nieguen a reconocer la eficacia del derecho conferido al administrado al haber operado a su favor el silencio administrativo positivo de un procedimiento que se sigue ante la misma entidad, incurrirán en falta administrativa sancionable de acuerdo con la Ley Orgánica de Servicio Público, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar.

Lo dispuesto en el primer párrafo también es aplicable a los funcionarios y servidores públicos, de cualquier entidad de la Administración Pública, que se nieguen injustificadamente a recibir o cumplir la resolución aprobatoria ficta derivada de la Declaración Jurada a que hace referencia el artículo 3, dentro de un procedimiento que se sigue ante otra entidad de la administración.

Artículo 8.- Denuncia del funcionario ante el órgano de control interno

Los administrados podrán interponer, individualmente o en conjunto, el recurso de queja, o presentar una denuncia al órgano de control interno de la entidad respectiva, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiera lugar,

en el caso de que el funcionario o servidor público incumpla lo establecido en la presente Ley.

Artículo 9.- Procedimiento ante el órgano de control interno

Las denuncias ante el órgano de control interno de las entidades de la Administración Pública respectivas, que se presenten contra los funcionarios o servidores públicos que incumplan lo establecido en la presente Ley, serán puestas en conocimiento del público en general a través de la página web de la entidad o publicadas en el Registro Oficial, cuando la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario quede consentida.

Artículo 10.- Responsabilidad del administrado

Los administrados que hagan uso indebido de la Declaración Jurada, señalada en el artículo 3, declarando información falsa o errónea, estarán en la obligación de resarcir los daños ocasionados y serán denunciados penalmente conforme a la legislación de la materia por la entidad de la Administración Pública afectada.

Artículo 11.- Seguimiento de los procedimientos administrativos

El órgano de control interno de las entidades de la Administración Pública supervisará el cumplimiento de los plazos, requisitos y procedimientos a fin de que sean tramitados en forma oportuna.

Asimismo, el órgano de control interno está en la obligación de elevar al Titular del Pliego un informe mensual sobre el estado de los procedimientos administrativos iniciados, así como sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido los funcionarios o servidores públicos que incumplan con las

normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la presente Ley y aquellos que hayan sido denunciados por los administrados.

Artículo 12.- La actuación administrativa se desarrollará bajo los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, seguridad jurídica, simplificación, economía procesal, celeridad, publicidad, imparcialidad y buena fe.

Estos principios deberán interpretarse en el sentido más favorable para el desarrollo de la administración pública y en beneficio de los administrados.

Artículo 13.- El procedimiento administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de parte interesada.

Artículo 14.- En el procedimiento administrativo, las dependencias y entidades no pueden exigir más formalidades que las expresamente previstas en las leyes.

Artículo 15.- Toda promoción o trámite ante la administración pública deberá hacerse por escrito o por medio electrónico, en los casos en que la Ley así lo establezca, en el que se precisará, al menos:

- I.- El nombre, denominación o razón social del interesado y de quien lo represente legalmente. En este último caso, deberá acompañarse la documentación que acredite tal carácter;
- II.- El domicilio para oír y recibir notificaciones;
- III.- La persona o personas autorizadas para oír y recibir notificaciones;
- IV.- El medio tecnológico que sirva al interesado para ser contactado por la administración pública;
- V.- La petición que se formula, o la promoción o trámite que se realiza;

VI.- Los hechos o razones que motivan la petición, promoción o trámite;

VII.- La dependencia o entidad a la que se dirige la petición;

VIII.- Lugar y fecha de la emisión, y

IX.- La firma autógrafa del interesado o de su representante legal, o, si así lo eligiera, su firma electrónica certificada, si no sabe firmar, imprimirá su huella digital, la que deberá estar acompañada de una firma a ruego para autenticar la huella.

Artículo 16.- Los interesados podrán actuar ante la Administración Pública personalmente o por medio de apoderados o mandatarios, pero no a través de gestores de negocios.

Artículo 17.- Todo Servidor Público estará impedido para intervenir, conocer o resolver un procedimiento administrativo cuando:

I.- Él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo grado, tengan interés directo o indirecto en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pudiera influir en la de él; sean socios o administradores del interesado; o bien, tengan litigio pendiente relacionado con el asunto de que se trate;

II.- Cualquiera de los interesados, o de sus representantes o mandatarios que intervengan en el procedimiento fuere su pariente consanguíneo o colateral dentro del cuarto grado o afín dentro del segundo grado;

Exista un vínculo de amistad o enemistad con el interesado o con sus representantes o mandatarios;

- IV.- Intervenga como perito o como testigo en el asunto de que se trata;
- V.- Tenga relación de servicio, sea cual fuere su naturaleza, con cualquiera de los interesados directamente en el asunto;
- VI.- Sea tutor o curador de alguno de los interesados, o bien haya transcurrido un período menor a tres años desde que dejó de ejercer tal encargo;
- VII.- Los intereses personales, familiares o de negocios del Servidor Público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión, y
- VIII.- La normatividad aplicable estableciera otros supuestos de impedimento distintos a los señalados en este artículo.

Artículo 18.- El servidor público que se encuentre impedido para conocer de un asunto por encontrarse en alguno de los supuestos señalados en el artículo anterior, se excusará de intervenir en el procedimiento y lo comunicará a su superior inmediato, quien resolverá lo conducente dentro de los tres días hábiles siguientes.

Artículo 19.- Cuando las excusas sean procedentes y hubiere otro servidor público con competencia e igual jerarquía que el impedido, el asunto le será turnado; en su defecto, el superior jerárquico conocerá del asunto.

Artículo 20.- Cuando el superior jerárquico declare improcedente la excusa planteada, devolverá el expediente al servidor público que la intentó, para que continúe conociendo del mismo.

Artículo 21.- Si un servidor público interviene en algún asunto para el que se encuentra impedido, el interesado podrá promover la recusación

correspondiente durante cualquier etapa del procedimiento administrativo, hasta antes de que se dicte resolución.

Si el interesado en el procedimiento administrativo tuviera conocimiento que, una vez dictada la resolución, el funcionario se encontraba impedido para conocer del mismo, podrá tramitar la recusación a través del recurso de revisión o acudir ante el órgano jurisdiccional.

Artículo 22.- La recusación se promoverá conforme a las disposiciones siguientes:

I.- Debe plantearse por escrito ante el superior jerárquico del servidor público que se recusa;

II.- En tal escrito se debe expresar la causa o causas en las cuales se funde el impedimento, debiéndose acompañar de los medios probatorios a que haya lugar;

III.- Se admiten toda clase de pruebas, salvo la confesional mediante la absolución de posiciones y las que sean contrarias a la moral, el derecho o las buenas costumbres;

IV.- Al día hábil siguiente a la presentación del escrito, el servidor público que se recusa será notificado para que pueda manifestar lo que considere pertinente, en un plazo de tres días hábiles;

V.- Transcurrido el plazo a que se refiere la fracción anterior, hubiera o no producido el servidor público su informe, se debe señalar la fecha para la celebración de la audiencia para desahogar pruebas y recibir alegatos, en un plazo no mayor de siete días hábiles, y

VI.- El superior jerárquico debe resolver al término de la audiencia. A falta de informe rendido por el recusado, se tendrá por cierto el impedimento alegado.

Artículo 23.- Si la recusación fuera procedente y hubiere otro servidor público con competencia e igual jerarquía que el recusado, el asunto le será turnado; en su defecto, el superior jerárquico conocerá del asunto. Dicha designación se señalará en la resolución respectiva.

Artículo 24.- Los escritos dirigidos a la administración pública deben presentarse en cualquiera de las modalidades que contempla la Ley, en las unidades receptoras autorizadas para tales efectos o en las oficinas autorizadas para tales efectos, en las oficinas de correos, mediante mensajería o telefax, salvo el caso del escrito inicial de impugnación, el cual deberá presentarse precisamente en las oficinas administrativas correspondientes.

Artículo 25.- Cuando un trámite sea presentado ante autoridad administrativa incompetente, el servidor público a cargo de la misma deberá enviarlo al competente dentro de un plazo de cinco días hábiles posteriores a su recepción. En tal caso, se tendrá como fecha de presentación la que obre en el acuse de recibo del órgano incompetente, salvo que éste aperciba al particular al momento de la presentación, en el sentido de que su recurso se recibe sólo para el efecto de ser turnado a la autoridad administrativa competente; de esta circunstancia deberá dejarse constancia por escrito en el propio documento y en la copia sellada que al efecto se exhiba.

Artículo 26.- Los escritos que la administración pública reciba por medio electrónico con firma electrónica certificada, se considerarán presentados en la fecha que se hubiera emitido el acuse de recibo por la misma.

Artículo 27.- Contra los actos y resoluciones de las dependencias y entidades, que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, los particulares podrán interponer el recurso administrativo de revisión.

Será optativo para el particular agotar el recurso administrativo de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

Contra la resolución definitiva que se emita en el recurso administrativo de revisión, el afectado podrá acudir en juicio contencioso administrativo ante el Tribunal.

Artículo 28.- El plazo para interponer el recurso administrativo de revisión será de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que hubiere surtido efectos la notificación del acto que se impugna o hubiera transcurrido el plazo establecido en las leyes respectivas para que opere la negativa ficta.

Artículo 29.- El recurso administrativo de revisión deberá presentarse ante la autoridad administrativa que emitió el acto impugnado y será resuelto por el superior jerárquico, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, entidad o municipio, en cuyo caso será resuelto por el mismo.

Artículo 30.- Toda persona, grupo social, organización ciudadana o no gubernamental, asociaciones y sociedades, podrán denunciar ante las

autoridades administrativas todo hecho, acto u omisión que ocasione o pueda ocasionar una violación a las disposiciones legales de carácter administrativo cuya competencia corresponda al Poder Ejecutivo del Estado.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS, COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- Silencio administrativo negativo

Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales.

SEGUNDA.- En el plazo máximo de quince (15) días de publicada la presente Ley, mediante decreto publicado por el Presidente de la Republica, se aprobará el formato de la Declaración Jurada a que hace referencia el artículo 3.

TERCERA.- Regulación transitoria

Las disposiciones de la presente Ley, que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, son aplicables a los procedimientos en trámite iniciados antes de su entrada en vigencia.

CUARTA.- Difusión de la presente Ley

Ley, bajo responsabilidad, a fin de permitir que los administrados puedan satisfacer o ejercer sus intereses o derechos.

Vencido el plazo, la Presidencia del Consejo de Ministros publicará una lista de las entidades que cumplieron o no con remitir la justificación a que se refiere el primer párrafo, señalando la procedencia o no de la misma. En los casos de improcedencia las entidades ajustarán sus procedimientos en un plazo adicional de quince (15) días, bajo responsabilidad.

De manera excepcional, con la justificación debida y por decreto supremo, podrán señalarse los procedimientos administrativos especiales que requieran una tramitación distinta a la prevista en la presente Ley. Para tal efecto se especificarán la naturaleza del procedimiento, su denominación, la justificación de su excepción.

SEXTA.- Adecuación por parte de la Asamblea Nacional.

La Asamblea Nacional de la República, en el marco de su autonomía, en un plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, aprobara el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, estableciendo los procedimientos sujetos al silencio administrativo negativo o positivo, según corresponda.

SEPTIMA.- Normas derogatorias

Derogase todas las disposiciones contempladas en la Ley de Modernización del Estado en relación al silencio administrativo y todas aquellas disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

OCTAVA: El Presidente de la Republica en su calidad de legislador deberá emitir el Reglamento a la presente Ley.

Articulo Final: La presente Ley del Silencio Administrativo, entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los.....días del mes de..... del año.....del año. 2014

LA PRESIDENTA

LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFIA

- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, Lecciones sobre el acto administrativo, 2ª ed., Editorial Thomson-Civitas, Madrid España, 2004.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Edit. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, Ed. 7ª. 2002.
- CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, 2011.
- COMADIRA, Julio, Derecho Administrativo, Segunda edición, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 2003.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2011.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 2011.
- CONSTITUCION VENEZOLANA 2011.
- CÓRDOVA SAMANIEGO, Isabel Cristina, Silencio Administrativo-Legislación Ecuatoriana, editorial Universidad de las Américas, Quito Ecuador 2005.
- DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, editorial Mundo Anuncio, Buenos Aires Argentina, 2009.
- ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo I, 5ª ed., editorial Civitas, Madrid España, 2000.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca. “Nociones básicas sobre el silencio administrativo”, Publicación bimensual del Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES): CIDES, Boletín #5, Quito Ecuador, 2004.
- GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I 8ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Venezuela 2001.
- GRANJA GALINDO, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito ecuador, 2002.
- GUILLEN, María Eugenia, El Silencio Administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa, Editorial COLEX, 4ª ed., Madrid España, 2002.
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo, editorial Ofeset Grafimundo, Loja Ecuador, 2003.
- LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.
- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.
- LEY ORGÁNICA DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA VENEZOLANA, 2011.
- LEY ORGANICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VENEZOLANA, 2011.

- LEY N° 19880 CHILE, 2011.
- LUNA GAIBOR, José Luis, Revista Temas Constitucionales del Tribunal Constitucional, Quito Ecuador, 2006.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**“EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS
EN LA LEGISLACION ECUATORIANA”**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA
OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADA.

AUTORA: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

**LOJA – ECUADOR
2014**

1. TEMA

“EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA”

2. PROBLEMÁTICA

El silencio administrativo es una de las formas posibles de terminación de los procedimientos administrativos. Lo característico del silencio es la inactividad de la Administración cuando es obligada a concluir el procedimiento administrativo de forma expresa y a notificar la resolución al interesado dentro de un plazo determinado.

El silencio administrativo opera como un mecanismo que permite, en caso de inactividad por falta de resolución en procedimientos administrativos, imputar a la administración de que se trata un acto administrativo presunto, que tendrá la condición de verdadero acto, en caso de que las reglas del silencio lo configuren como estimatorio y que, por el contrario, será mera ficción jurídica, si se configura como desestimatorio.

No están sujetos al régimen de silencio los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, así como aquellos terminados por pacto o convenio.

Si bien es cierto el silencio administrativo constituye una herramienta para facilitar trámites y vencer la inoperancia, es necesario advertir que tiene algunas limitaciones que, a pesar de ser obvias, no han sido tomadas en cuenta por personas inescrupulosas que han pretendido ciertos abusos.

En primer lugar, es necesario que exista una base de derecho para el pedido.

No procede, por ejemplo, que yo acuda ante el Consejo Nacional Electoral para

pedir que se me nombre Presidente de la República. Si el Consejo no contesta en el término de quince días, ¿debería entenderse que se me debe ungir Presidente? Es obvio que no, porque la elección del Presidente reclama un proceso debidamente establecido por la Constitución y la ley.

En segundo lugar, es necesario que el pedido se dirija a instituciones u organismos competentes. Por ejemplo, no se puede pedir al Ministerio de Gobierno que autorice una concesión minera.

En tercer lugar, que la vía escogida sea la prevista en la ley. No procedería que, a través de reclamo administrativo, se pidiera al Presidente de la República el pago de una indemnización que debería tramitarse y declararse por acción judicial y vía ordinaria.

Al respecto, el ex Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional, en Resolución 128-2000-TP (24 de julio de 2000), dentro del caso 1119 de amparo constitucional, dijo "Que, no cabe aplicar el silencio administrativo para actos que no contempla el artículo 28 de la Ley de Modernización, pues, bastaría que un buen número de personas pidan sumas de dinero y si el Presidente no avanza a contestar dentro del plazo previsto, tendrían derecho a cobrar, mediante amparo, sin que se haya establecido la procedencia del requerimiento".

3.JUSTIFICACION

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente dentro del Área del Derecho Administrativo, por tanto se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen

Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a la materias de Derecho Administrativo, para poder optar por el grado de Abogada.

Por otro lado me propongo demostrar la necesidad de reformar el marco legal, a efecto de que está acorde con la realidad social y económica en la que vivimos, como la norma que es materia de la presente investigación jurídica.

Socio-Jurídicamente la investigación es necesaria para lograr que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos civiles como los contempla la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo del silencio administrativo.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico-administrativo que la prevengan y controlen en sus manifestaciones.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico en relación al silencio administrativo.

La presente investigación científica servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá a acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y

transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialéctico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General:

Realizare un estudio crítico, jurídico, doctrinario en legislación Ecuatoriana

4.2 Objetivos Específicos:

- Determinar en base al estudio de la regla constitucional, legal, doctrinaria y jurisprudencial, las fortalezas y debilidades del silencio administrativo.
- Establecer que los cambios que se causan en la sociedad, violan en las normas jurídicas, especialmente las que reglamentan el silencio administrativo.
- Presentar un proyecto de reforma destinado a regular el silencio administrativo, a fin de que su aplicación sea enérgico.

5.HIPOTESIS

El artículo 28 de la Ley Orgánica de Modernización del Estado, no es enérgico en la estudio del silencio administrativo, por lo que los operadores de justicia en el campo Contencioso Administrativo se ven impedidos de aplicar el silencio administrativo por la ambigüedad de las disposiciones legales, perjudicando a las partes con fallos improcedentes lejos de la doctrina y la jurisprudencia.

6. MARCO TEORICO

Según Raúl Bocanegra Sierra: “en el mundo del derecho, el silencio ha tenido y tiene varias interpretaciones.

- a) En el derecho común, el silencio frente a una demanda que ha sido citada, se considera negativa pura y simple.
- b) En el derecho administrativo tradicional, el silencio se consideraba como denegación tácita de la solicitud y abría la posibilidad de emprender una acción para cambiar su signo.
- c) Modernamente, en cambio, el silencio de la administración es equivalente a una respuesta positiva, a una aceptación tácita, que nace por mandato de la ley, es decir, ipso jure, y no requiere ningún otro pronunciamiento de la administración para ser reconocido⁴³”.

Este nuevo concepto fue recogido por el artículo 28 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

El citado artículo decía originalmente:

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

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no 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 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará

Al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento⁴⁴”.

El art. 12 de la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, (Trole II), que reformó el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. de 18 de agosto de 2000, dando un paso adelante, estableció con absoluta claridad el procedimiento para certificar la existencia de la aceptación tácita:

"Art. 12.- Al final del primer inciso del artículo 28 agréguese el siguiente:

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

Debe tenerse presente una primerísima reflexión acerca del aspecto de valor jurídico que encierra el silencio: la abstención del pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión (silencio administrativo), implica la violación de un deber de acción, y como tal, una infracción a la Ley. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto y regulado unas consecuencias para el silencio administrativo, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos. Todo lo contrario, de conformidad con el artículo 23 numeral 15 de la Constitución de la República, la autoridad administrativa tiene el deber de resolver expresamente y conforme a derecho todo aquello que se le plantea, lo cual no se exime, ni por la calidad jurídica que lo que se solicita o pretende, ni por la oscuridad o falta de ley.

La previsión legal de unos efectos jurídicos para aquel tipo de silencio se configura como un medio de impedir que las instancias administrativas queden identificadamente pendientes y se vulneren los derechos subjetivos.

Es en este contexto en el cual se han previsto dos tipos de efectos para el silencio administrativo: el que supone una denegación y el que supone una aceptación.

El primero de ellos, denominados silencio administrativo negativo surge paralelamente a la carga de agotar la vía administrativa, como requisito previo para acudir a la vía jurisdiccional, y se configura como un medio de defensa de

los derechos del administrado frente a la autoridad que, con el simple expediente de callar, podría evitar el juzgamiento de sus actos. De esta manera, transcurrido cierto tiempo dentro del cual la Administración no se haya pronunciado, se entiende que ha negado lo requerido y el administrado tendría abiertas las puertas para demandar ante la denominada jurisdicción contenciosa administrativa.

Cabe destacar que la ocurrencia del silencio no otorga ni resta ningún derecho del administrado y por ello, como dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se trata de una ficción legal de efectos exclusivamente procesales. Este régimen jurídico imperó en nuestro país, hasta la promulgación de la Ley de Modernización del Estado y la Ley 05 (R.O. 396 de 10 de marzo de 1994), salvo ciertas excepciones como la del artículo 486 inciso tercero de la derogada Ley de Régimen Municipal.

A partir de la vigencia de las mencionadas leyes se generalizó, tanto en materia administrativa general como en materia tributaria, los efectos estimatorios del silencio administrativo para cualquier petición, reclamación o recurso y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, surge una ficción de acto administrativo en el cual la voluntad de la Administración es suplida por la de la ley, mientras que el administrado adquiere un derecho subjetivo que, en principio, no podría ser desconocido por aquella. Tal acto administrativo facto, por consiguiente, liga de tal modo a la Administración que está únicamente podría eliminarlo del mundo jurídico o a través de la declaración de lesividad y la formulación de la acción correspondiente ante los tribunales competentes.

La particular problemática de la susodicha generalización del silencio positivo, ha sido objeto de justificadas críticas, no sólo por la amplitud de su aplicación, sino también por la falta absoluta de una regulación que haga efectivo lo ganado por el silencio administrativo. En torno a lo primero, cabe destacar que no siempre puede hacerse valer los derechos adquiridos por la figura en cuestión, sino sólo cuando la petición o pretensión sean posibles, conformes a derecho, y no excedan de lo que expresamente se pudiere haber obtenido. En efecto, aun cuando el legislador no lo haya dicho, resulta ilógico que una creación de la ley, el silencio administrativo, se utilice para conculcar al ordenamiento jurídico, y se obligue a la autoridad a violar el deber fundamental de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

En cuanto a lo segundo, en el supuesto de que la solicitud o la pretensión sean lícitas y posibles, habrán casos en que se pueda llevar a la práctica lo adquirido por el silencio positivo, como puede ser una autorización o un permiso, pero existirán también situaciones en que se requiera de la voluntad de la administración para tales fines, como por ejemplo la reincorporación de un funcionario público destituido: y entonces, ¿cómo puede obligarse a la Administración a acatar algo que no ha consentido?.

Téngase presente también que el proceso contencioso administrativo es considerado como impugnatorio de actos previos, y absurdo sería que quien ganó algo por el silencio positivo impugne algo que le favorece. La solución puede ser el plantear una nueva reclamación para que se otorgue lo que se

adquirió por el silencio, y si éste ocurre nuevamente, proponer una demanda ante los tribunales competentes por violación de derechos adquiridos.

Todos los inconvenientes que se han puesto de manifiesto, obligan a una necesaria revisión del sistema en vigencia y reincorporar a nuestro sistema jurídico el silencio administrativo negativo. Pero con ello no decimos que se trate de eliminar por completo al silencio administrativo positivo, sino de lograr un equilibrio que nazca de una auténtica prudencia legislativa que sopesa las situaciones en las cuales dicha figura pueda ser aplicable con aquel criterio de Justicia y Bien Común que debe guiar al ordenamiento jurídico..

7. METODOLOGIA.

La investigación a realizarse es de tipo bibliográfica y de campo, para ello utilizare el método científico y sus derivaciones, con la finalidad de descubrir la verdad o confirmarla de ser el caso.

Como derivaciones del método general científico utilizaré los siguientes:

Método Deductivo e Inductivo

El primero permite hacer un estudio de los diversos temas desde asuntos generales a los particulares y el segundo desde ideas particulares permite llegar a razonamientos generales.

Método Histórico – Comparado.

Este método permite el estudio de la evolución del Derecho y realizar especialmente un análisis doctrinario y jurídico del silencio administrativo en relación a la evolución en el tiempo.

Método Descriptivo.

Este método permitirá hacer una observación del problema planteado, para realizar una síntesis actualizada, con la finalidad de cumplir con los objetivos y comprobar la hipótesis.

Dentro de las técnicas de investigación, emplearé el fichaje utilizando las nemotécnicas y bibliográficas para especificar los datos de los textos

Consultados; haré uso de otros mecanismos como la encuesta. Aplicaré a treinta Abogados en libre ejercicio profesional.

8. CRONOGRAMA.

Tiempo Actividades	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Elaboración Y presentación del Proyecto	XXX						
Revisión de Literatura		XXX	XXXX				
Aplicación de Encuestas y Entrevistas			XXXX				
Verificación Contrastación de Objetivos e Hipótesis				XXX			
Planteamiento Conclusiones Recomendaciones					XXX		
Presentación del Borrador de la Tesis						XXX	
Presentación del Informe Final							XXX
Sustentación y Defensa de la Tesis							

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS HUMANOS.

POSTULANTE: DORYS LUCY LOPEZ CARRIEL

DIRECTOR DE TESIS: Po designarse

RECURSOS MATERIALES

Computadora Portátil.....	1000
Material de Oficina.....	1500
Movilización.....	500
Bibliografía.....	1500
Impresión de entrevistas y encuestas.....	200
Impresión de la investigación.....	200
Imprevistos.....	500
TOTAL.....	5400

El costo total de la presente investigación de tesis asume a la cantidad de Cinco mil Cuatrocientos dólares americanos, los mismos que serán financiados con recursos propios de la postulante, sin perjuicio de acudir a crédito educativo.

10. BIBLIOGRAFIA.

AGUDO I CUDOLA, Vicenc, Los Orígenes del Silencio Administrativo en la Formación del Estado Constitucional.

ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones

DROMI, ROBERTO, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires 1996.

LEY DE MODERNIZACIÓN artículo 28, publicada en el Registro Oficial No. 349

LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y PARTICIPACIÓN

CIUDADANA LEY ORGÁNICA DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, Corporación de Estudios y Publicaciones.

LOWENROSEN, Flavio I, Práctica de Derecho Administrativo, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires

Anexo Nro. 2

Modelo de Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicito a Usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente encuesta técnica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de Tesis de Abogada titulada: “EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SUS EFECTOS JURIDICOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA”

1.- ¿Considera Ud. que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a dirigir quejas y peticiones a la administración?

.....
.....

2.- ¿Cree Usted que nuestra legislación debe considerar el silencio administrativo tanto positivo como negativo?

.....
.....

3.- ¿A su criterio al otorgársele a la administración pública la acción de lesividad, se viola el derecho de los administrados?

.....
.....

4.- ¿Considera usted que el derecho de petición no solo debe estar dirigido a las instituciones publicas, sino también algunas instituciones privadas que presten un servicio publico?

.....
.....

5.- ¿Considera Usted que la norma que regula el silencio administrativo garantiza el derecho de los administrados?

.....
.....

6.- ¿A su criterio cree usted que se debería crear un ordenamiento jurídico especial para regular el silencio administrativo?

.....
.....

GRACIAS

INDICE

Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Carta de Autorización	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Tabla de contenidos	vii
1. Título	1
2. Resumen	2
2.1 Abstract	3
3. Introducción	4
4. Revisión de Literatura	6
4.1 Marco Conceptual	6
4.1.1 Procedimiento Administrativo	6
4.1.2 Acto Administrativo	7
4.1.3 Derecho de petición	10
4.1.4 Derechos subjetivos	12
4.1.5 Silencio administrativo	14
4.1.6 Silencio administrativo positivo	16
4.1.7 Silencio administrativo negativo	17
4.1.8 Actos presuntos	18
4.2 Marco Doctrinario	19
4.2.1 Historia y aplicaciones del silencio administrativo	19
4.2.2 Elementos de acto administrativo	23

4.2.3 Efectos del acto administrativo	26
4.2.4 Acto administrativo, silencio administrativo y revisión del acto	31
4.2.5 El silencio administrativo, naturaleza y aplicación	38
4.2.6 Efectos del silencio administrativo	44
4.3 Marco Jurídico	46
4.3.1 La Constitución de la República del Ecuador	46
4.3.2 Ley de modernización del estado	48
4.3.3 El estatuto del régimen jurídico administrativo	51
4.3.4 Ley de la jurisdicción contencioso administrativa	56
4.4 Legislación Comparada	59
4.4.1 Legislación Chilena	59
4.4.2 Legislación Venezolana	60
5. Materiales y Métodos	63
5.1 Materiales	63
5.2 Métodos	63
6. Resultados	66
6.1 Resultado de la aplicación de encuestas	66
6.2 aplicación de entrevistas	72
7. Discusión	74
7.1 Verificación de objetivos	74
7.2 Constatación de la hipótesis	75
7.3 Fundamentación de la propuesta jurídica	76
8. Conclusiones	78
9. Recomendaciones	79
9.1 Propuesta de reforma jurídica	80

10. Bibliografía	95
11. Anexos	98
Índice	115