

UNIVERSIDAD DE CUENCA.



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

ESCUELA DE DERECHO.

**"EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO PARA
SU DECLARATORIA EN EL SISTEMA LEGAL ECUATORIANO"**

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

AUTORA: Jaribel Sofía Sánchez Lozano.

DIRECTOR: Dr. David Fernando Torres Rodas.

Diciembre – 2016



Resumen.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto tratar los efectos del Silencio Administrativo así como el procedimiento que se tiene que llevar a cabo para su declaratoria dentro de la legislación ecuatoriana. Es necesario comenzar por los antecedentes, evolución, la naturaleza jurídica, los efectos, el procedimiento a seguir, tanto el previo así como el judicial ejercido ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El fundamento del Silencio administrativo radica en el ejercicio efectivo del Derecho de Petición, el cual me he basado en varios cuerpos normativos como son la Ley de Modernización del Estado, COOTAD, ERJAFE, Código Tributario, Ley Orgánica de Contraloría, Ley Orgánica de aduanas, etc. Por otro lado, me he remitido a estudios doctrinarios y a la jurisprudencia, donde he tratado de seleccionar fallos más relevantes, en miras a determinar requisitos, cómputo de los plazos, límites, la operatividad en sí de la figura jurídica del Silencio Administrativo.

El propósito de este trabajo es aportar en el tratamiento del Silencio Administrativo, que en su aplicación ha generado algunos problemas que hoy en día desde el punto de vista práctico no han sido superados, es necesario saber cómo se ejecuta y cuál es el alcance de lo que ha sido aprobado por Silencio Administrativo, para de esta manera verificar la efectividad del mismo y así poder realizar algunas recomendaciones y sugerencias al respecto.

Palabras clave: Silencio Administrativo, Derecho de Petición, efectos, declaratoria, procedimiento, ejecución, efectividad.



Abstract.

The presentation and objective of this investigation work, is about the effect of the Administrative Silence and also the procedure to be carried out, and for its declaration within the Ecuadorian legislation. It is necessary to start with the background, evolution, legal nature, effects, and the previous procedure as the judicial, front the administrative jurisdiction.

The substance of Administrative Silence is based on the protection of the administrated rights, and whit the effectively exercise of the “petition right”, it becomes concrete. To verify this, I use important biography as: Ley de Modernización del Estado, COOTAD, ERJAFE, Código Tributario, Ley Orgánica de Contraloría, Ley Orgánica de aduanas, etc. In the other hand, I have remitted to doctrinaire studies and Ecuadorian jurisprudence, where I searched for the most important verdicts, to analyze, all the requirements, time limit, and the operability about this legal instrument.

The purpose of this monograph is to contribute in the solution and the precise use of the Administrative Silence, because, the utility of this legal instrument in the actuality is not the correct one; it is necessary to know how it is used, and how effective is its scope. This investigation is going to contribute whit important a relevant recommendations.

Keywords: Administrative Silence, Petition Right, effects, declaration, procedure, execution, effectiveness.



Índice.

Contenido	
Resumen.....	2
Abstract.....	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	5
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	6
Dedicatoria.....	7
Agradecimientos.....	8
Introducción.....	9
CAPÍTULO I: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO:	11
1. Antecedentes y breve reseña histórica.....	11
2. El Silencio Administrativo en el Ecuador.....	14
3. Concepto.....	18
4. Naturaleza Jurídica.....	20
CAPÍTULO II: EFECTOS Y PROCEDIMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO:.....	23
1. Efectos del Silencio Administrativo.....	23
1.1 Silencio Administrativo Positivo.	23
1.2 Silencio Administrativo Negativo.	29
2. Procedimiento:.....	33
2.1. Trámite administrativo previo.....	33
2.2 Procedimiento judicial en la vía Contencioso Administrativa.	37
3. Límites y casos en que el administrado no puede acogerse al Silencio Administrativo.	42
4. Efectos de las sentencias de ejecución de lo ganado por Silencio Administrativo.	43
5. El Silencio Administrativo en la legislación española.	45
5.1 Procedimiento para su declaratoria.	49
CAPÍTULO III: CASUÍSTICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO:	58
1. Pronunciamientos referentes al Silencio Administrativo.	58
2. Análisis de jurisprudencias.	74
CAPÍTULO IV: RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS.....	93



Universidad de Cuenca.

CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

Jaribel Sofía Sánchez Lozano, autora de la tesis “EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO PARA SU DECLARATORIA EN EL SISTEMA LEGAL ECUATORIANO”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora

Cuenca, diciembre del 2016

A handwritten signature in purple ink, appearing to read "Jaribel Sofía Sánchez Lozano".

Jaribel Sofía Sánchez Lozano.

C.I: 0703872655



Universidad de Cuenca.

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Jaribel Sofía Sánchez Lozano, autora de la tesis “EFFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO PARA SU DECLARATORIA EN EL SISTEMA LEGAL ECUATORIANO”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Diciembre del 2016

A handwritten signature in purple ink, appearing to read "Jaribel Sofía Sánchez".

Jaribel Sofía Sánchez Lozano.

C.I: 0703872655



Dedicatoria.

A Dios, por llenarme siempre de fuerza, fe y paciencia con el fin de alcanzar mis metas.

A mi fuente de inspiración en el cielo, mi tía Irmita (+), quién ha sido mi guía espiritual en este camino;

A mi querida madre Celinda, por ser mi apoyo incondicional, por su trabajo y sacrificio y sobre todo por permitirme alcanzar esta meta, este logro se lo debo a ella;

A mi tía Gina, por siempre estar dispuesta a brindarme su ayuda cuando siempre se lo he pedido;

A mi papi Ermel, quién es el más satisfecho de tener una hija abogada, quién a veces con su ingratitud, me ha llevado de alguna manera a amar esta carrera;

A mi hermano Fabricio, quién me ha consentido siempre que ha podido y a pesar de nuestras indiferencias siempre estamos ahí el uno para el otro;

A mis sobrinos Mario y Desiré, para que vean que con perseverancia y con humildad todas las metas son posibles;

A mi abuelita mami Yoly (+) por haberme criado desde pequeña.

A mis primos Majo y Gary por ser como mis hermanos y darme ánimos cuando estaba en exámenes.

Para todos ustedes con cariño.



Agradecimientos.

Agradezco a Dios por llenarme de fe y de vida para alcanzar una de mis primeras metas.

A mi querida madre Celinda, por confiar en mí, por enseñarme a no caer y no rendirme cuando a veces he sentido que no he podido más, mil gracias mami.

A mi tía y madrina Gina, por su apoyo, por estar siempre presente a la distancia.

A mi papi Ermel, por su apoyo y haberme inspirado a escoger la mejor carrera de todas.

A mi hermano, gracias ñaño Fabri por tu apoyo y por estar ahí cuando te he necesitado.

A mi padrino Williams y a su esposa, mi prima Gisella, por preguntarme siempre cómo me iba en mis estudios.

A mis tíos, en especial a mi ñaña Grecia y Ernesto (+).

A mis amigas y amigos, en especial a Stalin, por ser mi amigo incondicional y por estar cerca desde que iniciamos la universidad; a Gaby por hacer conmigo los trabajos, por su energía positiva en exámenes, por el buen equipo que formábamos siempre; a Cris y Ana por enseñarme que todavía estamos a tiempo de cambiar el mundo; a Angie, por estar siempre dispuesta a ayudarme en favores; sin sus amistades, vivencias, paseos, risas todo hubiera sido muy aburrido.

Mi gratitud para mi estimado profesor, Dr. Fernando Torres, quién con su disposición y paciencia me ha acompañado a realizar este proyecto, y me ha orientado compartiéndome sus conocimientos.

A mis buenos profesores y compañeros, con quiénes compartimos en las aulas de nuestra querida facultad.



Introducción.

El Silencio Administrativo, surge en el ordenamiento jurídico, como una garantía a favor del administrado, frente a la inacción o falta de atención de la administración pública, cuando aquel requiere de ésta, pronunciamiento ágil sobre alguna situación concreta. Es preciso manifestar que los administrados buscamos una administración pública eficaz, eficiente, al servicio de la colectividad, es necesario que la misma administración esté al servicio de la ciudadanía y que proceda a dar soluciones a nuestras peticiones de forma clara, fundamentada, y oportuna, todo con el fin de evitar la arbitrariedad en la que pueda incurrir la propia administración pública.

En nuestra legislación para que el administrado pueda impugnar las resoluciones administrativas, debe ejercer su derecho de petición que se encuentra constitucionalizado en el artículo 66 numeral 23 de nuestra Carta Magna que establece: *Se reconoce y garantizará a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas; No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo*". Así mismo es en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en su artículo 28 donde se encuentra regulado el derecho de petición, que sirve de fundamento para el ejercicio de la figura jurídica el Silencio Administrativo.

Lo curioso es que una vez ejercido el derecho de petición, es decir, una vez de que se comparece ante la administración pública a exigir algo se debe pedir a la misma institución, una certificación donde se establezca que ha transcurrido el tiempo y por lo tanto ha operado el Silencio Administrativo, lo cual es absurdo porque si bien la administración no ha querido pronunciarse, más difícil aún será exigir que ponga una razón a fin de certificar tal acto, peor aun cuando por efectos del silencio se pueda derivar alguna responsabilidad por parte del funcionario.



En el análisis del presente trabajo me he remitido a estudios de doctrinarios de nacionales y extranjeros, incluyendo el análisis de fallos de la Corte Nacional de Justicia donde se ha efectivizado la figura del Silencio Administrativo en la parte práctica.

En la presente monografía se hace un recuento del Silencio Administrativo, desde su nacimiento, cuándo y cómo opera en el Ecuador, cuál es su naturaleza jurídica, cuáles son sus efectos, qué procedimiento debemos seguir para su declaratoria, sus límites. Se hace un análisis comparativo con la legislación española, con miras a determinar si el procedimiento para su declaratoria es semejante o diferente a la nuestra. Desde el punto de vista de la casuística procederé a referirme a varios pronunciamientos referentes al Silencio Administrativo, y varias jurisprudencias con el fin de realizar un análisis de cada una de las mismas, para de esta manera poder realizar sugerencias y establecer finalmente si es efectiva mencionada figura o se requiere algún cambio de efecto.



CAPÍTULO I: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO:

1. Antecedentes y breve reseña histórica.

El Silencio Administrativo, tiene como antecedente y sustento a uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, establecido como Derechos de Libertad de las Personas: el Derecho de Petición, el mismo que surge como una respuesta al autoritarismo y absolutismo. (Cordero, 2009, p.21).

Haciendo una referencia histórica, se sostiene que el Derecho de Petición surge en la Edad Media como un recurso a través del cual las personas reclaman ante los poderes públicos; este recurso se consolida con el nacimiento del Estado Liberal, cuando se lo proclama en derechos como la *Petition of Rights* de 1625, posteriormente se lo establece en el artículo 5 del *Bill of Rights* de 1689, el cual prescribe: "Los súbditos tienen derecho a presentar peticiones al rey, siendo ilegales las prisiones y vejaciones de cualquier clase que sufran por esta causa". De tal manera que la petición, deja de tener un carácter individual por parte de los súbditos, para extenderse al Parlamento donde se lo ejerce ante el rey.

Posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa se dan transformaciones en lo económico, político, social, donde se hace necesario que exista un ordenamiento jurídico que estableciera la normativa necesaria para que se puedan llevar a cabo la aplicación de esos cambios, de esta manera surge el Derecho de Petición.

Con lo mencionado, podemos deducir que el Derecho de Petición ha existido en regímenes monárquicos, absolutistas como respuesta a aquella autoridad despótica, no obstante García de Enterría, manifiesta que en estricto sentido, a este derecho sólo se lo puede encontrar en un Estado Constitucional, puesto que lo que existió fue la "Petición de Derechos", con alcances y características



Universidad de Cuenca.

totalmente diferentes que ahora, ya que según el tratadista, se caracterizaba por ser una petición estamental, mediante el cual se reclamaba el respeto a derechos y privilegios del estamento que lo ejercía, y por ser un derecho no igualitario. El Derecho de Petición es un derecho ciudadano, que como tal sólo puede ser ejercido en un sistema político que se fundamente en la igualdad. De esta manera constituye un derecho de participación política, que se ejerce a través de las Cámaras; no es un instrumento para reclamar el respeto de derechos, que en un Estado Constitucional sólo puede hacérselo ante la función judicial. (Cordero, 2009, p.22).

La base constitucional de este derecho se encuentra establecida en el artículo 66 numeral 23 de nuestra Carta Magna que establece: *Se reconoce y garantizará a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”*.

El Derecho de petición se consolida definitivamente cuando es la Ley, la que complementa el mandamiento constitucional que lo consagra, estableciendo el tiempo dentro del cual el destinatario se encuentra obligado a contestarla, y definiendo cómo debe entenderse la no contestación dentro del período establecido, esto es, si como negativa a la petición, o como aceptación a la misma, se da lugar a la figura del Silencio Administrativo, que puede ser tanto negativo o positivo, según así lo disponga la norma legal respectiva. (Cordero, 2009, p.28).

Hemos sentado que la figura jurídica del Silencio Administrativo tiene como sustento el Derecho de Petición. Una vez determinado su origen, consideramos que es necesario establecer el fundamento, que lo constituyen los principios del Estado de derecho y de Legalidad, denominado “principio de constitucionalidad” por parte del francés Louis Favoreau, en su obra *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. El principio Estado de derecho implica que las personas tenemos el derecho, constitucionalmente establecido, a dirigir peticiones o reclamaciones a las autoridades, donde las mismas tienen la obligación de contestarlas en un plazo adecuado.



Universidad de Cuenca.

Patricio Cordero, en su obra el Silencio Administrativo, hace un análisis que es importante destacar, sostiene que la falta de pronunciamiento sobre las peticiones que los administrados formula a la Administración Pública constituye una omisión ilegítima, esto es, un comportamiento ilícito de la autoridad, que viola el derecho del ciudadano y que se trata de corregir con la técnica del Silencio Administrativo y que por lo tanto acarrea responsabilidades en contra del funcionario que incurrió en tal omisión. Como una forma de evitar la arbitrariedad, que desgraciadamente se sigue presentando dentro de la administración pública, perjudicando así los intereses de los administrados y violentando garantías fundamentales relacionadas con el debido proceso, es así que surge el Silencio administrativo, que tiene como objetivo principal limitar este autoritarismo o arbitrariedad en que pueda incurrir la administración pública.

Haciendo referencia al fundamento, o razón de ser del Silencio administrativo, Entrena Cuesta Rafael, referido en la obra de Patricio Cordero sostiene: Históricamente, la doctrina del Silencio Administrativo surge como consecuencia de la necesidad de salvaguardar los derechos e intereses de los administrados ante la administración. Resulta, en efecto, que ésta disfruta del privilegio denominado de acto previo, en cuya virtud, para interponer un recurso en vía administrativa (art. 113, 1, L. P. A.) o contenciosa (arts. 1,37, L. J.) deberá existir un acto que sea objeto de impugnación. En consecuencia, si se formula una petición ante la administración y esta no la resuelve, los derechos e intereses del peticionario resultarán burlados ante la ausencia de un acto susceptible de ulterior revisión; a menos que el derecho presuma, como correctivo del privilegio del acto previo la existencia de un acto contra el que accionar. (Cordero, 2009, p.41).

En definitiva, la doctrina coincide de forma clara que el fundamento del Silencio Administrativo radica en la necesidad de proteger los derechos de los administrados, y se concreta en el ejercicio efectivo del Derecho de Petición, el cual se efectiviza, única y exclusivamente cuando frente al pedido del administrado, existe respuesta de la administración, donde en caso de que la



Universidad de Cuenca.

administración no dé respuesta a las peticiones formuladas, se hace necesario un mecanismo de protección que esté fijado por la Ley, es decir, que exista un período de tiempo dentro del cual deba darse una respuesta, y sobre todo para el caso de que ello no se produzca dentro de dicho período, se determine el sentido, alcance y significado que a ese silencio debe concederse.

2. El Silencio Administrativo en el Ecuador.

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, promulgada en el Registro Oficial número 349, del 31 de diciembre de 1993, introduce en el sistema jurídico nacional la figura del Silencio Administrativo Positivo. Sin embargo, es necesario dejar en claro de que no es que antes de la vigencia de la Ley mencionada, en el Ecuador, el derecho positivo no se haya encargado de regular el contenido y el alcance de la inactividad administrativa producida al no dar contestación a las peticiones o reclamos a ella dirigidos. Lo que sucede es que la forma en la que se lo hacía no tenía ni el alcance, ni la importancia ni el sentido que ella lo establece. Existen normas que lo regulaban con carácter específico, concreto para cada una de ellas y, en términos generales, el contenido que se le atribuía era el negativo. A partir de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada la figura del Silencio Administrativo ha sido recogida en diferentes cuerpos normativos tales como el ERJAFE, COOTAD, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Código Tributario, etc. Mencionaremos cómo opera el silencio en alguna de ellas:

2.1. El Silencio Administrativo en La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La figura del Silencio Administrativo se encuentra regulada en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de



Universidad de Cuenca.

Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, señala: “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 aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.**

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

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

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

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



En definitiva, haciendo relación a lo que se desprende en la normativa transcrita, la misma que es aplicable a los organismos y dependencias del Estado y otras entidades del sector público, así como a las personas jurídicas creadas por la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, o para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas que sean asumidas por el Estado, tal como dispone el Art. 2 de la misma ley, la cual establece la figura del Silencio Administrativo Positivo, al determinar que, vencido el término de los 15 días dentro del cual las autoridades públicas se encuentran obligadas a resolver los reclamos, solicitudes, pedidos dirigidos por los administrados, sin que la autoridad respectiva se pronuncie, se entenderá por Silencio Administrativo que dicha solicitud o pedido ha sido aprobada o que el reclamo se ha resuelto a favor del reclamante.

2.2. El Silencio Administrativo en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Haciendo referencia a lo que explica en su obra *El Silencio Administrativo* del Dr. Patricio Cordero, él sostiene que surge un debate jurídico respecto de si dicho Estatuto consistía en un decreto Ley delegado o en un reglamento autónomo; lo cual se explica fácilmente debido a que el primer criterio se refiere al estatuto dictado en 1994, mientras que el segundo criterio tiene relación con el Estatuto vigente en marzo de 2002 que se fundamenta en el artículo 171 numeral 9 de la Constitución del 1998; sin embargo, en conclusión no hay duda de que consiste en un reglamento autónomo; por otro lado, en la reforma introducida a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada en 1993, a continuación del artículo 28 se agrega lo siguiente: “La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”. A continuación se desprende con claridad que las siguientes normas consagran la figura del Silencio Administrativo Positivo:

El artículo 115 prescribe: *Art. 115.-obligación de resolver:*



Universidad de Cuenca.

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

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

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

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

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

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

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

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

b. *Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la*



Universidad de Cuenca.

misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

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

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

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

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente.

*Art. 206.- Plazo.- En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente estatuto de la Función Ejecutiva el **plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de dos meses** contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una Ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades.*

*En caso de una **petición del interesado que no haya sido resuelta en el plazo indicado se presumirá aceptada** dejando a salvo las acciones que tenga derecho a interponer.*

3. Concepto.

El vocablo silencio etimológicamente se deriva de la expresión latina *silentium* que significa no decir nada; en consecuencia el Silencio Administrativo hace



Universidad de Cuenca.

referencia a que la administración no dijo nada, siempre y cuando tenga el deber de pronunciarse.

Para dar un concepto general de lo que debemos entender por Silencio Administrativo, algunos tratadistas del derecho administrativo reflejan diversos puntos de vista entre ellos:

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2011) sostienen que en ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos dicha voluntad se ha producido con un contenido bien negativo o desestimatorio, o bien positivo o afirmativo. (p.590).

Rafael Entrena Cuesta conceptualiza al Silencio Administrativo expresando que: Sólo puede hablarse de Silencio Administrativo cuando el ordenamiento jurídico ante la falta, dentro del pazo para ello establecido, de un pronunciamiento que la administración tiene el deber de efectuar, presume -automáticamente o previa denuncia de la mora- la existencia de un acto -generalmente negativo y excepcionalmente positivo- como medio para salvaguardar los derechos de los intereses de quienes formularon las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos, o en aras de la celeridad y eficacia administrativa. (Entrena, citado por Patricio Cordero, 2009, p.48).

Con fundamento en los conceptos expuestos, se podría concluir que el Silencio Administrativo es una manifestación de voluntad presunta de autoridad pública en ejercicio de potestades administrativas y que, como tal constituye un acto administrativo -declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata-, que ante la ausencia de pronunciamiento expreso de la misma, dentro del tiempo legalmente fijado para el efecto, debe ser entendido en el sentido que la Ley lo establezca. (Cordero, 2009, p.66).



4. Naturaleza Jurídica.

Para unos el Silencio Administrativo es considerado como un hecho, otros sostienen que es un acto tácito de la administración y unos terceros lo consideran como un acto presunto.

Como un hecho: María Diez sostiene que: "El Silencio Administrativo constituye un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas". "El Silencio es un hecho y no constituye una declaración de voluntad". "El silencio debe entenderse pura y simplemente como una presunción legal, presunción que está motivada por exigencias procesales"

El Silencio Administrativo no es un acto administrativo por cuanto no contiene uno de sus elementos fundamentales que lo configuran como tal, esto es la voluntad; es por ello que lo considera como un hecho, puesto que es la Ley la que se encarga de darle un contenido con fines procesales; esto es que el administrado pueda recurrir en sede contencioso-administrativa para impugnar tal contenido, cuando la Ley ha dispuesto que se lo entienda como negativo.

Como acto tácito: Marienhoff sostiene: "el silencio únicamente valdrá como expresión "tácita" de la voluntad administrativa —sea ello en sentido favorable o contrario a la petición del administrado— si la norma aplicable le reconoce o atribuye tales efectos. El mero "silencio", por sí solo, no permite deducir o establecer el sentido de la voluntad de la administración. Cuando la norma le atribuya un sentido o significado al silencio de la administración, dicho silencio equivale a la respectiva manifestación tácita de voluntad, porque, en tal supuesto, la autoridad que calla sabe con anticipación cuál es el significado que el derecho le asigna a su comportamiento. (Marienhoff, citado por Patricio Cordero, 2009, p.44).

Por lo tanto, según el referido autor, el Silencio Administrativo es un acto tácito; sin embargo, el mismo tratadista al pronunciarse sobre los actos tácitos señala: "Habrá declaración "tácita" o "implícita" de la voluntad cuando tal declaración



Universidad de Cuenca.

permite deducir inequívocamente, por vía de “interpretación” el sentido o alcance de la voluntad de la Administración Pública. Generalmente, esta forma “tácita” está representada o constituida por la actividad material de la administración, por comportamiento de ésta, por hechos. (Marienhoff, citado por Patricio Cordero, 2009, p.44).

Vemos que no existe una interpretación que nos lleve a deducir el alcance o sentido de la voluntad de la administración pública, cuando la misma nada dice respecto de una petición planteada, es la Ley la que determina ese contenido o sentido.

Como acto presunto: Entrena Cuesta, señala por su parte: “Decimos que en el supuesto del Silencio Administrativo, el ordenamiento jurídico presume la existencia de un acto. Nos encontramos, pues: 1º Ante un verdadero acto administrativo, que posee la misma trascendencia jurídica que los actos expresos, mediante los que normalmente se pronuncia la administración (S. De 2 de diciembre de 1959). 2º Pero acto presunto, por lo que, a diferencia de los actos tácitos, está cerrada la puerta a toda labor hermenéutica acerca del valor que quepa atribuir a la conducta de la administración. Dicho valor será siempre el que dispone el derecho positivo. (Entrena, citado por Patricio Cordero, 2009, p.45).

De acuerdo con este criterio, al constituir el Silencio Administrativo como un acto administrativo presunto, el mismo se encuentra rodeado, por su naturaleza, de todos los privilegios que gozan los actos, tales como presunción de legitimidad, ejecutoriedad, y cuando sus efectos se encuentran definidos previamente por la Ley, sin lugar a dudas constituye un acto administrativo, que puede ser de contenido favorable o desfavorable para el administrado, pero siempre según lo que al respecto determine la Ley. Si el contenido del silencio es negativo y la autoridad conoce cuál es el sentido que la Ley le otorga este no pronunciamiento oportuno, al no pronunciarse, sabe cuáles son las consecuencias de su inactividad y por lo tanto sabe que al callar está pronunciándose, es decir, está manifestando su voluntad, en este caso se está negando la solicitud presentada. Por lo expuesto, si no existe o no se da un acto administrativo, no podría el administrado interponer un recurso o poder



Universidad de Cuenca.

ejercer una acción contencioso administrativa. Ahora, si el contenido del silencio es positivo, es decir, los efectos que la Ley le atribuye al silencio de la administración son que él mismo configura un acto de contenido favorable al administrado, de manera que acepta su petición, pues en este caso no existe dudas al respecto de que aquí si se configura un acto administrativo.

En el Ecuador no existe ningún cuerpo legal, donde se especifique que el silencio sea un acto administrativo pero si hay algunas circunstancias que nos permiten colegir que se trata de un acto administrativo; primero en la Ley de modernización del Estado dispone que para aceptar un pedido que no se haya contestado a tiempo, el funcionario debe certificarlo, de esta manera pasa de ser una voluntad tácita a una voluntad expresa, elemento propio de un acto administrativo; una segunda circunstancia es que para efectivizar el efecto positivo o aceptación tácita del Silencio Administrativo se establece que se debe ejercer una acción de impugnación, la misma que es propia para oponerse a cualquier acto administrativo, es decir, vemos que si bien no se dice de forma textual que el Silencio es un acto administrativo, el ordenamiento jurídico de manera implícita lo eleva a la categoría de acto administrativo.



CAPÍTULO II: EFECTOS Y PROCEDIMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO:

1. Efectos del Silencio Administrativo.

Existen dos tipos de Silencio Administrativo, que se dan según el efecto que la ley le dé a la inactividad administrativa ante las solicitudes efectuadas por los administrados, las mismas que tienen efectos ya sean estimatorios o desestimatorios. Primero nos referiremos al Silencio Administrativo Positivo, y posteriormente al Silencio Administrativo Negativo:

1.1 Silencio Administrativo Positivo.

El Silencio Administrativo Positivo se da cuando la administración al no haber resuelto el asunto o recurso dentro del plazo de tiempo previsto en la ley, la solicitud presentada se entiende aceptada.

El Silencio Administrativo Positivo fue introducido en la legislación ecuatoriana a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993. Con esta Ley se produjo la inclusión del Silencio Administrativo Positivo como una nueva institución jurídica administrativa, hasta esa fecha inexistente en nuestro sistema. (Robalino, 2000)

Entre las diferentes normas vigentes en nuestro país tenemos el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada (1993), donde señala el Derecho de petición, mediante el cual se establece un término de 15 días para que la administración proceda a dar una respuesta al administrado, caso contrario, se



Universidad de Cuenca.

entenderá que el requerimiento ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

Por su parte, el ERJAFE (2002), en los artículos 115 y 206, prescriben que el plazo máximo para resolver peticiones y procedimientos sujetos a esta Ley será de dos meses, de no ser así se presumirá aceptada. Desde mi punto de vista el mencionado estatuto explica claramente y describe de forma más extensa la obligación de resolver que tiene la administración, inclusive fija parámetros para que se viabilice el Derecho de Petición y el procedimiento administrativo, tales aspectos como el cómputo de términos, plazos, su forma, motivación, efectos, el cómo se debe notificar al interesado, en definitiva, todos los requisitos de fondo y de forma que debe cumplir cualquier solicitud, reclamo o recurso que se formule.

El COOTAD (2010), en su artículo 387 determina el plazo para resolución, el cual será de treinta días, donde la falta de contestación de la autoridad, generará los efectos del Silencio Administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento.

En el Código Tributario Ecuatoriano (2005), los artículos 104 y 132, disponen la aceptación tácita y el plazo que tiene la administración tributaria para resolver, donde se sostiene que la falta de resolución por la autoridad tributaria se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva. Todas las resoluciones deben expedirse en el plazo de 120 días hábiles, si en el plazo vencido no hubiere resolución expresa, el Silencio Administrativo se entenderá como una aceptación tácita de los recursos o reclamos.

La Ley Orgánica de Aduanas (2001) también determina el efecto positivo del silencio, cuyo artículo 77 dispone que el Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá no más de diez días en caso de que se requiera la presentación de pruebas. La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio del recurso de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar. La



Universidad de Cuenca.

falta de resolución dentro del plazo previsto causará la aceptación tácita del reclamo. La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

Sobre la base de algunos cuerpos normativos anteriormente citados, podemos deducir que cuando se da la inactividad por parte de la administración, el Silencio Administrativo Positivo implica la aceptación tácita de una petición, reclamo, o recurso.

Es conveniente citar a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes influyeron en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo de España, la misma que para no perder la costumbre, influyó en nuestra Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. A cerca del Silencio Administrativo Positivo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen: "En su versión positiva o estimatoria, el silencio de la administración, no tiene nada que ver con la finalidad de facilitar las exigencias procesales que derivan de la configuración impugnatoria del recurso contencioso-administrativo. Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener, para una determinada actividad, una autorización o aprobación administrativa. En rigor, el Silencio Positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un voto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado." (Cordero, 2009, p.62).

Sobre esta referencia por parte de García de Enterría y Fernández, Robalino realiza el siguiente comentario: Esta concepción del Silencio Administrativo Positivo es de mucha importancia, pues implica un cambio en el papel de la administración. La administración puede proceder a ejercer o no un derecho: el de vetar las peticiones de los administrados. Ya no debe, a manera de requisito *sine qua non*, autorizar o aprobar la petición presentada. (Robalino, 2000)



Continúan afirmando Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2011) que puede decirse por lo tanto, del Silencio Administrativo Positivo que: "Es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye. Que la administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho."

Una afirmación llamativa por parte de ambos autores mencionados es que precisan que el plazo del silencio debía considerarse como un plazo de caducidad y no de prescripción. (García de Enterría y Ramón Fernández, 2011)

Entonces sería el acto emitido con posterioridad a la producción del acto administrativo ficto, un acto expedido por una administración sin competencia, puesto que hay caducidad ya existente, y por lo tanto, ese acto llevaría consigo una nulidad absoluta, o sea cuando la administración no resolviere dentro del plazo, la petición se entiende aceptada, y por lo tanto caduca el derecho de la administración para resolver el asunto o petición sometido a ella. En definitiva, si la administración llegase a resolver luego o fuera del plazo establecido, habría una revocatoria de un acto administrativo que sería nula de pleno derecho.

Los efectos del Silencio Administrativo Positivo son muy importantes para el administrado ya que generan y producen derechos, y como dicen García de Enterría y Fernández (2011), son además "muy peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable". (García de Enterría y Fernández citados por Patricio Cordero, 2009, p.63).



Por lo expuesto, observamos la gran importancia que para la administración tiene esta institución, y que actualmente debe ser mejor difundida, con el objeto de que la administración esté siempre al servicio de la colectividad de forma oportuna, y así poder evitar desconocimiento y arbitrariedad que afecte a los administrados.

Con el estudio efectuado a la figura jurídica del Silencio Administrativo Positivo, podemos manifestar que en nuestro país el Silencio Administrativo sólo es susceptible de producirse frente a peticiones o recursos presentados ante autoridades públicas, tal como se establece en la primera frase del artículo 28 de la Ley de Modernización “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública...”.

Para concluir, podemos sostener que el Silencio Administrativo produce un efecto generador de un acto administrativo ficto de naturaleza positiva, que se origina jurídicamente cuando la administración no responde o emite su resolución dentro del período de tiempo previamente determinado, por lo que la autoridad ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo. Es más, si el contenido del acto administrativo obtenido a través del Silencio Administrativo Positivo se encontraba viciado con causal de nulidad, como la contravención de una norma legal, la administración, para dejar sin efectos el acto presunto, tendría que tramitar la nulidad de oficio. (Huapaya, 2008)

Una de las características fundamentales de esta figura jurídica se refiere a la necesidad de notificar al administrado con la resolución por parte de la administración, es decir, no basta con que la autoridad resuelva, sino que se hace indispensable que informe de su contenido al interesado, debido a que el plazo es computable desde el ingreso de la solicitud hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución adoptada. (García de Enterría y Fernández, 2011, p.594).

Podemos deducir que cuando exista una respuesta para el administrado, ésta se entenderá como inexistente si no es notificada dentro del plazo al



peticionario. La notificación es posible siempre y cuando el interesado haya hecho constar la dirección para que estas procedan, tal y como se determina en el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

En la legislación peruana, existe la Ley del Silencio Administrativo, la misma que regula todo lo referente a mencionada figura jurídica, en donde me ha parecido prudente recoger algunos de los requisitos a los que hace alusión Ramón Huapaya (2008), que deben concurrir para que exista un Silencio Administrativo Positivo legítimo, se señala que:

1. Debe haber una formulación expresa en la disposición legal.
2. Debe existir una petición que esté dirigida a la administración pública. Es decir, se debe presentar una solicitud o recurso por parte del administrado.
3. Se debe acompañar una documentación a la petición, donde se debe tener presente que el Silencio Administrativo Positivo no constituye una técnica para permitir que los administrados eludan la aportación de documentación.
4. Debe existir la posibilidad de lo pedido. Es decir, se sostiene que el Silencio Administrativo Positivo, se aplica la regla de que éste no puede operar *contra legem*, o sea, que no cabe adquirir por esta figura más de lo que puede otorgarse expresamente de acuerdo al ordenamiento legal. Sin embargo, si para declarar la nulidad de un acto presunto que contraviene una norma legal, la administración debe proceder a tramitar un procedimiento de nulidad de oficio, debe entenderse que el Silencio Administrativo Positivo operó válidamente, no obstante admitir que genera un acto viciado de nulidad. La razón de ello es que el Silencio Administrativo Positivo opera automáticamente en el ordenamiento peruano, es *ope legis*, por el solo mandato de la ley. En tal sentido, si el acto presunto generado automáticamente por Silencio Administrativo Positivo, es ilegal, su existencia deberá ser recogida primero por la administración, para luego proceder a declararlo nulo.



5. Debe transcurrir un plazo máximo establecido, para resolver el procedimiento.

Finalmente, podemos sostener que la institución del Silencio Administrativo Positivo se consagró con la intención de alcanzar una protección efectiva del Derecho de Petición y evitar que la Administración Pública se abstenga de pronunciarse cuando el administrado ha acudido a ésta, evitando así su obligación de resolver y vulnerando derechos reconocidos constitucionalmente.

1.2 Silencio Administrativo Negativo.

La atribución de un valor negativo desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene su origen y funcionalidad muy concretas, estrechamente ligadas a la singular configuración técnica del recurso contencioso administrativo, como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión *a posteriori*. Sostiene García de Enterría que pasado un cierto plazo sin que la administración se pronuncie expresamente, la Ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual le permite a éste promover contra esta denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales. (García de Enterría y Fernández, 2011, p.591).

Podría decirse que la figura del Silencio Negativo le da la posibilidad al administrado de interponer un recurso en sede ordinaria, es decir, en vía judicial, ejerciéndose así su derecho a la defensa. No obstante, hay que tener en cuenta lo que aluden García de Enterría y Fernández (2011) quienes sostienen que la Ley si bien determina una denegación presunta, no excluye el deber de la Administración de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulado. De tal manera se desprende que el Silencio Negativo de la administración, no era un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente lo contrario, es decir, la ausencia de toda actividad volitiva de la administración, ante lo cual no era admisible proceso administrativo alguno destinado a averiguar el sentido de una voluntad



inexistente. No siendo el Silencio Negativo propiamente un acto, sino la ausencia de acto alguno, no era posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico-materiales, ni cabía tampoco añadirle los adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para decir que ha quedado firme o consentido o que ha sido posteriormente confirmado. (García de Enterría y Fernández, 2011, pp.591-592).

El Silencio Administrativo 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. (Benáldazar, 2005)

Es importante el criterio que se expone en el ensayo denominado lo bueno lo malo y lo feo de la Ley de Silencio Administrativo, realizado por Ramón Huapaya Tapia (2008), quién a su vez cita a cita a Enterría al afirmar que la Administración Pública podría eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva, con lo cual el particular afectado con tal inactividad quedaría privado de toda garantía judicial. Para contrarrestar tal situación, el Silencio Administrativo Negativo aparece históricamente con una ficción legal de efectos meramente procesales que permite al administrado acceder a la instancia superior o a la vía jurisdiccional, mediante la suposición de que la autoridad ha denegado la solicitud o recurso planteado, consiguientemente se permite al administrado impugnar la inexistencia de pronunciamiento interpretándola como si hubiere existido -ficción- un pronunciamiento



Universidad de Cuenca.

desestimatorio; trámite que lo llevará a agotar la vía administrativa y/o acceder al contencioso administrativo. Esta circunstancia ha llevado a considerar a la doctrina que se trata de una presunta garantía a favor del particular. El Silencio Administrativo Negativo, no es equiparable a un acto administrativo presunto, no se trata de un acto de sentido “desestimatorio”, es más bien un hecho al cual la Ley le asigna efectos jurídicos que no expresa voluntad alguna de la Administración Pública. El Silencio Administrativo Negativo simplemente abre la vía de recurso impugnativo en beneficio del particular. (Huapaya, 2008, p.333).

En tal sentido, el Silencio Administrativo Negativo constituye una facultad y no una obligación, donde el particular tiene dos opciones ante la omisión de la autoridad de pronunciarse respecto de lo solicitado: esperar indefinidamente el pronunciamiento expreso o interponer en cualquier momento el recurso administrativo impugnativo o la demanda judicial correspondiente. Por ello, es que el Silencio Administrativo Negativo configura un verdadero derecho potestativo a favor del particular, el cual puede optar entre las alternativas planteadas. (Huapaya, 2008, p.334).

A manera de comentario personal, no hay efectos que beneficien al administrado en el caso del Silencio Administrativo negativo, puesto que se constituye más bien, en una posibilidad adicional para que la propia administración opte por la no actuación.

En nuestro ordenamiento jurídico existen algunas normas, que le dan un efecto negativo al silencio, entre ellas tenemos la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002), el artículo 85 establece: *Denegación Tácita. Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República. Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se*



responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe”.

En la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo (2016) en el art 52 se dispone: *Las unidades de actuación urbanística, sean de iniciativa pública, privada o mixta, están sometidas a la aprobación del distrito o municipio que exigirá los siguientes instrumentos técnicos:*

1. *La identificación y aplicación de los instrumentos de gestión determinados en esta Ley.*
2. *Un proyecto de urbanización o renovación urbanística.*

En el suelo incluido en la unidad de actuación urbanística no se puede aprobar ningún proyecto de fraccionamiento o reestructuración de la propiedad sino va a acompañado del correspondiente proyecto de urbanización o renovación urbanístico y de reparto de cargas y beneficios.

El plazo máximo para notificar la resolución sobre la aprobación de los instrumentos técnicos a que se refiere este artículo no puede exceder de seis meses. La falta de notificación de la resolución dentro de este plazo generará los efectos de silencio administrativo negativo, sin perjuicio de las sanciones al servidor público responsable.

Una vez analizados los efectos del Silencio Administrativo tanto Positivo como Negativo, nos volvemos a remitir a Ramón Huapaya (2008) quién señala ciertas diferencias radicales entre el Silencio Positivo y Negativo:

1. El Silencio Administrativo Negativo no se produce de modo automático, sino que es una potestad del particular utilizarlo o no. En cambio el Silencio Administrativo Positivo, se produce automáticamente, por el solo transcurso del tiempo.
2. El Silencio Administrativo Negativo no pone fin al procedimiento, la obligación de resolver se mantiene hasta que la autoridad administrativa pierda la competencia, sea por un recurso jerárquico o porque ha sido notificada con una demanda judicial. El Silencio Administrativo Positivo,



por el contrario pone fin al procedimiento y acaba o elimina la obligación de resolver.

3. El Silencio Administrativo Negativo no genera un acto administrativo, es una ficción procesal que permite interponer un recurso administrativo jerárquico o iniciar un proceso contencioso-administrativo, según sea el caso o instancia en el cual se genere. El Silencio Administrativo Positivo genera un auténtico acto administrativo presunto a favor del particular.
4. El Silencio Administrativo Negativo no genera una nulidad del procedimiento o de un supuesto acto ficto, únicamente permite que el particular acceda a una instancia superior administrativa o a la vía judicial. El Silencio Administrativo Positivo ilegal si puede ser declarado nulo.

2. Procedimiento:

2.1. Trámite administrativo previo.

El fin del procedimiento administrativo es permitir la atención del interés general, no sólo de una forma ágil, rápida, y flexible, sino también con garantía de legalidad y acierto de las decisiones administrativas. El procedimiento administrativo facilita el cumplimiento de los cometidos administrativos en función de las características de la actividad administrativa, siempre con plena sumisión al derecho. Lo propio de la administración pública, es la gestión, el manejo de los medios y la atención inmediata de las necesidades públicas para que la sociedad pueda desenvolverse y prosperar. Esta gestión requiere, por tanto, de un procedimiento de acción adecuado a los propósitos que singularizan la actividad administrativa. (Benalcázar, 2011)

A la función del procedimiento administrativo se suma la garantía de los derechos de los ciudadanos. Esto se manifiesta por un lado, con la proscripción de la arbitrariedad que asegura el procedimiento administrativo al ser un



Universidad de Cuenca.

instrumento de aplicación de legalidad; y por otro, con la posibilidad de discutir y reaccionar contra una determinada ilegalidad o desacuerdo de los actos de la administración, con el fin de obtener la revocación, modificación o reforma de los mismos. (Benalcázar, 2011)

En definitiva, el procedimiento administrativo es un instrumento de garantía del interés general y para los derechos de los ciudadanos, ya que procura asegurar la juridicidad y la prudencia en las decisiones de la administración pública. (Benalcázar, 2011)

2.1.1 Requisito de Certificación por parte de la entidad.

Para tratar el siguiente punto es necesario que recurramos al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, en la cual como mencionamos en anteriormente, se encuentra establecido el derecho de petición, fundamento del Silencio Administrativo, el mismo prescribe: *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 mencionado artículo se encuentra determinado el trámite administrativo previo, que consiste básicamente en hacer el requerimiento a la administración pública competente, una vez transcurrido el respectivo término -que la Ley



Universidad de Cuenca.

disponga- se presume que la solicitud es aceptada. A continuación, el mismo artículo establece como condición que bajo pena de destitución el funcionario administrativo a pedido del interesado, debe emitir una certificación fundamentando que no contestó en el tiempo previsto legalmente, requisito que es indispensable para acudir a la vía judicial contencioso administrativa con el fin de que el administrado pueda demostrar la existencia de la inactividad administrativa.

En la parte práctica es difícil que para acreditar el silencio, los funcionarios emitan dicho certificado, puesto que cumplir con ese deber de certificar la existencia de retraso suponía reconocerse culpable de la inacción, es decir, auto inculparse, para que se le sancionase con la destitución de su cargo. (Parada, 2015)

En realidad, no se requiere ninguna formalidad adicional sino solo la obtención de la certificación por parte del funcionario para que así podamos acudir a la vía judicial. Sin embargo, en la práctica es casi imposible conseguir que el funcionario competente conceda dicha certificación, puesto que estaría certificando que ha cometido un ilícito. A mi criterio esta obligación que tiene el funcionario atenta contra la garantía establecida en el Art. 77 numeral 7 literal c de nuestra Constitución, el cual prescribe: *El derecho de toda persona a la defensa incluye: c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.*

Tomando en consideración que nuestra Constitución consagra cuál es la finalidad del sistema procesal, precisando que el mismo es un medio para la realización de la justicia, la misma que no se puede sacrificar por la omisión de formalidades, lo cual nos lleva a la conclusión de que el exigir tal certificación significa abonar la tramitología burocrática innecesaria, y por lo tanto no se puede limitar los medios de prueba a solo el requisito de certificación, sino que puede ser válido cualquier otro medio probatorio.

Hago reseña a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2011), quienes refiriéndose a lo anteriormente manifestado expresan: Por lo demás, el hecho como tal de la inactividad de la administración podría ser probado



Universidad de Cuenca.

también por cualquier otro medio, para lo cual bastaría, en caso de conflicto, con la mera comprobación del contenido del expediente administrativo por el tribunal que conociese del recurso. Si en éste figura la solicitud inicial del interesado -o se aporta ésta en prueba- y no hay constancia de que en el plazo establecido se haya producido resolución expresa alguna sobre ella, la existencia del acto presunto quedaría probada sin más.

Inclusive la Ley Española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992), en el artículo 43 numeral 4 prescribe: *4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver.*

Como se manifiesta en el texto transcrto, el certificado no es sino uno de tantos medios de prueba con los cuales se puede acreditar que se ha producido el silencio, y no constituye un requisito previo para que el administrado pueda ejercer acciones.

Es necesario tomar en consideración lo que alude el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: (...) *No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.*"

Lo mencionado se da con miras a que no puede negarse el acceso a una justicia expedita, oportuna y efectiva al administrado que impugna un acto



Universidad de Cuenca.

administrativo, puesto que se vulnerarían las garantías básicas del debido proceso que se encuentran reconocidas en nuestra Constitución.

Debemos recordar que el artículo 28 no determina un plazo dentro del cual el funcionario debe otorgar el certificado mencionado, ni aquél en el que el administrado debe solicitarlo. En lo relacionado al segundo problema el plazo que tiene el administrado para solicitar la certificación es de 90 días -según nuestra jurisprudencia- contados a partir del día que concluyó el término que tenía la autoridad pública para su pronunciamiento. (Cordero, 2009, p.159).

2.2 Procedimiento judicial en la vía Contencioso Administrativa.

El procedimiento Contencioso Administrativo pretende resolver conforme a derecho las controversias que se produzcan con ocasión del ejercicio de la función administrativa. A través de éste se conocerán las impugnaciones y pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos y disposiciones que emanen de los órganos que desempeñan o pueden desempeñar dicha función. (Benalcázar, 2011)

Una vez que se cumpla con el trámite administrativo previo, le corresponde al administrado acudir ante la vía contencioso administrativa con el fin de plantear la acción especial por Silencio Administrativo. Para ello debemos tener claro, qué acción vamos a plantear, la cual dependerá si se ha obtenido o no el requisito de certificación con el que se vaya a justificar el Silencio Administrativo. Para ello nos corresponde plantear ya sea una acción de conocimiento o de ejecución: En la acción de conocimiento lo que el accionante pretende es que se reconozca un derecho cuando le ha sido negado o desconocido por parte de la Administración Pública, en tanto que al haber operado el Silencio Administrativo positivo significa que las pretensiones del administrado han sido atendidas favorablemente, y por ello, lo que corresponde es solicitar la ejecución del acto presunto.

En cambio la acción de ejecución se da en el supuesto de que la administración pública deba dar satisfacción a un derecho que el administrado adquirió en virtud de la ley, lo cual sucede cuando ha ocurrido el silencio



Universidad de Cuenca.

administrativo positivo. Juan Carlos Benalcázar se refiere a la Resolución No. 321-97 de 10 de diciembre de 1997, la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana -actualmente la Corte Nacional de Justicia- la cual sostuvo: el derecho que se establece por el ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado es un derecho autónomo, que conforme lo enseña la doctrina y jurisprudencia(...), nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la declaración contraria del organismo al que se dirigió el pedido,...) por lo cual la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. (Corte Nacional, 1997)

De esta manera habría un *sui generis* proceso contencioso administrativo de ejecución, en el cual se resuelve sobre una pretensión procesal que busca llevar a la práctica lo ganado por Silencio Administrativo. No obstante la misma Corte ha establecido condiciones para que pueda entenderse como adquirido dicho derecho autónomo, condiciones que, en síntesis, se refieren a los requisitos esenciales de validez de los actos administrativos. En tal virtud, si lo ganado por Silencio Administrativo hubiera sido otorgado por un acto administrativo expreso y válido, se entiende que el administrado ha adquirido un derecho. Por el contrario, si lo ganado por Silencio Administrativo hubiera provenido de un acto administrativo expreso e inválido no se consideraría que el administrado hubiera adquirido un derecho. (Benalcázar, 2011)

Considerando lo mencionado, procedemos a realizar el trámite judicial ante el juez competente, haciendo alusión a lo referido en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada señala: *Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El*



Universidad de Cuenca.

administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. (...)

Es necesario comentar que no existe una norma expresa con respecto del tiempo que tiene el administrado para demandar el silencio ante la vía judicial una vez que se haya producido el mismo, sin embargo, tenemos el siguiente criterio: Según los numerales 1,2,3 del artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos (2015), los términos para que opere la caducidad actualmente vigente, son de 90 días, para el caso de recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (acto administrativo expreso); en los casos de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años; y cinco años para en casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo. Al referirse a otras de competencia, entraría cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo caso se encuentran los actos administrativos presuntos, es decir, el administrado tiene hasta 5 años para demandar el derecho que se le atribuye por causa de Silencio Administrativo, contados a partir de la fecha de vencimiento que tenía la autoridad destinataria para pronunciarse sobre la petición a ella dirigida. Además así lo manifiesta en su considerando quinto, la sentencia con fecha 2 de octubre de 2007, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el caso Fernando Hermida M, en contra de la Ilustre Municipalidad de Cuenca.

Es el Código Orgánico General de Procesos (2015) que establece las acciones que se sustancian en el procedimiento contencioso administrativo, el artículo 326 señala: *Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: 4. Las especiales de: a) El silencio administrativo; Artículo 327.- Procedimiento. Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.*

Cuyo artículo 333 del COGEP prescribe: *El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:*



1. *No procede la reforma de la demanda.*
2. *Solo se admitirá la reconvención conexa.*
3. *Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.*
4. *Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda. (...)*
6. *Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario. (...)*

A manera de resumen: para proceder a plantear una acción relativa al Silencio Administrativo Positivo, debemos recurrir al procedimiento sumario, siempre y cuando se hayan cumplido todos los requisitos formales de la demanda, así como la notificación al sujeto pasivo –instituciones públicas comprendidas el artículo 225 de nuestra Carta Fundamental-, es decir, se deben cumplir todas las garantías básicas del debido proceso.

2.2.1 Procedimiento cuando el Silencio es positivo.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) señala: “Artículo 387.- Plazo para resolución. *El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.* La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento”.

En el artículo precedente observamos que hay una variación del plazo, donde ya no son 15 días conforme lo prevé la Ley de Modernización del Estado,



Universidad de Cuenca.

Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, sino 30 días o inclusive podrá cada una de las municipalidades determinar un plazo propio a través de acto normativo, pero el máximo es siempre 30 días. Por lo que si la municipalidad no hiciere un pronunciamiento dentro del plazo establecido en su normativa -que no puede ser superior a 30 días-, se entiende que ha operado el Silencio Positivo a favor del administrado.

A manera de ejemplo: Realizamos una solicitud para un permiso de construcción a la municipalidad de Cuenca. Transcurridos los 30 días sin que la municipalidad se pronuncie, se entiende que el permiso ha sido concedido al administrado puesto que ha operado el Silencio Positivo a su favor.

2.2.2 Procedimiento cuando el Silencio es negativo.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002), en el artículo 85, establece: Denegación Táctica. *Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República.(...)*

A manera de ejemplo: La Contraloría efectúa un examen especial al pago de remuneraciones en el municipio de Cuenca y determina que existen valores que no debieron haberse pagado por concepto de viáticos a servidores que los cobraron sin cumplir ninguna comisión, es decir, no se fueron de viaje e igual fueron beneficiados con los viáticos. Producto de aquello se predetermina responsabilidad civil culposa, orden de reintegro en contra de dichos servidores -cuando existe responsabilidad civil, la Contraloría para obligarnos a pagar puede emitir glosas u órdenes de reintegro que se dan cuando hay pagos indebidos-, los servidores una vez notificados impugnan administrativamente ante la misma contraloría dicha predeterminación, -desde que son notificados tienen 90 días para impugnar según el artículo 53 de la Ley Orgánica de



Universidad de Cuenca.

Contraloría de la Contraloría General del Estado-. La Contraloría una vez que reciba las órdenes de reintegro tiene 30 días para pronunciarse, si no lo hace se entiende que existe denegación tácita –Silencio Administrativo Negativo- donde su resolución es definitiva, pero impugnable ante la vía contencioso administrativa, donde lo que se impugna es la orden de reintegro en sí misma.

3. Límites y casos en que el administrado no puede acogerse al Silencio Administrativo.

Pueden darse casos en que no surta efectos el Silencio administrativo, es decir, existen algunos límites y pronunciamientos al respecto, entre los más relevantes tenemos:

- a. No tiene cabida acogerse al Silencio Administrativo Positivo, en materia contractual, puesto que esta se rige por lo acordado entre las partes, siendo el contrato Ley de obligatorio cumplimiento para ambas partes “por lo cual resulta extraño pretender que mediante una falta de oportuna contestación sea modificado la normatividad contractual establecida” así lo afirma Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 20-2010 del 15 de enero del 2010, juicio No. 266-2006, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 174 de 27 de julio de 2011. (Corte Nacional, 2010)
- b. Cuando la petición del administrado ha sido presentada ante autoridad incompetente, en este caso no cabe el Silencio Administrativo puesto que al no ser competente no está investido de potestad pública para emitir una manifestación de voluntad, pues la Constitución y la Ley no le han atribuido esa facultad. (Secaira, 2004)
- c. Cuando los administrados solicitan la emisión de normas jurídicas de carácter general, no cabe, porque a través del silencio administrativo no se puede poner en vigencia disposiciones normativas. (Secaira, 2004)
- d. Cuando el administrado solicita la derogatoria de actos de carácter general, esto es de actos con efectos erga omnes. Ejemplo: Reglamento. (Secaira, 2004)



- e. En caso de que el peticionario solicite sobre concesiones o delegaciones de servicios públicos atribuidos al Estado o sus instituciones; no cabe el Silencio Administrativo, por lo que se considera el interés público frente al interés particular. (Secaira, 2004)

Los casos mencionados, son los más relevantes en que no procede el Silencio Administrativo. A manera de ejemplo, con miras de tener un mayor entendimiento: Supongamos que la Universidad de Cuenca, para designar a sus autoridades requiere contar previamente con un estatuto vigente, donde se establezca el mecanismo para la elección de las autoridades, más resulta que éste estatuto está en trámite de aprobación ante el CES, es decir, no está vigente porque no existe un pronunciamiento de aprobación por parte del CES. En este caso, si transcurren los 15 días, no se entiende que ha operado el Silencio Administrativo, porque previamente se debe cumplir el requisito de aprobación, en este caso por parte del CES.

En definitiva, no opera el Silencio Administrativo en general cuando existen requisitos de procedibilidad previos que deben cumplirse obligatoriamente, y que en caso de incumplimiento de aquellos, no significa silencio por parte de la administración, y por lo tanto no habilita la continuación de los efectos jurídicos que deberían producirse.

4. Efectos de las sentencias de ejecución de lo ganado por Silencio Administrativo.

Como ya manifesté anteriormente es la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana -actualmente la Corte Nacional de Justicia- la que sostuvo que el Silencio Administrativo de efectos positivos da lugar a un derecho autónomo, de tal modo que las pretensiones procesales dirigidas a hacer valer lo ganado por silencio dan lugar a un *sui generis* proceso contencioso administrativo de ejecución. Este proceso de ejecución procede siempre que lo ganado por silencio sea conforme a derecho, lo cual debe determinarse de antemano para



Universidad de Cuenca.

ordenar la sentencia cualquier medida que deba cumplir la administración pública demandada. (Benalcázar, 2011)

Continúa sosteniendo Benalcázar (2011) que la sentencia de ejecución favorable a un particular será aquella que constate previamente que lo ganado por efecto de Silencio Administrativo es lícito, y por lo tanto, que vincula a la administración pública. Una vez constatada dicha solicitud, caben dos supuestos:

a) Que no exista una resolución expresa tardía. En este supuesto la sentencia no declarará la invalidez de acto administrativo alguno, únicamente contendrá un mandamiento dirigido a la administración pública para que conceda al particular lo que solicitó, o bien, para que se otorgue la pretensión que el administrado formuló en la reclamación o recurso administrativo que no fue oportunamente atendido. En este último caso considera Benalcázar que habría, por incidencia o de modo indirecto una declaratoria de invalidez de un acto administrativo en aquellas ocasiones en que la pretensión formulada previamente en la vía administrativa consista en dejar sin efecto o revocar tal acto. También podría suceder que el administrado haya solicitado en vía administrativa la reforma de un acto, situación ésta que implicaría que la sentencia ordenara lo correspondiente.

En todos estos casos, en suma, la sentencia de los jueces de lo contencioso administrativo tiene por efecto disponer que la administración pública realice una prestación o efectiva acción a favor del administrado demandante que alega que operó El Silencio Administrativo Positivo.

b) Que exista una resolución expresa tardía de signo contrario a lo ganado por el Silencio Administrativo. En este preciso supuesto, la sentencia deberá declarar que lo solicitado o pretendido por el administrado demandante ha sido concedido por el ministerio de la Ley por efecto del Silencio Administrativo Positivo, y además, anulará la resolución expresa tardía que sea contraria a dicho efecto. Posteriormente, se deberá



Universidad de Cuenca.

ordenar que la administración pública demandada realice las debidas prestaciones o efectivas acciones que hagan realidad el derecho del demandante.

5. El Silencio Administrativo en la legislación española.

El Silencio Administrativo en España era algo más que una técnica puramente procesal, asimilándose a una inexistente resolución administrativa estimatoria del derecho reclamado por el solicitante. De márgenes muy reducidos, y a la vista de ciertos actos de la administración que la doctrina denominó “de admisión” por cuanto la administración daba eficacia a un derecho extraño a ella a requerimiento del reclamante, y careciendo de derecho para negarse a la realización del acto, no faltaron normas que regularon un silencio estimatorio, que venía a sustituir la ausente declaración de voluntad administrativa. La madurez de la técnica del silencio se produjo en España en el ámbito de la Administración local, con la aprobación del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, al que no sólo se debe el estreno de la expresión misma de “silencio administrativo” y su generalización en la vía administrativa previa al contencioso, sino también una cierta extensión o ampliación respecto a su funcionalidad inicial –estrictamente procesal-, que tiene su reflejo en una avivada polémica sobre la naturaleza jurídica del silencio y sus manifestaciones respecto a la eficacia de la desestimación y el plazo para interponer los correspondientes recursos administrativos y contencioso-administrativos. (Perez, 2013)

Años después, la utilización de la técnica se complicó desde el momento en que trató de asimilarse el silencio desestimatorio a una suerte de “acto” tácito, ficticio o presunto, y aplicar al mismo la doctrina propia de las resoluciones administrativas expresas. La mera suposición de denegación ganó firmeza por el transcurso del plazo establecido en las normas para su impugnación; de ahí que la posible resolución tardía desestimatoria careciese de eficacia impugnatoria bajo la conceptuación de acto reproductor de otro anterior firme y consentido; y tanto más de ser estimatoria, tildándola unas veces de



Universidad de Cuenca.

extemporánea, otras de incompetencia, o aduciendo, en fin, la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos. El Silencio Administrativo era “un acuerdo tácito denegatorio” (STS del 24 de noviembre de 1932) con todas las consecuencias. (Perez, 2013)

La Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1956 vino a terciar en la polémica naturaleza del silencio desestimatorio, abordando directamente la figura al hilo de la confirmación del carácter revisor de la Jurisdicción, incidiendo en la concepción del silencio como necesario contrapeso de las exigencias de un acto previo como presupuesto de la revisión jurisdiccional. Dice la Exposición de Motivos que: “*La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello la Ley instituye un régimen general de Silencio Administrativo...*”.

Siendo ésta su única realidad, y dejando atrás cualquier consideración adicional del silencio alejada de su finalidad original, el legislador no podía sino afirmar que: “*Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración...*” (IV, 1).

En el texto transcrto no alberga dudas: en primer lugar, el silencio era una figura de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración, y no, como se pretendió, un modo más de terminar los procedimientos; en segundo lugar, invocar esta técnica se consideraba como una facultad y no una obligación, tomando radicalmente postura a favor de la jurisprudencia que, aunque minoritaria, consideraba “vivas” las reclamaciones no resueltas de modo expreso mientras no se interpusiesen las acciones jurisdiccionales correspondientes. (Perez, 2013)

No podía faltar alguna manifestación sobre la naturaleza de lo que resultase del transcurso del plazo para resolver en ausencia de resolución administrativa expresa: “*Por ello la Ley instituye un régimen general de silencio*



Universidad de Cuenca.

administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción contencioso- administrativa. “Presumir la existencia de un acto” era una expresión excesivamente explícita a favor de una opción tal vez no deseada por el legislador (el acto presunto) que hubo de matizarse muy poco tiempo después en la LPA de 1958 (art. 94) y por la jurisprudencia. En palabras del TS: “*No siendo el silencio un acto en sentido propio, el ordenamiento jurídico que no desconoce que la Administración está obligada a resolver, asignaba a ese silencio un valor normalmente negativo (artículo 94 de la LPA), con efectos estrictamente procesales: así se convirtió el silencio de la administración en un instrumento apto para abrir la vía jurisdiccional a salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los afectados por la decisión administrativa*” (STS de 30 de septiembre de 1994, ar. 7295, sala 3^a, ponente E. Escusol Barra, FJ. 1º).

No se trataba de interpretar la voluntad de la administración por la elemental razón de que cabalmente lo que faltaba era la voluntad administrativa. El problema era otro: se trataba de hacer posible el acceso del particular a la vía recurso, aunque no hubiese un acto administrativo que recurrir. Y para ello bastaba simplemente con establecer la ficción legal de que el recurso era procedente como si estuviésemos en presencia de un acto administrativo. (Falla, 2012). De esta forma se generalizaba el control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa que consistía, respecto a esta última, en entender desestimadas las peticiones no resueltas o los recursos no contestados en cierto plazo “al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional según proceda...” (Artículo 94 de la LPA).

El silencio presentaba dos singularidades aceptadas casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. Por un lado, se configuraba como una ficción de efectos estrictamente procesales, limitados a abrir la vía de los recursos. Por otro lado era un instrumento creado en exclusivo en beneficio del ciudadano. (Perez, 2013)



Universidad de Cuenca.

La primera noción fue puesta de manifiesto en múltiples ocasiones por la jurisprudencia, sin duda porque tenía inmediatas consecuencias prácticas: no existiendo acto alguno, sino sólo una ficción, no existía voluntad de la administración ni sustitución de la misma por Ley, lo cual implicaba la inaplicabilidad de la doctrina general de los actos a los efectos producidos por silencio. Una manifestación de esta concepción del silencio fue la reiterada jurisprudencia sobre la admisibilidad de los recursos extemporáneos cuando el transcurso de los plazos y la consiguiente caducidad de la acción habían sido causados por la inactividad o defectuosa actuación de la administración.

O la exigencia de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo, dividiéndose la doctrina en torno a la exigibilidad de recurso de alzada con carácter obligatorio contra las desestimaciones presuntas. Independientemente de la mayor o menor contundencia de los argumentos a favor o en contra, la cuestión solía reconducirse a la determinación de las reglas de cómputo de los plazos para recurrir previstas en las normas de procedimiento, operación en la que resultaba determinante la concepción del silencio, concretamente el alcance de la ficción jurídica que representaba: -Llevada la afirmación del silencio- ficción a sus últimas consecuencias, un sector doctrinal razonaba de la siguiente manera: en el caso del silencio desestimatorio no hay acto, sino ficción; luego no puede haber notificación de algo inexistente. Se trataba por tanto de un supuesto equiparable por sus efectos al de las notificaciones defectuosas absolutas o inexistentes (art. 79.3 LPA), por lo que era el ciudadano quien, mediante sus propios actos, expresaba su voluntad de interponer el recurso administrativo y accionaba el sistema de plazos, sin regir, por tanto, las reglas dispuestas en la norma. En conclusión, el recurso de alzada contra desestimaciones presuntas no tenía *dies a quo* prefijado para su interposición, de tal forma que podía interponerse en cualquier momento posterior a la denegación, siempre que entre tanto no se hubiese producido una resolución expresa. (Perez, 2013)

Defendiendo una posición algo más matizada, otro sector doctrinal sostenía la existencia de notificación en el caso del silencio desestimatorio: se trata de una suerte de “notificación-ficción”, nacida de la Ley como el silencio de que trae



Universidad de Cuenca.

causa, de forma que el interesado conoce *ex lege* al menos el texto íntegro del acto (si es que se puede considerar como tal la mera desestimación), resultando por tanto aplicable el régimen de las notificaciones defectuosas (Art. 79.4 LPA). La consecuencia no se hacía esperar: la propia norma imponía un límite temporal –seis meses- a la voluntad reaccional del ciudadano afectado por el silencio, tras el cual se producía la subsanación automática de los defectos de la “notificación-ficción”. El plazo para la interposición del recurso de alzada se agotaba en quince días contados a partir del transcurso de seis meses desde la notificación ficticia, salvo que el interesado se diese por notificado o interpusiese el recurso antes de esa fecha. (Perez, 2013)

5.1 Procedimiento para su declaratoria.

En la legislación española, el Silencio Administrativo se encuentra fundamentado en el derecho de petición, determinado en el artículo 29 de la constitución española, que establece: 1. *Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

El Silencio Administrativo se encuentra regulado como tal en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico De Las Administraciones Públicas Y Del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, cuya pretensión era superar la doctrina del Silencio Administrativo, al menos a tenor de las palabras del legislador en la Exposición de Motivos:

“El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se



Universidad de Cuenca.

ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe". (Perez, 2013)

En el artículo 42 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico De Las Administraciones Públicas Y Del Procedimiento Administrativo prescribe: *Obligación de resolver. 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.*

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

2. *El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente 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.

3. *Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.* Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) *En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.*

b) *En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.*



Universidad de Cuenca.

4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efecto informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

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

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada



Universidad de Cuenca.

a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

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

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

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

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.

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



Universidad de Cuenca.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente.

El Artículo 43 de mencionada Ley señala: *Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado.*

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. 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.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:



Universidad de Cuenca.

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b) 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.

4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada.

Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. **Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.**

En el Artículo 44 de la misma Ley se establece: *Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.*

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.



Universidad de Cuenca.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

De los artículos precedentes podemos deducir que el plazo máximo en que la administración debe resolver es el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, que no podrá exceder de 6 meses salvo que una Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando no esté previsto ese plazo máximo será de 3 meses.

Ramón Parada sostiene que transcurrido ese plazo sin resolver de forma expresa se origina el acto presunto, de forma que la solicitud puede entenderse estimada o desestimada por Silencio Administrativo. (Parada, 2015)

En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución, se produce, como regla general, el efecto estimatorio -silencio positivo-. Por excepción se entiende negativo y la pretensión desestimada en los siguientes casos:

1. Cuando una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario.
2. En los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución española.
3. Aquellas solicitudes cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público,
4. Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación por Silencio Administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo. (Falla, 2012)

En los procedimientos iniciados de oficio, transcurrido el plazo máximo para resolver, se producen los siguientes efectos:



- a) Si se trata de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos y otras situaciones jurídicas individualizadas, los efectos serán desestimatorios. (Silencio Administrativo Negativo)
- b) Si se trata de procedimientos sancionadores o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad.

La estimación por Silencio Administrativo tiene el efecto de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, según proceda, en tanto que la estimación por Silencio Administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador de procedimiento. (Falla, 2012)

El acto presunto estimatorio o desestimatorio despliega sus efectos desde el momento en que vence el plazo máximo para dictar resolución en el procedimiento, sin perjuicio de los medios de acreditación de su existencia, incluido el certificado del acto presunto. La certificación del acto presunto pasa a ser así un medio de prueba más para acreditar la existencia del acto, a opción del interesado, si bien es seguro que en la práctica será el medio de acreditación por excelencia del acto presunto. (Falla, 2012)

El fundamento jurídico del Silencio Positivo (acto presunto con efectos estimatorios) es bien diferente del Silencio Negativo. Por eso su instrumentación postula técnicas diferentes. Desde el punto de vista práctico el gran obstáculo para la admisión del Silencio Positivo estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos. Si previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedará satisfecho si le enseño la copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido. Se limitará a tomar nota de las obras que ha visitado y a cursar la correspondiente denuncia (a lo más acogerá en el acta mis protestas sobre el Silencio Positivo). Otro ejemplo más significativo: si alguien solicita a un banco



Universidad de Cuenca.

un crédito para realizar unas edificaciones. ¿Se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada? (Falla, 2012)



CAPÍTULO III: CASUÍSTICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO:

1. Pronunciamientos referentes al Silencio Administrativo.

En el siguiente capítulo he creído necesario recurrir a varios pronunciamientos dictados por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia - actualmente Corte Nacional de Justicia-, con el fin de precisar ciertas preguntas tales como: ¿Cuál es el término dentro del cual la autoridad destinataria debe dar contestación a la petición? ¿Desde cuándo y hasta cuándo debe computarse este tiempo? ¿Se puede interrumpir este término o plazo establecido? ¿Qué pasa si cuando concluya este término o plazo establecido la autoridad da contestación a la solicitud en forma desestimatoria? ¿Qué sucede si la administración destinataria da contestación negando el reclamo dentro del término, pero dicha contestación no está motivada? ¿Qué sucede si la autoridad destinataria que contesta dentro del tiempo no es a quién se dirigió la solicitud, sino otra distinta que pertenece a la misma entidad pública? Son varias las interrogantes que surgen para poder dilucidar de qué manera opera realmente el Silencio Administrativo en el Ecuador. A continuación el objetivo es contestar a las interrogantes mencionadas, refiriéndome a varios pronunciamientos que se ha emitido al respecto la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia.

1. En lo referente al término dentro del cual la autoridad destinataria debe dar contestación a la petición.

Se establece un término general de 15 días a partir de la presentación del reclamo, mismo que es aplicable salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, como sería el COOTAD o el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

2. En lo referente a desde cuándo y hasta cuándo y la forma en la que debe computarse el tiempo.



En la Ley de Modernización no se encuentra definido cómo debe computarse el tiempo para que opere el silencio, ya que el mismo artículo precisa cuándo empieza a discurrir dicho término o plazo sin que se precise si se encuentra cumplida la obligación de pronunciarse por parte de la autoridad pública, con la emisión del acto administrativo de contestación dentro del tiempo, o si es necesario que la notificación con el mismo peticionario se la efectúe igualmente dentro de tiempo. Al respecto, el ERJAFE en el numeral 2 del artículo 115 determina: “*el plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el correspondiente al Silencio Administrativo...*” (Cordero, 2009, p.94).

La obligación de pronunciamiento sólo debe entenderse cumplida con la notificación al interesado con dicho pronunciamiento, mismo que, para que no opere el Silencio Administrativo Positivo tiene que efectuarse dentro del término. En el artículo 29 de la Ley de Modernización se establece la obligación de las autoridades administrativas de comunicar a los administrados las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivos. Esta notificación deberá efectuarse por los medios que consideren más rápidos o expeditos; y se la realizará siempre y cuando, en el expediente administrativo conste la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho. (Cordero, 2009, p.95).

Igualmente, al respecto según el Dr. Patricio Cordero, el ERJAFE (2002), establece una normativa mucho más adecuada, que protege de mejor forma los intereses del administrado en lo referente a sus peticiones y reclamos dirigidos a los órganos que forman parte de la función ejecutiva. El artículo 126 se expresa:

Art. 126.- Notificación. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente:

1. *Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de*



presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas;

2. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones.

Con relación a la forma de cómo debe computarse el tiempo para que opere el Silencio Administrativo Positivo, García de Enterría y Fernández (2011) manifiestan con precisión: Muy pronto quedó muy claro, en efecto, que el plazo del silencio había de computarse desde el ingreso de la solicitud, proyecto o acuerdo sometido a control hasta la fecha de notificación del interesado de la resolución adoptada y ello porque la referencia a la fecha de la notificación de la resolución y no a la de ésta era una cautela elemental destinada a evitar la tentación de antedatada la resolución, con el fin de impedir el efecto favorable del silencio.

Muy acertado lo manifestado por García de Enterría y Fernández, porque el hecho de sostener que la notificación podría practicarse fuera del término que la norma establece, significa la posibilidad de que la administración, el objeto de evitar los efectos del Silencio Administrativo, pueda forzar una contestación dentro de tiempo y notificarla posteriormente.



Referente a la notificación para los efectos del Silencio Administrativo, tenemos los siguientes pronunciamientos de Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia:

Sentencia dictada con fecha 10 de diciembre de 1997, juicio de AGIP Ecuador contra el Ministerio de Energía y Minas, publicada en la gaceta judicial, serie XVI, Nº 15.

En la parte pertinente del considerando cuarto, al referirse a la naturaleza del derecho que se origina como consecuencia del silencio de la administración y, al hecho de que una contestación extemporánea no lo afecta, se dice: “(...) cuando tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio.

Resolución publicada en la gaceta judicial, año XCIX, serie XVI Nº 14. María Ivonne Mortensen Chiriboga en contra de EMETEL.

En la parte pertinente del considerando cuarto se dice: Habiendo transcurrido más de 15 días de término sin que tales reclamaciones hayan sido contestadas es evidente que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante como consecuencia del Silencio Administrativo producido.

Sentencia publicada en la gaceta judicial, serie XVII, Nº12, dictada con fecha 25 de septiembre de 2002. Juicio seguido en contra del Consejo Provincial del Azuay por Gloria Juárez Lucero.

En la parte pertinente del considerando segundo, al referirse de los efectos del Silencio Administrativo, se dice que configura: (...) un derecho autónomo que de ninguna manera puede ser afectado por un pronunciamiento posterior de la autoridad, que por su falta de contestación dio lugar al efecto del silencio.

3. En lo referente a la interrupción de este término o plazo establecido.

Se ha cuestionado que el término fijado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado es reducido, sobre todo si para el pronunciamiento,



Universidad de Cuenca.

la administración va a requerir de informes o análisis técnicos. Sabiendo que, conforme lo manifiesta el Dr. Patricio Cordero en su obra el Silencio Administrativo, cuando se trata de autoridades públicas que no pertenecen a la función ejecutiva, dicho término no se interrumpe, la solución al respecto sería la de ampliar dicho término, o de precisar las causas por las cuáles se podría suspender el mismo, como sí lo hace el ERJAFE.

Debido a que la Ley de Modernización del Estado no preceptúa nada al respecto, se podría afirmar que, al tratarse de un problema de derecho público, no existe posibilidad alguna de que el tiempo que tiene la autoridad destinataria de la solicitud para pronunciarse se interrumpa o suspenda por ninguna circunstancia. Sin embargo, es el ERJAFE que regula esta situación, pero únicamente para las entidades que forman parte de la función ejecutiva. El numeral 5 del artículo 115 del ERJAFE prescribe: *5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

- a. *Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido;*
- b. *Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 30 días; y,*
- c. *Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.*

Recurramos nuevamente García de Enterría y Fernández quién dice al respecto: Tampoco fue difícil aclarar los efectos que sobre el cómputo del plazo



Universidad de Cuenca.

del silencio podían tener los requerimientos que el órgano administrativo llamado a decidir pudiera hacer al interesado en orden a la subsanación de los defectos de orden técnico o de cualquier otro tipo que pudiesen afectar al proyecto sometido a control. La jurisprudencia, en efecto, precisó que el plazo de silencio debía considerarse como un plazo de caducidad y no de prescripción, por lo que un requerimiento de esta clase no podía producir el efecto de tener que iniciar nuevamente el cómputo de la totalidad del plazo, sino sólo el de interrumpir el cómputo de éste en tanto se cumplimentaba por el interesado lo requerido para volver a correr el tiempo que pudiera restar. (García de Enterría y Fernández, 2011)

Sin embargo, la normativa mencionada no tiene aplicación general sino únicamente para las entidades que se encuentren dentro del ámbito del Estado. Lo cual es lamentable, puesto que su aplicación solucionaría gran parte de los problemas que en la práctica ha ocasionado el Silencio Administrativo, en los términos prescritos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

4. En lo referente a la contestación desestimatoria fuera de tiempo.

La Sala de lo contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto, donde existen algunos precedentes jurisprudenciales obligatorios, en el sentido de que una contestación negativa emitida y notificada fuera de tiempo no afecta al derecho que ha nacido a favor del peticionario como consecuencia del Silencio Administrativo, derecho que se ha generado por el ministerio de la Ley. (Cordero, 2009, p.103).

Es interesante el aporte que realiza el Dr. Cordero al respecto, el cual menciona algunos argumentos: conforme lo que se ha expresado el Silencio Administrativo configura un acto administrativo presunto, que como tal, goza de todos los privilegios, entre ellos el de presunción de legalidad y ejecutoriedad, en virtud del primero, el acto general derechos u obligaciones a la persona a la que él mismo se refiere, desde el momento en que es emitido. El ERJAFE en el artículo 68 dispone: *Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y*



Universidad de Cuenca.

de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto. Por lo que un pronunciamiento posterior, constituiría una revocatoria del acto presunto; sería una forma de extinguir dicho acto por medio de uno posterior, situación que no es posible ya que los actos que generan derechos a favor de los administrados no pueden ser revocados por el órgano o por el funcionario que los emitió. Lo procedente es que en el supuesto de que la administración considere que el mismo es lesivo a los intereses colectivos, se declare su lesividad, mediante un nuevo acto, como procedimiento previo a recurrir al órgano jurisdiccional competente, demandando se declare que el acto es contrario a derecho y en su caso la anulación del mismo. (Cordero, 2009, p.104).

El ERJAFE, en sus artículos 97, 118 prescriben la lesividad de los actos administrativos, así como la declaración de lesividad de los actos anulables; así mismo el numeral 3 del artículo 130 de mencionado cuerpo normativo, dispone:

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

Con relación al tema analizado, tenemos el siguiente pronunciamiento de Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia:

Resolución dictada con fecha 29 de mayo de 2001. Juicio propuesto por Carlos Alberto Ibarra Hurtado, en contra del S.R.I. Gaceta Judicial, año CII, serie XVII, N°5, p. 1493.

En el considerando cuarto de esta resolución se señala: Conforme enseña la doctrina y lo ha consagrado la jurisprudencia obligatoria de esta sala, la aprobación por el ministerio de la Ley, debido al Silencio Administrativo Positivo, origina un derecho autónomo que nada tiene que ver con los antecedentes del caso, y al que de ninguna manera afecta una resolución posterior en contrario.



Universidad de Cuenca.

Para finalizar, con relación al tema, García de Enterría, referente a la contestación posterior negativa, sostiene: Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una verdadera revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento establecido; y, en consecuencia, nula de pleno derecho. (García de Enterría y Fernández, 2011)

5. En lo referente a la contestación oportuna, pero que no se encuentra motivada.

Es la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 76 se consagran garantías básicas con el fin de asegurar el debido proceso, en el numeral 7 literal m prescribe: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 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.*

Así mismo la motivación se encuentra establecida en el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, que determina: *MOTIVACION.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.*

Con relación a la motivación tenemos el siguiente pronunciamiento de Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia:



Universidad de Cuenca.

Sentencia dictada con fecha 30 de octubre de 2001, dentro del juicio seguido por el Dr. Julio César Zúñiga en contra de la Universidad de Cuenca.

Se señala que la transcripción de estas disposiciones evidencia que la motivación del acto debe constar en la resolución correspondiente. Claramente, el texto constitucional dice que no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas y principios en que haya fundado. Y en la Ley de Modernización del Estado se dice que la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados de procedimiento. De modo que no se puede, ni aun realizando una interpretación extensiva que en el caso no sería aceptada por tratarse de derecho público admitir que la motivación consta en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial del documento en el cual consta la resolución.

En la resolución publicada en el Registro Oficial N°- 454, del 4 de noviembre de 2004, dictada en el caso signado con el N°- 0331.2004-R.A-, en su parte pertinente prescribe:

No basta que el acto haya sido dictado por una autoridad competente, ni que al dictarlo se hayan señalado algunas disposiciones legales. El acto es ilegítimo en la medida que no cumplió con uno de los derechos constitucionales básicos del debido proceso, que es la motivación, y al no hacerlo, acarreó la violación de otros derechos, como es el de defensa, seguridad jurídica y abrió la inminencia de un daño grave al recurrente...

En definitiva, si la consecuencia de la falta o indebida motivación es la nulidad del acto, y que en lo relacionado con los actos emitidos por las instituciones de la Función Ejecutiva, por lo que prescribe el segundo inciso del literal c, del artículo 94 del ERJAFE, señala: *No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho, entre otros, "los actos que no se encuentren debidamente motivados"*

Cuando se dé la contestación por parte de la autoridad administrativa competente destinataria de la solicitud, encontrándose dentro del tiempo que



Universidad de Cuenca.

tenía para el efecto, y sin embargo, no se encuentre motivada o su motivación sea insuficiente, debemos concluir en que, al haberse configurado un acto viciado de nulidad de pleno derecho, se habría producido el Silencio Administrativo Positivo, con todas sus consecuencias jurídicas. En la práctica y ante ésta circunstancia, el administrado se encontraría habilitado a iniciar una acción de ejecución del derecho que a su favor se habría configurado por el ministerio de la ley. (Cordero, 2009, p.104).

6. En lo referente a la contestación oportuna, pero por parte de autoridad pública que no fue destinataria de la solicitud.

A criterio del Dr. Cordero, este problema planteado debería ser tratado considerando dos circunstancias: la primera es si la contestación proviene de autoridad competente, aun cuando la solicitud no se hubiere dirigido a ella; y la segunda, si la contestación es dada por autoridad incompetente, distinta a la destinataria de la petición o reclamo.

En el primer caso, es decir, si la contestación es dada por autoridad competente para entender o pronunciarse sobre el reclamo, la misma surte efectos jurídicos; es legítima, y consecuentemente, no se configura el Silencio Administrativo Positivo, a pesar de que dicha autoridad no fuere la destinataria.

En el segundo caso, es decir, cuando quién da contestación a la solicitud o reclamo no es el destinatario y además, no tiene competencia para hacerlo, no existe duda alguna de que dicho acto se encontraría viciado por incompetencia de la autoridad pública que lo generó.

Respondidas las preguntas que nos hicimos al inicio de este capítulo, creo necesario agregar algunos precedentes jurisprudenciales obligatorios que existen con respecto del Silencio Administrativo, con miras a entender con más claridad mencionada figura:

Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, N°10, P.2727. Resolución dictada con fecha diciembre 10 de 1997, dentro del juicio seguido, en contra de los señores ministros de Energía y Minas y el gerente de la empresa de



Universidad de Cuenca.

Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador Petrocomercial, por la compañía Agip Ecuador.

En el considerando segundo del fallo citado, se dice: En torno a la materia, conviene señalar que el derecho que se establece por el ministerio de la Ley, como consecuencia del Silencio Administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, tan importantes como los fallos del Consejo de Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio. Por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que como señalamos, se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. Desde luego que el legislador ha establecido en el art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del Silencio Administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además y principalmente mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o Derecho de Petición y oportuna respuesta. 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.

Otra sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia es la siguiente:

Juicio seguido por Miguel Fernando Hermida, en su calidad de procurador judicial de Eduardo Reyes Aguirre y otros, en contra de la I. Municipalidad de Cuenca. Resolución dictada con fecha 2 de octubre de 2007.



Universidad de Cuenca.

En la parte del considerando cuarto y quinto, se dice: El problema jurídico que se plantea está referido, entonces, a las instituciones del Silencio Administrativo Positivo, y a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que, en primer término, conviene que esta Sala inicie por exponer los criterios interpretativos sobre estos temas.

Quinto.- En lo que respecta al Silencio Administrativo, previsto en el artículo 20 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha señalado reiteradamente:

1) Efectos principales del Silencio Administrativo: Consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que atiene positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inconvalidables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto derivado del Silencio Administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del Silencio Administrativo que, por contener vicios inconvalidables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos. La consecuencia de un acto administrativo presunto derivado del Silencio Administrativo que se presume legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no ha operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la Ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no haya sido solicitada. Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad, de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los tribunales distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto



Universidad de Cuenca.

las reglas de caducidad del derecho para demandar. Finalmente, se generan, junto con el Silencio Administrativo, otros efectos colaterales de origen legal, sobre los que los tribunales distritales deben pronunciarse, pese a que no exista petición alguna al respecto, esto, sobre las sanciones de orden administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización de Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada prevé en el caso de infracciones al Derecho de petición. Estas sanciones administrativas son independientes de la responsabilidad que individualmente se atribuye, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes a los funcionarios públicos, por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionaren al Estado, por falta de diligencia de aquellos en el ejercicio de sus funciones.

A partir de los mencionados precedentes jurisprudenciales obligatorios, considero necesario precisar lo que debemos entender por varios aspectos que se han tratado en mencionadas jurisprudencias. En ellas se sostiene que el Silencio Administrativo Positivo origina un derecho autónomo y una acción procesal de ejecución autónoma. Cuando hacemos alusión a que la acción es autónoma, es necesario dejar claro qué entendemos por acción. Para el efecto me remitiré a lo que sostiene Azula Camacho, quien al referirse a la acción como un derecho autónomo dice: La acción es el derecho de poner actividad el funcionamiento jurisdiccional, la acción se dirige a una sentencia que decida el litigio; diferente a la pretensión que procura una sentencia favorable al demandante. La acción es ejercida por el demandante en contra del juez, mientras que la pretensión por el mismo demandante, pero se dirige al demandado. (Camacho, citado por Patricio Cordero, 2009, p.124).

El derecho autónomo se refiere a que es distinto, diferente, independiente a los hechos o circunstancias anteriores a su nacimiento. Recordemos que el Silencio Administrativo da lugar a un acto administrativo presunto, el cual la manifestación de la voluntad administrativa se ha expresado callando; y que al ser un acto como tal está rodeado de todas las características y los atributos que esa naturaleza le imponen, entre ellos el de presunción de legalidad y el de la ejecutoriedad. (Cordero, 2009, p.125).



Universidad de Cuenca.

En cuanto a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, sostiene Juan Carlos Cassagne: es el atributo por el cual se entiende que éste ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, con arreglo a derecho. García de Enterría al referirse a esta característica manifiesta: Se trata de una presunción *iuris tantum*, operante solamente en tanto no se demuestre y se declare en firme la invalidez del acto. Pero que, además para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino que se apoya en una base real que la presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo al ordenar conductas imposibles o delictivas o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. En tales supuestos, que examinaremos con detalle en su momento se dice que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho) y por ello insusceptible de producir efecto alguno. (Enterría, citado por Patricio Cordero, 2009, p.127).

El atributo de ejecutoriedad está constituido por la potestad, por la facultad de la que goza la administración para ejecutar por sí misma sus actos, sin necesidad de recurrir a autoridad extraña y pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública, cuando lo considere necesario. Entrena Cuesta expresa que los actos administrativos, desde el momento en que se distan –salvo ciertos supuestos- son ejecutorios. Esto quiere decir que la administración dispone de dos prerrogativas o privilegios: el de ejecutividad de los actos administrativos, en cuya virtud éstos se presumen legítimos y constituyen título suficiente para la ejecución –no es necesario el proceso de cognición-, y el de acción de oficio o ejecución forzosa, que le faculta para realizar por sí misma materialmente los derechos que tales actos derivan, aun en contra de la resistencia del obligado –



Universidad de Cuenca.

por lo que prescinde del proceso de ejecución-. (Cuesta, citado por Patricio Cordero, 2009, pp.128-129).

El proceso de declaración constitutiva es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a logar que el órgano judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representada, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor; en cambio los procesos ejecutivos o de ejecución dan lugar a conseguir el cumplimiento de los derechos que a favor del peticionario configura el Silencio Administrativo, el cual no se dirige a declarar derechos dudosos, o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido. (Cordero, 2009, p.138).

Las citas anteriores nos llevan a la conclusión de que la acción a iniciarse para conseguir el cumplimiento del derecho que se ha generado a favor del peticionario como consecuencia del Silencio Administrativo, no es otro que el de ejecución; puesto que al existir un derecho que no requiere que sea declarado por el órgano jurisdiccional, mismo que se encuentra debidamente probado y cuya pretensión es que sea atendido; tampoco se trata de un derecho dudoso, sino que ha sido reconocido por un acto presunto de autoridad pública destinataria de la solicitud o reclamo.

De acuerdo a lo anotado al tratarse una acción de ejecución del derecho que origina el Silencio Administrativo, por mandato del artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, no procede interponer recurso de casación en contra de las sentencias que en las mismas se dicten. Debido a que la mencionada norma prescribe que dicho recurso es procedente únicamente en “*contra de las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*”



Universidad de Cuenca.

Tenemos la siguiente jurisprudencia sobre el tema mencionado:

Sentencia, ya citada, dictada por la Sala Administrativa dentro del juicio seguido por María Ivonne Mortensen Chiriboga en contra de EMETEL.

En la parte pertinente del considerando cuarto se dice: (...) acción ésta de ejecución de lo aprobado por el ministerio de la Ley que, conforme enseña la doctrina y la jurisprudencia, es autónoma, sin que, en consecuencia, sea objeto del juicio el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la Ley, sino tan sólo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia, no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución y, consiguientemente, el fallo que se dicte no puede ser objeto del recurso de casación.

Finalmente, si concluimos que en el Silencio Administrativo la acción no es de conocimiento si no de ejecución, es innegable que en dicha acción no procede ni tiene sentido conceder un término de prueba, mismo que es procedente cuando la existencia del derecho reclamado tiene que justificarse, mas no cuando preexiste un derecho configurado por el ministerio de la Ley, cuyo cumplimiento se exige.

Por lo tanto, en las acciones de ejecución por Silencio Administrativo no procede la apertura del término de prueba, salvo el caso de aquellas en las cuales no se adjunte el documento que contenga la certificación exigida, en cuyo caso será necesario dicho término, dentro del cual debe justificarse que el plazo para la contestación por parte de la autoridad destinataria haya vencido, sin que sea necesaria la prueba o justificación del derecho adquirido por el silencio.

Tenemos la siguiente jurisprudencia al respecto:

Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 28 de octubre del 2003, dentro del juicio seguido por Juan Solano Bernal y otros en contra de la I. municipalidad de Cuenca.



Universidad de Cuenca.

Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el Silencio Administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no por ello desaparece el efecto del Silencio Administrativo, sino que en tal caso habrá de probarse dentro del juicio que ocurrió el vencimiento del plazo sin que dentro de él haya recibido respuesta la solicitud o el reclamo planteada, situación esta última que desde luego, modifica la regla general antes señalada, en el sentido que, producido el silencio, ha lugar a demandar la ejecución del derecho así obtenido, mediante una controversia de puro derecho, pero desde luego, en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por Silencio Administrativo.

2. Análisis de jurisprudencias.

En este punto procederé con el análisis de varias jurisprudencias, con miras a determinar la operatividad del Silencio Administrativo en el Ecuador, los efectos, la efectividad del mismo, lo que me permitirá reforzar los temas tratados en los capítulos anteriores.

Me permitiré transcribir varios fallos que constituyen jurisprudencia obligatoria, para posteriormente proceder con el análisis de los mismos:

Sentencia dictada por sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema De Justicia, con fecha 21 de agosto del 2001, dentro del juicio seguido por la Dra. Anabelle del Cisne Maza Rivilla en contra del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, Ministerio de Salud Pública, Director del Hospital Eugenio Espejo y Procurador General del Estado; impugnatorio del acto administrativo contenido en el Oficio No. SPYC-2000-100618 de 1 de marzo de 2000, suscrito por el Subsecretario de Presupuestos y Contabilidad del Ministerio de Finanzas. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3660.



Universidad de Cuenca.

Concedido el recurso accedió a esta Sala el juicio y, calificándolo fue admitido a trámite. Concluido éste al estado de dictarse sentencia, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- Ninguna causa superviniente ha alterado la competencia que quedó establecida en su oportunidad procesal.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada, para su resolución, en sus considerandos luego de asegurar la competencia de la Sala; declara la validez procesal, la inexistencia de caducidad de la acción, continúa el análisis de los documentos incorporados al proceso; y, en lo esencial, sobre el silencio administrativo alegado en la demanda y sus efectos, precisando que aquel genera: "un accionar procesal autónomo de ejecución, por el cual el administrado tiene la capacidad de, ocurrido el caso, peticionar a los órganos judiciales el cumplimiento de aquella. La especie en resolución, no se orienta a tal evento, pues más bien mediante este recurso contencioso administrativo se impugna un acto administrativo expreso (Oficio No. SPYC-2000-100618 de 1 de marzo de 2000), expedido con posterioridad al feneamiento del término de 15 días que tenía el Ministro de Finanzas y Crédito Público para responder la petición del recurrente"; añade, que el silencio administrativo se genera cuando las pretensiones son injurídicas. Que, la reclasificación de cargos solo puede ser peticionada por la administración pública ya que ella es la encargada del manejo de los recursos humanos, sus remuneraciones, horarios, disciplina, presupuesto, en función de las necesidades del servicio público, añade que si la petición del Ministerio de Salud fue negada por el Ministerio de Finanzas, sólo a la entidad peticionaria le correspondía insistir en la atención favorable a su requerimiento, justificando las motivaciones de la reclasificación y reforma presupuestaria.

TERCERO.- A su vez, la actora, Dra. Maza Rivilla, impugna la sentencia mediante su recurso de casación que lo fundamenta en el numeral 1 del Art. 3 de la Ley de Casación; y, concretamente en aplicación indebida del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado y en falta de aplicación de los artículos 59 lit. a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 26 de la Ley de Federación Ecuatoriana de Psicólogos Clínicos; y, 109 del Estatuto del



Universidad de Cuenca.

Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Consiguientemente, este es el marco fijado para el examen de la sentencia y que delimita la competencia de la Sala para el caso.

CUARTO.- El segundo inciso del Art. 26 de la Ley de Federación Ecuatoriana de Psicólogos Clínicos preceptúa que: "El horario de trabajo del Psicólogo Clínico, será igual al de los demás profesionales del área de salud, es decir de cuatro horas diarias y ocho horas diarias, de acuerdo al desempeño de funciones técnicas o administrativas". Del texto anterior no se infiere que el horario del Psicólogo Clínico cuando desempeña funciones técnicas sea de cuatro horas diarias como pretende la recurrente, pues de haber sido esta la intención del legislador, necesariamente para lograr tal propósito habría agregado la expresión "respectivamente". En consecuencia, tal disposición legal permite que como ocurre en otras profesiones del área de la salud, haya funcionarios que las desempeñen ya durante cuatro horas diarias ya durante ocho horas diarias sea que presten servicios en el área técnica o en el área administrativas. La consecuencia directa del anterior razonamiento es que carece del fundamental soporte jurídico y por consiguiente la sentencia del inferior no ha violado el indicado Art. 26 de la Ley de Federación Ecuatoriana de Psicólogos Clínicos.

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



Universidad de Cuenca.

aprobado mediante el silencio administrativo y al respecto ha transrito, haciendo suya una cita doctrinal que claramente demuestra los contornos del problema para luego de ella adoptar una decisión; dicha cita manifiesta que: "El problema mayor, y prácticamente el único que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por este medio y en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. Tres líneas jurisprudenciales se fueron perfilando al respecto: una primera entendió, en obsequio a la siempre necesaria seguridad jurídica, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en ese sentido; una segunda más sensible a la legalidad que a la seguridad jurídica consideró, en cambio, que siendo el silencio administrativo creación de la ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la ley, y hasta donde esta permite; finalmente una tercera, en fin, encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganados adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho" (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Octava Edición Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 587 y 588). En base de lo antes transrito la Sala ha adoptado como suya la solución intermedia consistente en considerar que mediante el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adoleciere de vicio de nulidad absoluta y siempre que la acción para el caso se haya dirigido a la autoridad competente. En el caso, es evidente que de acuerdo a la normatividad jurídica vigente, aplicando el principio constitucional de que igual trabajo corresponde igual remuneración, a cada clase de trabajo corresponde una remuneración distinta, lo que en el caso determina que quien tiene una jornada de trabajo de ocho horas recibe una remuneración diferente de la que es recibida por quien trabaja únicamente cuatro horas, en aplicación de los elementales principios de



justicia. Ahora bien, es también evidente que la actora pretende el que se rebaje la duración de su trabajo de ocho a cuatro horas, sin que en ningún instante señale que acepta voluntariamente la consecuencia que es la rebaja del sueldo que actualmente recibe; pretensión que evidentemente se torna ilegal y afectada de nulidad absoluta, su pretensión, en tanto en cuanto que no se podía aceptar la continuación de una remuneración correspondiente a su trabajo mayor; y al contrario la rebaja del sueldo que sería la consecuencia normal de la rebaja de la carga horaria, constituiría un acto violatorio de los derechos del servidor público de conformidad con las leyes ecuatorianas vigentes. Pero hay aún más, como aparece de autos la actora desempeña un cargo público cuyas características de duración de la jornada y de remuneración responden a la organización estructural de la administración. No habiendo el fundamento que erradamente pretende la actora en la Ley de Federación de Psicólogos Clínicos, es evidente que su solicitud es absolutamente arbitraria ya que pretende modificar, por su interés subjetivo, la organización estructural de la entidad en la que presta sus servicios, lo cual tornaría, de haber sido aceptada su pretensión, en una resolución afectada de nulidad absoluta. Tómese en cuenta que las condiciones de la prestación en un puesto público, como su duración, remuneración, etc., no es el resultado de un acuerdo de las partes como ocurre en el campo privado, sino es el resultado de la normatividad previamente establecida por la administración, de tal forma que quien es designado para un cargo público no tiene otra opción que la de aceptar el mismo en las condiciones establecidas o de no estar de acuerdo con ellas no posesionarse del cargo si aún no hubiere aceptado o renunciar al cargo de encontrarse desempeñándolo. Por estas condiciones especiales de tal desempeño, el célebre Decano de Burdeos, León Duguit calificó al acto de nombramiento de un funcionario público, como "acto condición". A consecuencia de lo anteriormente señalado, la pretensión de la actora lamentablemente puede ser calificada como absurda. Así considerado el problema, es evidente que la resolución de desechar la demanda adoptada por el inferior no infringe los Arts. 28 de la Ley de Modernización del Estado, 59 lit. a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 26 de la Ley de Federación Ecuatoriana de Psicólogos Clínicos y 109 del Estatuto del



Universidad de Cuenca.

Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Drs. Luis Heredia Moreno.- José Julio Benítez A.- Marcelo Icaza Ponce (Conjuez Permanente).

Análisis: A lo largo del siguiente trabajo he leído varias sentencias, y esta no es la excepción, al considerar que una vez producido el Silencio Administrativo, el mismo constituye un accionar procesal autónomo de ejecución, por el cual el administrado tiene la capacidad de peticionar a los órganos judiciales y exigir la ejecución de la solicitud formulada. En esta sentencia la pretensión del recurrente radica en que se rebaje la duración de su trabajo de ocho a cuatro horas, sin que en ningún momento señale que acepta voluntariamente la consecuencia inmediata a esto, que es la rebaja del sueldo que actualmente recibía.

En la presente jurisprudencia si bien surge un derecho autónomo de ejecución que puede exigirse directamente en la vía administrativa o en la vía jurisdiccional, mencionado derecho no sufre mengua ni disminución por una posterior contestación negativa del administrador, al que fue dirigida la petición inicial. Lo relevante es que se hace necesario establecer el alcance de lo que ha sido aprobado mediante el silencio administrativo, donde se hace referencia a varias líneas jurisprudenciales, cuya sala hace énfasis y menciona que en el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adoleciere de vicio de nulidad absoluta y siempre que la acción para el caso se haya dirigido a la autoridad competente. La pretensión de la recurrente es ilegal y se encuentra afectada de nulidad absoluta, puesto que no se podía aceptar, la continuación a una remuneración correspondiente a su trabajo mayor; y el rebajarle el sueldo como consecuencia normal de la rebaja de la carga horaria, constituiría un acto violatorio de los derechos del servidor público de conformidad con las leyes ecuatorianas vigentes. Lo curioso es que la actora desempeña un cargo público cuyas características de duración de la jornada y de remuneración responden



Universidad de Cuenca.

a la organización estructural de la administración, lo cual la lleva a realizar una petición arbitraria, ya que pretende modificar la organización estructural de la entidad en la que presta sus servicios, lo que nos llevaría, en caso de aceptar su petición, a caer en una resolución afectada de nulidad absoluta.

Lo mencionado nos lleva a la conclusión de que, para que opere el Silencio Administrativo, es necesario precisar el contenido de la aprobación o autorización obtenidas por este medio, y como sucede en este caso, si la pretensión no es conforme a derecho, esto constituye una limitante al Silencio Administrativo que pudo haber operado, pero ya no surtiría efecto, por el simple hecho de ser contrario a derecho, por ello se rechaza el recurso.

Sentencia dictada por la Sala De Lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema De Justicia. Con fecha 29 de mayo del 2001, dentro del juicio seguido por Carlos Alberto Ibarra Hurtado, en contra de la Directora del Servicio de Rentas Internas. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1491.

Con oportunidad de la calificación del recurso, la Sala estableció su competencia para conocer y resolver este caso, presupuesto procesal que no ha variado, por lo que, habiendo en el caso concluido el trámite establecido por la Ley para la casación, es pertinente el que se dicte sentencia, a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Es de absoluta evidencia que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción no puede presentarse en cualquier tiempo, sino únicamente dentro del término de noventa días (días hábiles) de notificada la resolución administrativa que haya causado estado y en base de la cual inicia la respectiva acción. Pero naturalmente para ello el juez tiene la necesaria obligación de establecer cuál es el acto administrativo impugnado y en qué fecha el indicado acto ha causado estado, circunstancia esta última que se da únicamente cuando la resolución administrativa de que se trata no es susceptible de recurso alguno en la vía administrativa. Ciento es que, en aplicación de lo que dispone el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado el afectado por un acto administrativo bien puede concurrir directamente ante la



Universidad de Cuenca.

jurisdicción contencioso administrativa sin agotar antes la vía administrativa; mas este es un derecho que no enerva el de poder recurrir a la vía administrativa, si ese es su interés, en la esperanza de en ella lograr el reconocimiento de sus derechos presuntamente violados. En el caso, es evidente también que el origen del reclamo se encuentra en el hecho de un pago como indemnización, inferior al que considera tener derecho el actor, mas no es menos cierto que en ejercicio de sus plenas facultades, bien podía concurrir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa con el correspondiente reclamo para que, reconociéndose lo que en el fondo es un error de cálculo, se ordene el pago correspondiente; pero bien podía también, utilizando la vía administrativa, presentar el reclamo respectivo ante la autoridad administrativa correspondiente, con la esperanza de que, reconociéndose el error incurrido, se procediera al pago respectivo. El efecto del reclamo presentado ante la autoridad administrativa podía ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, de no ser favorable a sus pretensiones, en el término de noventa días a partir de aquél en que se recibió la respuesta y, en consecuencia, el acto administrativo había causado estado. De no recibirse la respuesta en los quince días siguientes de término de presentada la solicitud, como así ocurrió, en atención de lo que dispone el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado: "... 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 a favor del reclamante". Conforme consta de la jurisprudencia vinculante sobre el silencio administrativo establecida por esta Sala, la que está en pleno acuerdo con lo que enseña la doctrina, según la cual el silencio administrativo positivo origina un derecho autónomo que no tiene relación alguna con sus antecedentes y que, en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa. Por consiguiente, resulta contraria a esta jurisprudencia pretender, como lo hace la sentencia, que: "El silencio administrativo constituye un hecho jurídico que excluye toda declaración de voluntad, constituye simplemente una presunción de carácter legal que limita a



Universidad de Cuenca.

presumir denegatoria de la Administración, que no equivale necesariamente a una resolución administrativa; por lo tanto, el efecto que la Ley le atribuye no es de naturaleza sustancial, sino meramente procesal". El silencio administrativo negativo, que se encontró en vigencia en nuestro derecho hasta la expedición de la Ley de Modernización del Estado, que fuera publicada en el Registro oficial Nro. 349 de 31 de diciembre de 1993, en realidad consagraba una presunción que podía ser demostrada en contrario con la posterior manifestación de la autoridad administrativa; más el silencio positivo establece una presunción de derecho, a la que no afecta la posterior manifestación en contrario de la administración. Este efecto del silencio positivo consta claramente señalado en los fallos emitidos por esta Sala en los juicios Nros. 321/97, 168/98 y 169/98 que constan publicados en la Gaceta Judicial Serie XVI, Nro. 15, Pp. 4208-4212.

SEGUNDO: Habiéndose en el caso aprobado por el ministerio de la ley, como consecuencia del silencio administrativo positivo, la reclamación del recurrente, éste bien pudo, conforme lo hizo, reclamar su ejecución en la vía administrativa previamente a plantear similar reclamación en la vía contencioso administrativa. Certo es que la definición del recurso subjetivo o de plena jurisdicción incluye la existencia de una negativa, desconocimiento o no reconocimiento por el acto administrativo de que se trata, mas esta se encuentra complementada por lo establecido por otras normas legales y por la jurisprudencia que establecen como a más de los actos expresos existen actos tácitos que originan el derecho de accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa. Uno de estos actos tácitos es el que se da cuando reclamada la ejecución de lo aprobado por el silencio administrativo positivo, la administración no lo ejecuta y entonces surge la facultad del reclamante para acudir ante la vía contencioso administrativa, solicitando se disponga su ejecución.

TERCERO: Establecido el derecho que tenía el reclamante en aplicación de lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con lo señalado en el Art. 38 del mismo cuerpo legal, es preciso determinar si se produjo o no la alegada caducidad del derecho para reclamar en tal vía por



Universidad de Cuenca.

la oportunidad o no del reclamo. Aparece claramente que se presentó una reclamación ante el Director del Servicio de Rentas Internas y consta que ésta no tuvo respuesta, por lo que es evidente que a partir del 14 de diciembre de 1998, en aplicación de lo que dispone el Art. 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se consideraba como aprobada la solicitud por haber transcurrido más de sesenta días plazo desde que se presentó la reclamación correspondiente. Sin embargo, el plazo establecido por la norma mencionada ha sido impugnado por la doctrina en atención a que mediante una norma estatutaria de evidente inferioridad ontológica, se pretende establecer un plazo especial para que opere el silencio administrativo que modificaría el general establecido por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que señala será de quince días, "... salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto", y, como dijimos antes, el artículo del Estatuto no es una norma legal. En apoyo de esta tesis aparece el hecho de que la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana dispone en el Art. 13 que a continuación del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado se agregue uno que dirá: "La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva", norma de convalidación que demuestra la juridicidad de la tesis según la cual, antes de esta norma, la disposición del Estatuto que reformaba el término de quince días para que opere el silencio administrativo no tenía valor jurídico. De allí que, cree la Sala que debe considerarse para los casos anteriores al 18 de agosto de 2000, fecha de expedición de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, el término de quince días para que opere el silencio administrativo y no otro. En consecuencia, habiéndose presentado la reclamación el 14 de diciembre de 1998, los quince días de término que se tenía para dar la contestación oportuna concluyeron el 5 de enero de 1999, por lo que a partir del 6 de enero empezó a decir el término que tenía el actor para solicitar en cualquiera de las vías la ejecución de lo aprobado por el ministerio de la ley, por haber operado el silencio administrativo positivo; y consta que el 8 de marzo de 1999 presentó la correspondiente solicitud en la vía administrativa sin obtener respuesta hasta el



Universidad de Cuenca.

13 de abril de 1999, pero evidentemente aún no habían transcurrido los noventa días de término para el accionar correspondiente. Pero es más, aún si no se considera la presentación de la solicitud administrativa tendente a que se ejecute lo aprobado por el ministerio de la ley, entre el 5 de enero de 1999 y el 13 de abril de 1999 es de toda evidencia que no transcurrieron los noventa días de término que tenía el actor para deducir la correspondiente acción contencioso administrativa. Aún más, en el supuesto no aceptable de que hubiera tenido a esa fecha plena vigencia la normatividad del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sobre los sesenta días para que tenga su efecto el silencio administrativo positivo, sería todavía más evidente que no transcurrieron los noventa días de término que tenía para deducir la acción contencioso administrativa. De lo anterior se evidencia con absoluta claridad que en ningún caso se produjo la caducidad declarada en la sentencia, resultando así mismo evidente en la sentencia la indebida aplicación del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como absolutamente errónea interpretación, abiertamente contraria a la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia, respecto del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado; todo lo cual lleva a considerar a la Sala que el recurso planteado tiene pleno fundamento, debiendo en consecuencia casarse la sentencia del inferior y dictarse la que en su lugar corresponda.

CUARTO: Conforme enseña la doctrina y lo ha consagrado la jurisprudencia obligatoria de esta Sala, la aprobación por el ministerio de la Ley debido al silencio administrativo positivo, origina un derecho autónomo que nada tiene que ver con los antecedentes del caso y al que de ninguna manera afecta una resolución posterior en contrario. Concomitantemente con lo antes señalado, habiéndose aprobado la reclamación presentada por el recurrente como consecuencia del silencio administrativo del Servicio de Rentas Internas, sucesor en derecho de la extinguida Dirección General de Rentas, lo procedente es ordenar el pago de los valores reclamados. Sin embargo aún es necesario establecer otro presupuesto procesal para llegar a concluir sobre el alcance que la aprobación por el silencio administrativo positivo ha tenido en



Universidad de Cuenca.

el caso. Conforme ha venido señalando reiterativamente esta Sala en la materia, ha hecho suya la hipótesis según la cual, mediante el silencio administrativo positivo se puede adquirir todo aquello que se ha reclamado con la sola salvedad de que lo que se reclama no habría estado afectado por el vicio de nulidad absoluta, de haber sido aceptada expresamente la reclamación. La aplicación de la doctrina antes señalada nos lleva al siguiente análisis.

QUINTO: La condición de chofer del reclamante no tiene trascendencia procesal en el caso para establecer la competencia, pues lo que éste reclama no es el resultado de las relaciones laborales mantenidas entre el actor y el Estado, sino la impugnación de un acto administrativo tácito, mediante el cual se le negaba el pago de una diferencia que a su criterio era acreedor en cumplimiento de la disposición legal que estableció la forma de indemnizar a los ex funcionarios y trabajadores de la Dirección General de Rentas y que no había sido aplicada en la liquidación practicada en su favor; así pues la competencia del Tribunal y de la jurisdicción contencioso administrativa en el caso es evidente. Por otra parte, como dijimos antes, la impugnación se hace respecto de un acto administrativo tácito originado en el silencio del SRI, que por otra parte, conforme a las disposiciones legales pertinentes, es el sucesor en derecho de la extinguida Dirección General de Rentas (Disposición Transitoria Primera de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Registro Oficial Nro. 206 de 2 diciembre de 1997). En consecuencia, resulta inaceptable que en el caso se haya dado la ilegitimidad de personería jurídica alegada. Y en cuanto a la caducidad, se ha analizado extensamente el asunto hasta establecer que ella no ha ocurrido en el presente caso.

SEXTO: La Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, en la Disposición Transitoria Segunda establece en el inciso primero que: "Los funcionarios y empleados de la actual Dirección General de Rentas, que no sean seleccionados para incorporarse al Servicio de Rentas Internas...", serán indemnizados, determinando en el inciso segundo que: "Para efectos del pago de la indemnización serán tomados en cuenta todos los servidores de la



Universidad de Cuenca.

Dirección General de Rentas incluidos aquellos que se refiere el Art. 125 de la Ley de Régimen Tributario Interno", norma esta última que se refiere a los funcionarios de libre nombramiento y remoción de dicha Dirección General.

De la disposición antes transcrita, aparece con absoluta claridad que, al referirse a "todos los servidores", se incluía a quienes prestaban sus servicios en calidad de trabajadores de la entidad. El análisis anterior nos lleva a la evidente conclusión de que, de haber aceptado el petitorio del actor en su integridad, la Directora del Servicio de Rentas Internas no habría obrado en ningún momento en contra de normas legales, y, en consecuencia, su aceptación al pedido, no hubiera originado nulidad, lo que nos lleva a la evidente conclusión de que el petitorio del recurrente fue aprobado por el ministerio de la Ley gracias al silencio administrativo positivo en su integridad, por lo que, en consecuencia, corresponde a esta Sala disponer su inmediata ejecución. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida, aceptándose la demanda y disponiendo que, en el término de ocho días, la Directora General del Servicio de Rentas Internas proceda a pagar al actor, Carlos Alberto Ibarra Hurtado, la diferencia reclamada entre lo recibido y lo que debe recibir por concepto de indemnización en su calidad de su ex servidor de la Dirección General de Rentas, en aplicación de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Creación de Servicio de Rentas Internas. Al efecto, en el término de tres días se practicará la respectiva liquidación, la que será puesta en conocimiento del recurrente a fin de que la apruebe u observe. En caso de mora en el pago, el Servicio de Rentas Internas pagará al actor el máximo interés establecido conforme a derecho para el caso de mora. Se advierte al Tribunal Inferior de su obligación de atenerse a la jurisprudencia obligatoria y vinculante expedida por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cuyo incumplimiento occasionaría la sanción establecida en el inciso segundo del Art. 18 de la Ley de Casación. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f) Drs. José Julio Benítez A.- Luis Heredia Moreno.- Héctor Romero Parducci.



Análisis: El origen de la siguiente sentencia radica en un reclamo sobre un pago como indemnización, el cual es inferior al que considera tener derecho el actor, el mismo que podía concurrir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa con el correspondiente reclamo con el fin de que se ordene el pago correspondiente; pero también pudo haber utilizado la vía administrativa, para presentar el reclamo respectivo ante la autoridad administrativa correspondiente, con el fin de que se le reconociéndose el error incurrido y así se procediera al pago respectivo. Una vez reconocido el derecho que tenía el reclamante a su favor, conforme lo establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con lo señalado en el Art. 38 del mismo cuerpo legal, es preciso determinar si se produjo o no la alegada caducidad del derecho para reclamar en tal vía por la oportunidad o no del reclamo, donde la sala consideraba como aprobada la solicitud por haber transcurrido más de sesenta días plazo desde que se presentó la reclamación correspondiente según el ERJAFE. Sin embargo, el plazo establecido por la norma mencionada ha sido impugnado por la doctrina en atención a que mediante una norma estatutaria de evidente inferioridad ontológica, se pretende establecer un plazo especial para que opere el silencio administrativo que modificaría el general establecido por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que señala será de quince días, "... salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto", pero la sala hace énfasis a que el artículo del Estatuto no es una norma legal.

Durante el proceso se determina que no habían transcurrido los noventa días que tenía el actor para deducir la correspondiente acción contencioso administrativa, por lo que determinan que en ningún caso se produjo la caducidad declarada en la sentencia. Una vez aprobada la reclamación presentada por el recurrente como consecuencia del Silencio Administrativo del Servicio de Rentas Internas, sucesor en derecho de la extinguida Dirección General de Rentas, lo procedente es ordenar el pago de los valores reclamados, pero también se hace necesario, -al igual que en el análisis de la anterior sentencia- establecer otro presupuesto procesal para llegar a concluir



Universidad de Cuenca.

sobre el alcance que la aprobación por el silencio administrativo positivo ha tenido en este caso.

El análisis efectuado por la sala es que lo que reclama el recurrente es la impugnación de un acto administrativo tácito, mediante el cual se le negaba el pago de una diferencia que a su criterio era acreedor en cumplimiento de la disposición legal que estableció la forma de indemnizar a los ex funcionarios y trabajadores de la Dirección General de Rentas y que no había sido aplicada en la liquidación practicada en su favor. De haber aceptado el petitorio del actor en su integridad, la Directora del Servicio de Rentas Internas no habría obrado en ningún momento en contra de normas legales, y su aceptación al pedido, no hubiera originado nulidad, lo que le llevó a la sala a la conclusión de que el petitorio del recurrente fue aprobado por el ministerio de la ley gracias al silencio administrativo positivo en su integridad, motivos por los cuales se casa la sentencia recurrida, disponiendo que se proceda a pagar al actor.

Sentencia dictada por la Sala Especializada De Lo Fiscal, de la Corte Suprema De Justicia. Con fecha 16 de junio del 2003, dentro del juicio seguido por Guido Gualberto Saltos Martínez, Presidente y representante legal de la Compañía CARO S.A en contra del Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Ecuatoriana de Quito. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 4018.

Habiéndose negado el recurso se propuso el de hecho, el cual fue aceptado dándose curso a la casación. La Administración evacuó la correspondiente contestación el 20 de diciembre del 2002 y pedidos los autos para resolver se considera:

PRIMERO: Esta Sala es competente para conocer el recurso en conformidad al Art. 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: La Empresa fundamenta el recurso en las causales 1a. y 5a. del Art. 3 de la Ley de Casación y alega que al expedirse el fallo se han infringido los incisos tercero y cuarto del Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas; el inciso segundo del Art. 73 de la propia Ley en concordancia con el 9; la Nota Editorial del ítem arancelario 8802.12.00.00 referente al ICE aeronaves, y los artículos



Universidad de Cuenca.

71 y 74 de la Ley de Régimen Tributario Interno Sustenta que en la sentencia impugnada en forma equivocada se reconoce que se produjo el silencio administrativo, pese a lo cual no se acepta que exista pago indebido; que en el DUI de reexportación 99.60.0279.3 de 11 de agosto de 1999 debieron reliquidarse exclusivamente los derechos arancelarios y no los tributos relativos al FONDINFA, Salvaguardia e ICE, según se ha hecho; que no cabe aceptar el criterio del fallo, que se dice se ha aplicado en otros casos, de que aunque se haya producido el silencio, es necesario demostrar que existe pago indebido; que en caso de reexportación los únicos tributos que deben liquidarse son los derechos arancelarios, pues, el IVA y el ICE se causan únicamente cuando las mercaderías son destinadas al consumo; que la depreciación señalada en la sentencia se aplica al impuesto a la renta más, para el caso que se discute se aplica una rebaja proporcional de acuerdo al tiempo de permanencia del bien importado en forma temporal. La Administración, en el mencionado escrito de contestación de 20 de diciembre del 2002 asevera que la Empresa se ha limitado en el recurso interpuesto a señalar en forma genérica las causales 1a. y 5a. del Art. 3 de la Ley de Casación; en caso de reexportación de mercaderías importadas temporalmente, los impuestos causados deberán calcularse sobre el valor depreciado del bien; que la liquidación de tributos realizada es la correcta; que no cabe dejar de considerar en el caso los impuestos de FODINFA, ICE Y SALVAGUARDIA.

TERCERO: A menester afrontar dos cuestiones, la una referente a si se ha producido silencio administrativo positivo y la segunda referente a la legalidad de la liquidación para la reexportación del bien importado y si procede la devolución de lo satisfecho en exceso. La Empresa al concretar su pretensión, fojas 8 de los autos sustenta que se ha producido silencio administrativo positivo a su favor y, subsidiariamente, para el inopinado caso que no se acepte el silencio, pide se reconozca la ilegalidad de la Resolución de 21 de julio del 2000 y que en consecuencia se declare que no ha lugar al pago de los derechos de Salvaguardia, FODINFA y del ICE. En los dos supuestos, del



silencio o de la ilegalidad, solicita la devolución de lo indebidamente pagado con los intereses respectivos.

CUARTO: El 7 de septiembre de 1999 la Empresa en conocimiento de la liquidación practicada para la reexportación, la impugna mediante la correspondiente reclamación presentada ante el Gerente Distrital de la Corporación Aduanera Ecuatoriana de Quito, quien expide la Resolución de 21 de julio del 2000, notificada el 27 de los propios mes y año en la que la niega. Entre el 7 de septiembre de 1999 y el 27 de julio del 2000, transcurrieron con exceso los treinta días previstos en el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas, cuyos incisos tercero y cuarto pertinentes al caso, dicen a la letra; "La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo. La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado efecto". El énfasis es nuestro. Esta disposición difiere, más, prevalece sobre la que obra en el inciso segundo del Art. 127 del Código Tributario que dice: "En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar Resolución expresa...". Ocurrido el silencio la pretensión que consigna la Empresa en la reclamación, fojas 17 de los autos y que por ende se acepta tácita y favorablemente es de que no se cobre los derechos de salvaguardia, FONDINFA e ICE. El énfasis es nuestro. De lo expuesto, además, se infiere que la Resolución de 21 de julio del 2000 carece de valor.

QUINTO: Con posterioridad a que se presentara la reclamación de 7 de septiembre de 1999, la Empresa, el 13 de abril del 2000, fojas 78 de los autos, satisfizo los derechos arancelarios, entre ellos, valores correspondientes a Salvaguardia, FONDINFA e ICE objeto de la discrepancia y cuya devolución solicita. Sin tal pago no habría podido efectuarse la reexportación autorizada por la propia Administración, fojas 83 de los autos. Se trata, por tanto, de un pago excesivo cuya ilegitimidad se encontraba resuelta a favor de la Empresa por haberse producido el silencio administrativo aludido en el Considerando que antecede. De lo expuesto se infiere que no incumbe en esta sede decidir el



tema de fondo, pues, el mismo se encuentra definido con la aceptación tácita mencionada. En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia expedida el 16 de octubre del 2002 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y reconoce que habiéndose producido aceptación tácita a favor de la empresa actora, debe devolvérsele con los intereses respectivos, los valores satisfechos en concepto de Salvaguardia, FODINFA e ICE. Consecuentemente se deja sin efecto la Resolución de 21 de julio de 2000 indicada. Notifíquese, publíquese, devuélvase.

f) Drs. Alfredo Contreras Villavicencio. José Vicente Troya Jaramillo. Hernán Quevedo Terán.

Análisis: En la siguiente sentencia el recurrente tiene como pretensión la devolución de un pago indebido correspondientes a Salvaguardia, FONDINFA e ICE. La sala se centra en dos puntos, uno referente a si se ha producido silencio administrativo positivo y la segunda referente a la legalidad de la liquidación para la reexportación del bien importado y si procede la devolución de lo satisfecho en exceso. La Empresa sustenta que se ha producido silencio administrativo positivo a su favor y, además solicita que se reconozca la ilegalidad de la Resolución de 21 de julio del 2000 y que en consecuencia se declare que no ha lugar al pago de los derechos de Salvaguardia, FODINFA y del ICE. Tomando en consideración todas las fechas donde produjo la impugnación correspondiente y una vez notificada la misma, y además lo establecido en el Art. 77 de la Ley Orgánica De Aduanas, se determina que se produce la aceptación tácita del reclamo, el cual se acepta favorablemente que no se cobre los derechos de salvaguardia, FONDINFA e ICE, y además que se infiere que la Resolución de 21 de julio del 2000 carece de valor.

Por lo tanto la sala da razón a la empresa, el cual si pagó valores arancelarios correspondientes a Salvaguardia, FONDINFA e ICE cuya devolución solicita, donde determinan que se trata de un pago excesivo cuya ilegitimidad se



Universidad de Cuenca.

encontraba resuelta a favor de la Empresa por haberse producido el silencio administrativo. Motivos por lo que se casa la sentencia y reconoce que habiéndose producido aceptación tácita a favor de la empresa actora, debe devolversele con los intereses respectivos, los valores satisfechos en concepto de Salvaguardia, FODINFA e ICE.



CAPÍTULO IV: RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS.

Para finalizar el presente trabajo, he dejado el último capítulo para realizar algunas sugerencias y recomendaciones, a cerca de la efectividad del Silencio Administrativo, nos preguntamos si en realidad es un derecho de inmediata aplicación, o necesitamos que sea declarado, por lo que requeriríamos cambiar el efecto del mismo.

Si bien nosotros tenemos el marco normativo aparentemente suficiente, contemplado en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, donde se concede el efecto positivo, sin embargo, mencionada Ley no es suficientemente completa y clara, ni tampoco determina formas de cómputos de los plazos para hacer efectivo el derecho que se origina a causa del Silencio Administrativo.

Es necesario recomendar la expedición una Ley de Silencio Administrativo, en la cual se le dé el carácter de ejecutiva por sí sola a la certificación que da el funcionario con respecto de que el tiempo ha transcurrido y por lo tanto ha operado el silencio, para que solamente por ejemplo sea un notario, quién le de ese valor, y no se requiera de una declaración judicial posterior.

En la misma Ley además se podría contemplar que no sea necesaria mencionada certificación donde el funcionario competente determine que han transcurrido más de los 15 días y por lo tanto ha operado el silencio, sino que se debería plantear que una vez transcurrido el tiempo por sí solo, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, sino solo con este requisito – transcurso del tiempo- ya se debería habilitar para que el derecho que surge como consecuencia del Silencio Administrativo sea de inmediata aplicación y tenga los mismos efectos que una sentencia. En el caso de que se requieran medios de prueba, sugeriríamos que por ejemplo, solo con la presentación del



Universidad de Cuenca.

documento en el que conste la fe de presentación con la fecha, basten para el reconocimiento de haber operado el silencio.

De esta manera si sería un derecho de inmediata aplicación por la razón de que al estar contemplado en una Ley el efecto de que ya opera por sí solo, ya le estamos dando el carácter de ejecutividad inmediata, y ya no requeriríamos de una declaración judicial posterior. Con lo mencionado podemos decir, que lo que se le daría al los procedimientos administrativos, sujetos a Silencio Administrativo positivo es una aprobación automática, siempre de que haya vencido el plazo expresamente establecido.

Inclusive se puede sugerir que para los casos en que la administración no hubiera dado un pronunciamiento de lo solicitado, sean los administrados quienes puedan presentar una declaración juramentada ante el notario, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la administración, constituyendo la recepción de dicho documento, prueba suficiente sobre la solicitud o petición requerida.

Otra barbaridad es que a la hora de pedir la certificación, el funcionario que la otorga queda completamente desprotegido. El hecho de conferir mencionada certificación, implica su destitución y además certificar que ha cometido un ilícito que debe ser sancionado por los jueces con jurisdicción penal, lo cual resulta absurdo no solo porque ello implica autoinculparse sino porque además atenta contra su derecho a la defensa reconocido constitucionalmente, mediante el cual nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo. Por ello este requisito debería eliminarse por completo, porque en cualquier caso, como manifiesta Ramón Parada, esta presión sobre los funcionarios sólo podía tener sentido, si en manos de éstos estuviera la potestad de resolver los expedientes, como la justicia está en manos de los jueces. Pero no es así, porque en nuestro ordenamiento jurídico las autoridades de Alcaldes, Concejales, Prefectos, Ministros, Rectores de Universidades, etc., por no ser funcionarios en sentido técnico, no se les atribuye ninguna responsabilidad disciplinaria, ni si quiera la remoción del puesto de trabajo, por lo que al final esta regulación en realidad no sirve de mucho sino para atentar contra los



Universidad de Cuenca.

derechos del funcionario que no dio la certificación, lo cual constituye un absurdo jurídico.

Por otra parte, también debería ser posible que a través de una Acción Constitucional de Protección se pueda habilitar el reconocimiento de este derecho nacido por causa del Silencio Administrativo. Sabemos que la Acción de Protección constituye uno de los medios más eficaces de control de constitucionalidad, a través de ésta se requiere a las autoridades la adopción de medidas urgentes con el fin de evitar las consecuencias de una acción u omisión ilegítimos emanados de una autoridad pública, que viole o pueda violar derechos consagrados en nuestra Constitución.

Si conforme a lo mencionado en capítulos precedentes, el Silencio Administrativo Positivo configura a favor del peticionario un derecho que es de cumplimiento obligatorio para la autoridad destinataria, que da lugar a un acto administrativo presunto, en el supuesto de que la administración no proceda a dar cumplimiento, es decir, no ejecute el acto como tal, pues caería en una omisión ilegitima, porque está dejando de hacer algo que se encontraba obligada a hacerlo, es decir, al no haber la administración ejecutado el acto de contenido favorable que se ha generado, sin duda se ha producido una omisión ilegítima de autoridad pública, que afecta el Derecho de Petición consagrado en nuestra Constitución, por todo esto la Acción de Protección sería completamente procedente con el fin de remediar las consecuencias, claro está que deberían justificarse ciertos requisitos para su procedencia.

En la práctica los jueces no admiten a trámite éstas acciones, porque se basan en que existe otra vía que es la Contenciosa Administrativa. Debería habilitarse el mecanismo para que el juez Constitucional sea quién garantice este derecho, reconociendo el derecho que tienen las personas de presentar quejas y peticiones y ser atendidos debidamente, para que de esta manera el ejercicio de este derecho pueda ser inmediatamente ejecutado.

En definitiva, es necesaria una Ley que regule toda la figura del Silencio Administrativo, para que exista un solo cuerpo normativo donde se regulen, la procedencia, procedimientos, requisitos, responsabilidades, los plazos,



Universidad de Cuenca.

suspensión de los mismos, etc., para que así el administrado pueda hacer efectivo su derecho y acceder con más facilidad, y sobre todo para que no existan pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios por parte de nuestros jueces de tan alta jerarquía.



Conclusiones.

En base a la investigación realizada en los diferentes capítulos del presente trabajo y a los diferentes análisis jurisprudenciales, consideramos las siguientes conclusiones:

- a) El Silencio Administrativo, tiene como antecedente y sustento el Derecho de Petición, el mismo que surge como un límite al ejercicio arbitrario de la administración pública y radica en la necesidad de proteger los derechos de los administrados.
- b) El tiempo en que las solicitudes o peticiones deben ser contestadas, se encuentra fijado por la Ley respectiva, donde la contestación negativa posterior por parte de la autoridad pública no tiene ningún efecto jurídico, que menoscabe el derecho que se ha generado como consecuencia del Silencio Administrativo.
- c) Según el efecto que la Ley le dé a la inactividad administrativa ante las solicitudes efectuadas por los administrados, pueden ser estimatorias o desestimatorias – positivo o negativo-,
- d) El positivo se da cuando una vez transcurrido el tiempo determinado en la ley, la petición se entiende aceptada a favor de administrado; mientras el negativo, se da cuando pasado un cierto plazo sin que la administración se pronuncie expresamente, la Ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, se dice que el contenido que se le asigna tiene efectos procesales, esto es, permitir al administrado que mencionada negativa pueda ser impugnada ante los órganos jurisdiccionales competentes.
- e) El Silencio Administrativo da lugar a un acto presunto de la administración, emanada de autoridad pública en ejercicio de potestades administrativas, en virtud del cual en base al tiempo que la Ley establece para que se dé contestación a la solicitud, se debe entender que la misma ha sido resuelta favorablemente.



- f) Es la Ley de Modernización la que preceptúa el término general dentro del cual la autoridad debe dar contestación a la solicitud, salvo que una Ley expresamente establezca un término diferente.
- g) También he llegado a la conclusión de que no basta con cumplir la obligación de contestación dentro del tiempo por parte de la administración, sino que además se realice la notificación dentro del mismo período.
- h) El Silencio Administrativo da lugar a un derecho autónomo e independiente, que nada tiene que ver con los antecedentes.
- i) La acción que se genera es de ejecución y no de conocimiento, por lo que no se puede interponer recurso de casación.
- j) El proceso de ejecución procede siempre que lo ganado por silencio sea conforme a derecho.
- k) Son los tribunales distritales de Contencioso Administrativo, quienes tienen competencia para conocer y resolver las acciones destinadas a obtener el cumplimiento del derecho adquirido como consecuencia del Silencio Administrativo, cuyas resoluciones deben de ser motivadas.
- l) No tiene cabida acogerse al Silencio Administrativo Positivo, en materia contractual, puesto que la relación se rige según lo acordado entre las partes, en pro de la autonomía de la voluntad.
- m) Uno de los límites del Silencio Administrativo se basa en la nulidad absoluta o de pleno derecho que podría aceptar al acto presunto que lo origina.
- n) No opera el Silencio Administrativo, cuando al causarse este se ha afectado el interés público.
- o) Es evidente que no tenemos un marco jurídico único, completo, coherente y claro para tratar la figura del Silencio Administrativo en las diferentes instituciones públicas.
- p) Es una lástima que siendo la Corte Nacional, de tan alta jerarquía, todavía sigan emitiendo pronunciamientos contradictorios, donde no se le proporcione seguridad jurídica a los administrados y a la misma administración pública. Sin embargo, se ha avanzado con respecto de que algunos jueces de los Tribunales y Salas de lo Contencioso



Universidad de Cuenca.

Administrativo, no han dejado de administrar justicia por falta o ausencia de normas que regulen alguna situación referente a la figura del Silencio Administrativo, sino más bien han coadyuvado a que existan buenas jurisprudencias obligatorias que sirvan como referencias para cualquier caso en concreto.



Bibliografía:

- Benalcázar, J.C. (2011). *La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo*. Ciudad de México, México: Editorial liber iuris novum.
- Cordero, P. (2009). *El Silencio Administrativo*. Quito, Ecuador: Editorial El Conejo.
- García de Enterría, E. & Ramón, T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid, España: Editorial SL Civitas.
- Garrido, F. (2012). *Tratado de derecho administrativo I*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- García, M. (Febrero de 2014). El Silencio Administrativo en España. *Misión Jurídica, Revista De Derecho y Ciencias Sociales*, pp.57-83.
- Huapaya, R. (2008). *Administración Pública, Derecho Administrativo y regulación*. Lima, Perú: Editorial Ara.
- Parada, R. (2015). *Derecho Administrativo I*. Madrid, España: Editorial Open Ediciones Universitarias.
- Robalino, J. s.f. El Silencio Administrativo Positivo. *Sección Libre Breves Apuntes*. Recuperado de http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_silencio_administrativo_positivobrevesapuntes.pdf
- Corte Nacional de Justicia. (2010). *Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo*. Recuperado de: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2010/enero_2010.pdf
- Corte Nacional de Justicia, 321-1997. Sala de lo Contencioso Administrativo. 10 de diciembre de 1997.



Universidad de Cuenca.

Corte Nacional de Justicia, 266-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo.
14 de enero de 2010.

Corte Nacional de Justicia, 168-1998. Sala de lo Contencioso Administrativo.
21 de junio de 1999.

Corte Nacional de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12.
Página 4018. Sala especializada de lo Fiscal. 16 de junio del 2003.

Corte Nacional de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11.
Página 3660. Sala de lo Contencioso Administrativo. 21 de agosto del 2002.

Corte Nacional de Justicia. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página
1491. Sala de lo Contencioso Administrativo. 29 de mayo del 2001.

Ley N° 29060. (2007). *Ley de Silencio Administrativo*. Lima, Perú. Recuperado
de: <http://www.munlima.gob.pe/images/descargas/licencias-de-funcionamiento/legislacion/6-LEY-N-29060-DE-SILENCIO-ADMINISTRATIVO.pdf>

BOE. (1978). *Constitución Española*. Madrid, España. Recuperado de:
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

BOE. (1992). *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico De Las Administraciones Públicas Y Del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, España. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito, Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2002). *Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito, Ecuador. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (1993) *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada*. Quito, Ecuador. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993



Universidad de Cuenca.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2002). *Ley Orgánica De La Contraloría General Del Estado*. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2005). *Código Tributario*. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de Junio del 2005.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2015). *Código Orgánico General De Procesos*. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2016). *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso, y Gestión del Suelo*. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 790 de 5 de julio del 2016.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2001). *Ley Orgánica de Aduanas*. Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 280 de 8 de marzo de 2001.

Jurisprudencias. (2013). Fallos de Triple Reiteración de la Sala de lo Contencioso Administrativo. *Revista Judicial Derecho Ecuador*. Recuperado de: [http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/jurisprudencia/fallosde tripliceiteraciondelacortenacionaldejusticiadelocontenciosoadministrativo/2005/11/24/sala-de-lo-contencioso-administrativo-3](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/jurisprudencia/fallosdetriplereiteraciondelacortenacionaldejusticiadelocontenciosoadministrativo/2005/11/24/sala-de-lo-contencioso-administrativo-3)

Benalcázar. J.C. (2013). Vicisitudes del Silencio Administrativo. *Revista judicial Derecho Ecuador*. Recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/vicisitudes-del-silencio-administrativo>

Benalcázar. J.C. (2008). Derecho de petición y efecto legal del silencio administrativo: una solución modesta. *Revista judicial Derecho Ecuador*. Recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/vicisitudes-del-silencio-administrativo>



Universidad de Cuenca.

titucional/2005/11/24/derecho-de-peticion-y-efecto-legal-del-silencio-administrativo-una-solucion-modesta