



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

**TÍTULO: IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL
SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS
JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

MARCEL G. DEFRANC ZAMBRANO

NOMBRE DEL TUTOR:

ABG. MILTON VELÁSQUEZ DÍAZ

SAMBORONDÓN, OCTUBRE DEL 2014

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Por: Marcel G. Defranc Zambrano

Universidad Espíritu Santo - Ecuador, mdefranc@uees.edu.ec Facultad de

Derecho, Política y Desarrollo, edificio E, Universidad Espíritu

Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto estudiar la problemática que se suscita en torno a la efectiva aplicación del silencio estimatorio en nuestro país, empezando por los antecedentes que dieron origen a la configuración de esta figura, para luego entrar a dilucidar la naturaleza jurídica del mismo, los principios que lo componen, y un repaso a las distintas corrientes doctrinales. De la misma manera, identificaremos los dilemas jurídicos que revisten la figura del silencio administrativo positivo, ante lo cual expondremos la manera en que el órgano judicial ha logrado (en algunos casos y en otros no) zanjar las varias discusiones que genera el tópico, valiéndonos en este punto de un análisis jurisprudencial complejo y crítico. Finalmente, nos referiremos a los medios de ejecución judicial del silencio estimatorio y a la necesidad de reforma del marco normativo.

Palabras claves: silencio, administrativo, estimatorio, derecho, petición, acto, administrativo, ciencia, jurídica

Abstract

The purpose of this paper is to study the problems regarding the effective implementation of the positive administrative silence, starting with the background, which allowed to the implementation of this legal figure, for then to dilucidate the legal nature of it, the principles that compose it, and an overview of the various doctrinal currents. Similarly, we will identify the legal dilemmas that line the figure of the positive administrative silence, whereupon we will discuss how the court has succeeded (in some cases and not in others) to solve the various discussions this topic generates, by doing a critical and complexive jurisprudential analysis. Finally, we will refer to the process of the judicial execution of the positive administrative silence, and the need of a regulatory reform

Keywords: positive, administrative, silence, right, petition, act, legal, science, laws

1. Introducción

El silencio administrativo nace como consecuencia lógica del derecho constitucional de petición, el cual se encuentra normado en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

A su vez, el derecho de petición se encuentra reconocido en la mayoría de constituciones del mundo, como conquista de la dinámica histórico-social europea y norteamericana, sin que el núcleo central de dicho derecho revista mayores diferencias entre las distintas legislaciones.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

No obstante, la variación se da en torno al efecto que produce la falta de pronunciamiento por parte de la administración pública respecto de la petición, situación que la doctrina ha denominado como silencio administrativo, a través del cual se entiende que surge un acto administrativo presunto, o bien se abre la puerta para acceder a la sede judicial con la impugnación respectiva (Zavala Egas, 2011, pág. 512)

En efecto, este acto presunto de la administración¹, que ve su luz a inicios del siglo XX, surge como una forma de suplir la negligencia o desidia de la administración en resolver las peticiones que ante ella se formulaban, por parte de los administrados (Cera Cantillo, 2012)

Así pues, se entiende que la figura del silencio administrativo es reconocida como una garantía a favor del administrado (Palacio Hincapié, 2010), situación que a nuestro criterio prescinde del efecto que según la particularidad de la legislación del sistema le otorgue, ya sea negativo o positivo.

No obstante, pese al tiempo transcurrido la discusión del silencio administrativo no se encuentra totalmente zanjada, sino que por al contrario supone una problemática que se origina, principalmente (no únicamente), por la falta de conocimiento de las instituciones jurídicas que lo revisten, lo cual repercute en el resultado final deseado, esto es, la ejecución del silencio administrativo.

¹Se utiliza la expresión presunto, ya que no existe una expresa manifestación de voluntad de la administración pública

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Por este motivo, el presente trabajo pretende identificar el problema que supone esta ejecución del silencio administrativo en el marco normativo ecuatoriano actual y realizar una propuesta que de la pauta para una reforma procesal necesaria, no sin antes repasar las implicaciones sustanciales de esta figura jurídica, a fin de sentar las bases de lo que pretendemos edificar.

2. Metodología de la investigación

El método científico utilizado en el presente trabajo es el “inductivo-deductivo” ya que se ha partido de la generalidad, esto es, de las instituciones que reviste el silencio estimatorio, a la particularidad que supone las implicaciones procesales de su ejecución, propendiendo a contestar las interrogantes que van surgiendo conforme al desarrollo del trabajo, llegando finalmente a la conclusión de que se necesita una reforma a la normativa.

Para tales propósitos, el trabajo realiza una evocación de precedentes jurisprudenciales necesarios para verificar el tratamiento que ha dado el órgano judicial a la problemática que nos ocupa; así mismo nos hemos valido de criterios doctrinarios de autores extranjeros y nacionales.

3. Definición del silencio administrativo. Antecedente y evolución histórica en el Ecuador

Con el propósito de poder entender enteramente el concepto global del silencio administrativo, resulta imperioso traer a colación el antecedente que motivó su concepción, el cual se dio en Francia, mediante la ley s/n dictada el día 17 de julio de 1900 (Galindo Vacha, 2003, pág. 372) que en su artículo 3 señalaba:

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

“En los negocios contenciosos que no puedan ser promovidos ante el Consejo de Estado bajo la forma de recurso contra una decisión administrativa cuando transcurra el término de 4 meses sin que se haya dictado ninguna decisión, las partes pueden considerar su petición como negada y procederán ante el Consejo de Estado”

Si bien en un principio se le dio un efecto negativo al silencio de la administración, la norma facultaba al ciudadano francés a llevar su impugnación ante el órgano administrador de justicia, es decir, a judicializar su solicitud en razón de que su petición se entendía denegada, pese a no existir declaración de voluntad de la administración pública, contrariando la noción general de acto administrativo que se tenía hasta ese entonces.

La implementación del silencio administrativo, a decir del reconocido administrativista argentino Miguel Marienhoff, se dio por la *“necesidad de que los derechos de los administrados no quedasen fuera de la protección jurisdiccional de la justicia y no se les crease una situación de indefensión, lo que fatalmente ocurriría si la Administración Pública en lugar de resolver las peticiones de los particulares guardase silencio, pues entonces, no habiendo acto administrativo, los administrados no podrían impugnar lo que no existe y sus pretensiones quedarían de hecho desconocidas y sus derechos frustrados”* (Marienhoff, 2003)

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Por tanto, podemos resumir que el silencio administrativo es una técnica establecida por la ley ante la falta de resolución dentro del plazo en los procedimientos administrativos, mediante la cual se pueden entender estimadas (silencio positivo) o desestimadas (silencio negativo) las peticiones dirigidas a la Administración (Hernández, 2009).

En efecto, el silencio administrativo se ha concebido como una herramienta para permitir que toda pretensión del administrado sea resuelta, independientemente del resultado que la ley le asigne. Sin embargo, es parte importante del objeto de nuestro estudio repasar los posibles efectos que la normativa prevea y su consecuencia jurídica.

En el caso del Ecuador, los antecedentes del silencio, recopilados muy acertadamente en orden cronológico por el abogado Joffre Campaña Mora en su artículo académico “Sobre el Silencio Administrativo Positivo y su Aplicación a la Contraloría General del Estado”, surgen a raíz de la consagración del derecho de petición en los artículos 66 y 125 de la primera constitución republicana expedida en el año 1830.

No obstante, recién 48 años después, esto es en 1878, se estableció el derecho de los ciudadanos de obtener una respuesta por parte del Estado, sin embargo lo cual, la norma carecía de contenido que asegurara su cumplimiento.

Tuvieron que pasar varios años para que en 1945 por primera vez se estableciera un plazo máximo de 30 días para que el Estado emita pronunciamiento, salvo los casos en los que la ley determinara plazos especiales,

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

no obstante no se establecieron consecuencias derivadas del incumplimiento a tal disposición.

Básicamente, el texto constitucional del derecho de petición continuó inalterable, al menos en su esencia por varios años; sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial 338 del 18 de marzo de 1968, recogió la doctrina del silencio administrativo en su artículo 31 al indicar que *“se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial”*

Es decir, al principio la normativa ecuatoriana otorgó un efecto de voluntad presunta negativa a la falta de contestación de la administración pública, lo cual tenía como propósito allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa (Campaña Mora, 2001).

No obstante, el efecto negativo que en un inicio otorgó la normativa ecuatoriana al silencio administrativo duraría aproximadamente un cuarto de siglo, ya que la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993, cambió el paradigma impuesto hasta ese entonces al estipular un término no mayor a 15 días (salvo que alguna ley disponga un término especial) para que el funcionario resuelva la petición o reclamo de un particular, caso contrario dicha reclamación se entendería resuelta favorablemente a quien lo solicitó.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Caso distinto sucedió con el régimen tributario, ya que en el mismo Registro Oficial en la cual salió publicada la Ley de Modernización del Estado, se publicó una Ley Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno, la cual ratificaba el efecto negativo del silencio, estableciendo un plazo de 90 días a la Administración Pública Fiscal para resolver.

Sin embargo, esta dualidad de regímenes se mantendría por poco menos de 3 meses, ya que el legislador mediante la expedición de la ley No. 05 publicada en el Registro Oficial No.396 del 10 de marzo de 1994 reformó dicha disposición, otorgándole el efecto de aceptación presunta.

4. Principales discusiones sustanciales en torno al silencio administrativo

Ya lo advertía el jurista alemán Otto Mayer, a finales del siglo XIX que el Derecho Administrativo Moderno está dominado por el concepto de acto administrativo, estimación que hasta los actuales momentos continúa siendo cierta, sin perjuicio de toda la evolución que ha tenido la ciencia jurídica administrativa desde entonces; lo cual ha permitido que el acto administrativo se erija como un componente importantísimo de esta rama del derecho (Meilán, 2009). Dicho de otra manera, a lo que se refería Mayer era a la amplia concepción que se tiene del acto administrativo, siendo que no toda actuación y/u omisión de la administración debe ser catalogado como tal.

Esta primera encrucijada que supone la conceptualización de lo que se debe entender por acto administrativo, nos lleva a inquirirnos si el silencio administrativo, al ser una presunción de voluntad de la administración, pudiese ser

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

considerado como tal o no, lo cual resulta importante a fin de analizar las consecuencias jurídicas derivadas de su *status*.

Existen diferentes acepciones que se tienen del acto administrativo, sin embargo, procuraremos ser más concisos y tomar como punto de partida la definición que más creemos acertada, la cual no proviene simplemente de alguna voz autorizada del derecho en particular, sino de años de práctica jurídica alemana concentrados en la redacción del parágrafo 35 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Ley de Procedimiento Administrativo): “*acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del derecho público, con efectos inmediatos frente a terceros*”²

Concepto al cual, el tratadista Raúl Bocanegra Sierra ha añadido “*en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria*” (Bocanegra Sierra, 2012, pág. 35), situación que se ajusta perfectamente a la leve noción de acto administrativo que nos da entre líneas nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus 6 primeros artículos.

En efecto, el concepto anteriormente citado engloba, perfectamente, las condiciones formales de validez del acto administrativo, a la que muy acertadamente ha llegado la doctrina; y, es que, la mayoría de administrativistas

²Nota aparte ocupa comentar que países con similares estructuras jurídicas al nuestro han tratado de delimitar el concepto del acto administrativo en sus propia normativa, como el caso de Perú al indicar en su artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo General lo siguiente: “el procedimiento Administrativo es el conjunto de actos desarrollados en las entidades de la Administración Pública, cuyo fin es la obtención de un Acto Administrativo con relevancia jurídica, que produce efectos individuales o individualizables respecto de intereses, obligaciones o derechos de los administrados”

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

coinciden en que existen elementos subjetivos, objetivos y materiales que validan el acto.

Así tenemos que Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señalan que las condiciones subjetivas de validez se encuentran conformadas por la administración, el órgano, la competencia y la investidura del titular del órgano (García de Enterría & Ramón Fernández, 2011, pág. 592)

Respecto a los elementos objetivos, los mencionados autores han considerado a los presupuestos de hecho, fin, causa y motivo.

La condición material, la cual se encuentra configurada por el principio de legalidad, en el entendido de que este principio es la auténtica piedra angular de nuestro sistema jurídico administrativo, ya que se somete la totalidad de la actuación administrativa a la ley y al derecho (Bocanegra Sierra, 2012, pág. 90)

El principio de legalidad, como condicionante material de la validez de los actos administrativos establece que todo acto administrativo, al momento de ser dictado, debe sujecionarse y guardar perfecta armonía a la normativa previa que forma el ordenamiento jurídico.

4.1. Naturaleza del silencio administrativo estimatorio

Una vez que hemos logrado establecer el concepto del acto administrativo, así como los elementos que le dan validez al mismo, procederemos a dilucidar, la condición jurídica del silencio administrativo, en sí si este constituye, propiamente un acto administrativo. Al respecto, tenemos a bien manifestar que existen

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

criterios respetables y de verdaderas autoridades del Derecho Administrativo, en ambos orillas.

Por ejemplo, para el jurista Manuel María Diez, el silencio administrativo constituye un hecho jurídico, al cual el derecho puede otorgarle consecuencias jurídicas. Es decir, para él, el silencio es simplemente un hecho que no constituye declaración de voluntad, por consiguiente prescinde de uno de los elementos esenciales de la teorización de los actos administrativos, lo cual hace concluir que éste no constituye un acto administrativo (Diez, 1971, pág. 273). Criterio que comparte Vicenç Aguado i Cudolà en su obra *Silencio Administrativo e inactividad*.

Por otra parte, están quienes lo conceptualizan en torno al efecto asignado a la falta de pronunciamiento de la administración, condensándolo en 2 reglas:

-La estimación de una solicitud o pretensión por silencio administrativo (silencio administrativo positivo) tiene a todos los efectos, la consideración de un acto definitivo, es decir, un verdadero acto administrativo que pone fin a un procedimiento; y,

-La desestimación de una solicitud por silencio administrativo negativo se produce, por el contrario, a los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo que proceda, configurando, por tanto, una mera ficción jurídica que facilita ese acceso a las vías de recurso (Bocanegra Sierra, 2012, pág. 111)

Esta vertiente ha tenido acogida en la legislación española, por ejemplo: en una reciente sentencia dictada por el pleno del Tribunal Constitucional de España,

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

el día 10 de abril de 2014, ha señalado que cuando la Administración rechaza una petición de un particular por silencio administrativo, no existe plazo para interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que, la desestimación por silencio administrativo tiene, únicamente, los efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo que resulte procedente, a diferencia de la estimación por silencio, la cual posee los efectos de acto finalizador del procedimiento, desechando de esta manera la noción de “acto presunto de carácter desestimatorio” al cual se lo concebía, propiamente, como un acto administrativo y que se le asignaba un contenido denegatorio determinado, regresando así, a la concepción tradicional de los efectos del silencio negativo, como simple ficción procesal, reservada por el legislador para dejar expedita la vía impugnatoria procedente (NJ, 2014).

Los criterios que hemos analizado aquí, tienen argumentos válidos y respetables. No obstante, nosotros nos apartamos de la vertiente de Manuel María Díez y de Vicenç Aguado i Cudolà, ya que el sostener a rajatabla que el silencio no configura, en ningún caso un acto administrativo, desconocería la existencia de actos presuntos y tácitos, postura rígida que conllevaría de por sí a insalvables incompatibilidades con el propósito del silencio.

En sumas cuentas, y a manera de síntesis, podemos decir, con entera convicción que coincidimos con el tratadista anteriormente citado, Raúl Bocanegra Sierra, en que el silencio administrativo estimatorio, es decir, con efecto positivo, da pie al surgimiento de un acto administrativo cierto, que no puede ser resuelto posteriormente en sentido contrario por parte de la

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

administración; mientras que en el silencio administrativo denegatorio (entiéndase negativo) no se llega a la existencia real del acto, sino más bien se genera una ficción, con el único propósito de que el peticionario, pueda acudir a sede contencioso administrativa.

4.2. Principios que revisten al silencio estimatorio

Al haber conceptualizado al silencio administrativo estimatorio como un acto administrativo presunto, categorización a la que le atañe ineludiblemente el mismo régimen de los actos administrativos expesos, le invisten indudablemente iguales principios jurídicos propios de los actos expesos, como el de legitimidad y ejecutoriedad.

En este sentido, la legitimidad se refiere a la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente (Dromi, 2011, págs. 386-387). En efecto, todos los actos de derecho público, de cualquier clase que fueren, llevan impresa la presunción de su validez jurídica inmediata, sin necesidad de que lo establezca una norma expresa (Fiorini, 1976, pág. 348).

Ahora bien, las consecuencias del principio son:

a) La igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos, pues estos últimos gozan de una vigencia precaria mientras no se los revoque (en sede administrativa) o anule (en sede judicial).

b) Como la presunción no es absoluta, sino una mera presunción simple o “*iuris tantum*”, puede ser desvirtuada por el interesado, alegando o demostrando,

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

en su caso, que el acto controvierte al orden jurídico, ya en el ámbito administrativo, ya en el ámbito judicial (proceso administrativo).

c) El acto con presunción de legitimidad es exigible, debe cumplirse (Sarmiento García, 2014)

Esta presunción de legitimidad que se le da al acto administrativo otorga a la administración pública la facultad de poder ejecutar el acto, ya que por ser presuntamente legítimo, tiene obligatoriedad (Zavala Egas, 2011, pág. 387). Esta posibilidad de ejecución del acto, es la llamada ejecutoriedad; y, es consagrada por el artículo 68 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (junto al principio de legitimidad).

En sumas cuentas, la ejecutoriedad es la exigibilidad o efecto obligacional que reviste al acto administrativo, partiendo desde su condición de presuntamente válido, admitiendo la posibilidad de que la administración emplee la fuerza; prescindiendo de recurrir ante la justicia ordinaria para lograr su cumplimiento.

4.3.Revocatoria, nulidad y anulabilidad de los actos administrativos por parte de la administración pública

Como hemos señalado, el silencio administrativo estimatorio genera un acto presunto, debemos recordar que también estará sujeto al sistema de nulidad y anulabilidad de los actos expresos. Para tratar este punto hay que señalar que el Derecho Administrativo, en general realiza una diferenciación entre actos

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

anulables y actos nulos³, lo cual, se asemeja (o deriva si bien se lo quiere decir) de la clasificación civilista de nulidad absoluta y nulidad relativa.

Esta anulabilidad y nulidad de los actos se distinguen a grosso modo en la posibilidad de convalidación y al subsecuente efecto que la ley le da. En esta línea, los actos anulables no son en principio nulos, sino que se faculta a la Administración a que pueda subsanarlos a fin de que surtan, de una vez por todas, los efectos deseados. Por el contrario, los actos nulos nacen con esta calidad al existir vicios imposibles de convalidación.

No obstante, resulta imperioso aclarar que la nulidad de los actos, no es equivalente, al menos en nuestro sistema jurídico, a la inexistencia del acto administrativo, toda vez que de ambas calidades, se aprecian efectos distintos, es decir, que el acto tenga vicios de nulidad, no quiere decir que se entienda jamás dictado y que el administrado tenga la facultad de negarse a cumplirlo, sino que se le abre la posibilidad de acudir a sede jurisdiccional a impugnarlo, por cualquiera de los recursos o acciones que correspondan; y, por el contrario la figura de la inexistencia es lo equivalente a que jamás se lo dictó, es decir no existe vinculación entre la administración y el administrado, doctrina que se complementa con mecanismos de defensa procesal, como la excepción de constitucionalidad o ilegalidad (Nájera, 2004).

En consecuencia, podemos decir que en el Ecuador, impera la teoría de que “mientras no se lo declare ilegal, nulo o inconstitucional, el acto está

³ Vale referir que el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) agrega una categoría adicional, la de irregularidades no invalidantes, que se refiere a los defectos de forma que no generan la anulabilidad del acto. Artículo 372 COOTAD

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

revestido de la presunción de legitimidad” de conformidad con lo que manifestó la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, en su resolución No. 0105-2003-RA (Oyarte Martínez, 2006, pág. 103)

Esta teoría de la anulabilidad y nulidad de los actos de la administración se encuentra complementada por las formas de revocación que tiene la administración pública respecto de sus actos.

Para tales propósitos se debe primeramente mirar si el acto que se pretende revocar ha causado o no efectos en los administrados. De no ser así la administración podrá revocarlos de oficio. De igual manera si la pretensión de revocatoria se da sobre actos de gravamen (aquellos que imponen cargas a las personas) ya que ellos no afectarían derechos particulares, en la medida en que se libra de una obligación.

Si por el contrario el acto ha causado derechos en particulares, la pretensión de revocatoria podría fundarse en 2 posibilidades, la primera por razones de oportunidad, esto en consagración del principio constitucional de prevalencia del interés público; y, la segunda posibilidad es que dicha pretensión se funde en razones de legitimidad, lo cual se produciría por vicios o irregularidades que pudiesen afectar la validez del acto administrativo (Aguilar Andrade, 2010).

En este sentido, si el acto administrativo ha otorgado derechos al administrado se requerirá que la Administración realice una declaratoria de lesividad, a fin de allanar el camino, a quienes se sientan de alguna manera

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

lesionados por dicha resolución, de acudir a sede contencioso administrativa a impugnar la pretensión de la anulación del acto administrativo.

5. Ejecución material del silencio administrativo

Para su comprensión integral, la doctrina del silencio administrativo requiere un ejercicio de abstracción muy significativo que solo se puede lograr a través de un nivel alto de familiarización de las instituciones jurídicas que lo revisten, así como un importante grado de dominio específico del Derecho Administrativo.

Lo antedicho, no pretende erigirnos como grandes conocedores de la temática, por el contrario, puntualizamos el problema, a fin de propender a una concientización de que la materia necesita un análisis profundo y mucho estudio, para así lograr sentar las bases que desemboquen a futuro, en la edificación de una técnica legislativa que augure una positiva y necesaria reforma a las disposiciones que atañen al silencio administrativo.

En este sentido, uno de los principales problemas que pretendemos esclarecer a través del presente trabajo es la difícil tarea de la ejecución material del silencio administrativo positivo, dado que los abogados, así como los estudiantes que hemos estado inmersos en la práctica diaria, nos encontramos, a menudo con casos en los cuales resulta complejo lograr dicho cometido.

De hecho, es parte de la cotidianeidad que la administración pública en la mayoría de situaciones se niegue a otorgar la certificación prevista por la Ley de Modernización del Estado, lo cual conlleva a que inexorablemente se tenga que acudir a sede contencioso administrativa a solicitar su ejecución, tarea que debería

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

suponer, a la luz de la intención del legislador, un mero trámite ejecutorio, más en la realidad, termina siendo ineludiblemente la sumisión a un juicio de conocimiento.

En esta línea, salta la duda respecto a las razones por las cuales el administrado, ante la negativa de la administración en conceder dicha certificación, debe acudir a sede contencioso administrativa para solicitar su ejecución, si, como hemos visto, el acto administrativo de por sí se encuentra revestido por los principios de legitimidad, ejecutoriedad y ejecutabilidad.

De igual manera, si sostenemos la postura de que la acción necesaria para la ejecución del silencio estimatorio, es de naturaleza ejecutora, no de conocimiento, nos enfrentamos a la contradicción que supone la existencia de jurisprudencia expedida por el Tribunal de Casación. Desde ya anticipamos que a más de los criterios doctrinales que emplearemos para justificar nuestra postura, haremos una evocación bastante significativa a la jurisprudencia ecuatoriana, a efectos de verificar el tratamiento que ha dado el ente judicial a la problemática planteada.

Por lo tanto, para poder aclarar dichas dudas, conviene destacar que el silencio administrativo es generador de un acto presunto, al que se le otorgan los mismos efectos del acto expreso, lo cual crea un derecho autónomo desligado de los antecedentes de la petición. Así, la Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia) acertadamente señaló en su momento:

"El derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución (...)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" (Gaceta Judicial año XCVIII, 1997).

En similar forma, el órgano judicial supremo se ha manifestado en un sinnúmero de fallos (Gaceta Judicial año XCIX, serie XVI, No. 14, pág. 4159, 26 de enero de 1999; Gaceta Judicial año CV, serie XVII, No. 14, pág. 4796, 28 de octubre de 2003; Gaceta Judicial año CXIII, serie XVIII, No. 11, pág. 4180, 26 de enero de 2012, entre otros).

De la simple revisión de la sentencia dictada y de los fallos enumerados se pueden establecer diversos elementos que operan como efecto del silencio administrativo positivo y que detallo a continuación:

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

- El silencio administrativo configura un derecho autónomo;
- Este derecho autónomo que supone el silencio administrativo no puede verse afectado por una disposición en contrario por parte de la administración que pretenda desconocer su vigencia;
- La acción jurisdiccional no tiene por objeto que se declare el derecho (el cual se encuentra firme), sino que se ordene su ejecución ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo;
- Por tanto, el efecto positivo del silencio estimatorio supone una presunción de derecho y no de hecho, por lo cual no admite prueba en contrario.

Esta autonomía del derecho que supone la simple configuración del silencio administrativo por la omisión de la administración en responder a la petición, reviste por tanto la imposibilidad de revocación de lo que se adquirió a través de este derecho:

“El Silencio Administrativo constituye un plazo de caducidad que sanciona la negligencia administrativa y una garantía del derecho de petición a obtener una oportuna respuesta, por tanto, reviste las características de una presunción de derecho que no puede ser revocada válidamente por la administración pública, pues dicha presunción genera un verdadero derecho autónomo a favor del peticionario” (Gaceta Judicial 12, año CXIII, serie XVIII, No. 12, página 4947, 2012)

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

En este sentido, es ampliamente verificable que el silencio administrativo genera responsabilidades directas al personal que tiene a su cargo los trámites procedimentales y también a los titulares de los órganos administrativos competentes, tal como lo prescribe el propio ERJAFE en su artículo 115 (Zavala Egas, Lecciones de Derecho Administrativo, 2011, pág. 514), la misma que se encuentra complementada por la Ley de Modernización del Estado en su artículo 28 que señala la obligación de la Administración de resolver la solicitud o pedido que se le ha dirigido en un término no mayor a quince días, sin perjuicio de que existan términos distintos que prevea el ordenamiento jurídico, es decir, el art. 28 presenta un término por *default* que podría variar por otra norma jurídica en algún caso concreto.

De igual manera, cabe mencionar que el antedicho artículo expresa que de no atenderse la solicitud en el término anteriormente mencionado, el funcionario tiene la obligación (no facultad, ni opción) de extender al interesado la certificación en la que se indique el vencimiento del plazo, so pena de destitución; para que el ciudadano pueda ejercer los derechos que le corresponden.

Así mismo, se establece una sanción penal al funcionario que suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos. Estas sanciones de orden administrativo y penal, sin embargo, lejos de conminar a que los funcionarios puedan expedir sus resoluciones a tiempo; o de ser el caso, extender la respectiva certificación, ha ocasionado el efecto contrario, esto es, que la administración no extienda, en la mayoría de casos, dicha certificación, toda vez que sería una manera de aceptar, expresamente, su error y ser sujeto de sanciones. Al respecto, el tratadista

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Fernando Garrido Falla, lo sintetiza así: *“si la Administración no ha querido resolver, más difícil será exigir que lo certifique, peor aun cuando del silencio puede derivarse responsabilidad”* (Garrido Falla, 1994, pág. 82).

Menos mal, que en el actual Código Orgánico Integral Penal ya no se tipifica el entorpecimiento del correcto cauce del derecho de petición de los administrados; sin embargo, esto no augura a que la Administración, cumpla de una vez por todas con otorgar la antedicha certificación, ya que a nuestro juicio existe una mal sana interpretación de salvaguarda a los intereses del Estado que tienen quienes integran la función pública ante un potencial diferendo con los ciudadanos; así se explica por ejemplo que la Procuraduría General del Estado, comparezca siempre en todo juicio, puntualmente a los que se derivan de actuaciones manifiestamente ilegítimas de las autoridades, como un ente que busque ejercer la defensa jurídica de los funcionarios de turno, cuando lo ideal sería que censuren este tipo de actos, poniéndose del lado de los reclamantes y solicitando se ejerza la repetición ante una eventual condena.

Sin embargo, pensar en que este paradigma va a cambiar sería bastante especulativo, por lo cual el ciudadano tiene la opción de reclamar en sede contencioso administrativo la ejecución del silencio positivo.

5.1. Naturaleza del proceso judicial correspondiente

De igual manera, los citados criterios jurisprudenciales establecen que la acción que se intente, será de ejecución, no de conocimiento. No obstante, la posibilidad de judicializar esta petición de ejecución conlleva a la interrogante respecto a qué tipo de acción debe ejercerse, lo cual a priori tendría su respuesta

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

en una acción independiente de ejecución. Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reconoce solo 2 tipos de acciones jurisdiccionales, a saber, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo y el recurso de anulación u objetivo.

El primero de ellos, según reza la citada ley “*ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata*”; mientras que el recurso de anulación u objetivo tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Vale referir que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se publicó el día 18 de marzo de 1968, es decir, hace más de 46 años, cuando en el Ecuador aún no se establecía la doctrina del silencio estimatorio, sino que imperaba el silencio administrativo negativo, por lo cual ante el silencio de la administración, los peticionarios tenían la facultad de impugnar el acto presuntamente negado.

Sin embargo, como ya hemos comentado, la Ley de Modernización del Estado cambió el efecto del silencio, pero no estableció mecanismos procesales para su efectiva ejecución, situación que a nuestra manera de ver resulta necesaria, ya que la falta de certeza del procedimiento da pie a equívocos, y por ende al cometimiento de arbitrariedades.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

En esta línea, mal se puede pensar que el silencio administrativo pueda, amoldarse a uno de los 2 tipos de recursos previstos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que su propia naturaleza jurídica lo hace incompatible con la pretensión de ejecución. Así, a juicio del tratadista Jesús González Pérez, con el recurso se atacan sólo actos administrativos (González Pérez, 2002, pág. 559); es decir, este “ataque” supone la impugnación del acto y la consecuente pretensión de reconocimiento de un derecho, situación distinta a la posición del administrado que ha conseguido que el silencio opere en su favor y busca simplemente la ejecución del derecho adquirido.

No obstante, la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa reconoce implícitamente otro tipo de acciones, al señalar que el plazo para la interposición del recurso de plena jurisdicción es de 90 días que se cuentan a partir de la notificación de la resolución que se impugna; y, para el recurso objetivo, el plazo es de 3 años; mientras que otorga un plazo de cinco años para los casos de contratación pública y otros casos que sean de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, disposición que engloba, sin mencionarlo específicamente, a la acción de ejecución del silencio administrativo.

En sumas cuentas, es indudable que el funcionario tiene la obligación de extender la certificación a la que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Sin embargo, ante la mora o negativa de la administración, el ciudadano podrá solicitar su cumplimiento, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la interpretación que se le ha

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

dado a la antedicha normativa, en conjunto con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Adicionalmente, la acción de ejecución no busca legitimar el derecho que ya se configuró por silencio administrativo, sino que supone un mecanismo judicial subsidiario e imparcial, que prescinde de la voluntad de la entidad administrativa para ordenar, ya con poder jurisdiccional, el cabal respeto al derecho que le asiste al administrado, a fin de que goce de los efectos que el acto administrativo deba surtir en él; sin perjuicio de las acciones que el peticionario tiene en contra del funcionario que turbó su legítimo derecho. Concretamente, existe el derecho, lo cual no se discute, más no basta con detentarlo, sino es imprescindible ejecutarlo.

5.2. Incompatibilidades jurídicas suscitadas en torno a fallos de casación en juicios de ejecución del silencio estimatorio

Adicionalmente, una vez que hemos aclarado el criterio jurisprudencial del tipo de acción para obtener la de ejecución del silencio estimatorio, no ha escapado de nuestro entendimiento la, a priori, incompatibilidad entre la competencia de la corte de casación ecuatoriana para pronunciarse sobre estos juicios, dada su naturaleza de ejecución.

La duda gira en torno a que la Ley de Casación, señala como susceptibles de ser casadas las sentencias y autos que ponen fin a los procesos de conocimiento, por lo cual, La Corte Nacional de Justicia no sería competente para generar precedentes jurisprudenciales que diriman un juicio de ejecución.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

No obstante, basta con una simple examen a las Gacetas Judiciales a fin de observar que tanto la Corte Suprema de Justicia, en su momento, así como la actual Corte Nacional de Justicia han resuelto en innumerables fallos juicios que versan sobre la ejecución del silencio administrativo. De la revisión de vasta jurisprudencia hemos observado ciertas contrariedades que dificultan la tarea de apreciar un criterio judicial unánime, sumado a ello, el hecho de que el órgano judicial no se ha preocupado, en ciertos casos, de explicar la razón de su actuación en este tipo de juicios, que a primera vista pareciera no ser de su competencia.

Sin perjuicio de ello, también existen sentencias en que la Corte ha mencionado la problemática que aquí consideramos:

“Vale la pena recalcar que la doctrina reconoce dos clases de procesos: el de cognición dirigido a obtener la certidumbre jurídica respecto de una especial situación fáctico - jurídico para establecer la existencia del derecho y declararlo; y, el de ejecución tendiente a obtener el cumplimiento práctico del derecho, que si bien es de esa naturaleza, no se confunde con el proceso ejecutivo, reglado por el Código de Procedimiento Civil el cual es una especie de aquel. En la especie, corresponde resolver al Tribunal la aplicación y ejecución del derecho emanado del silencio administrativo positivo, pues, como queda dicho en el caso corresponde la ejecución y no el conocimiento; advirtiéndose, por tanto, que conforme se analiza la acción es de ejecución, no de conocimiento de donde fluye sin esfuerzo que no

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

hay lugar al recurso de casación tanto más si el derecho del actor se halla establecido legalmente esto es: existe el Decreto Supremo con fuerza de Ley que ordena la expropiación, la que debe ejecutarla, mediante el debido proceso la DAC y dentro del ámbito establecido, precisamente, en el mencionado Decreto Supremo” (Gaceta Judicial 1, Año CV, Serie XVIII, 2004, pág. 283)

Respecto al problema mencionado, el mismo fallo parece dar una posible solución, la cual pretende legitimar la actuación del órgano al decir:

“Sin perjuicio de lo antes señalado conviene anotar que en el proceso de ejecución del derecho adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo las dos circunstancias que se debe establecer en dicho proceso son si la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente para dejar sin efecto el acto impugnado y si lo aprobado por el silencio administrativo se halla afectado por nulidad insubsanable, asuntos ambos que son de puro derecho, por lo que el trámite de ejecución no debe tener prueba. Consiguientemente, si se alega alguno de estos asuntos hay lugar a que se conceda, únicamente respecto de ellos, el recurso de casación”.

Como podemos observar, la jurisprudencia que sí se ha ocupado de zanjar la duda respecto de la competencia de la Corte Nacional para conocer los

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

procesos de ejecución derivados del silencio estimatorio, ha reiterado expresamente la naturaleza del proceso (ejecución); y, a la vez ha declarado la susceptibilidad de casación de la sentencia, en el entendido que se den 2 circunstancias sobre las que debe versar la presentación de este recurso: i) si el pedido fue dirigido a la autoridad correspondiente; y, ii) si existen vicios de nulidad insubsanable, a las cuales nos referiremos en el siguiente título.

El criterio de esta Sala se repite en varios fallos (Gaceta Judicial, año CV, serie XVII, No. 14, página 4796; Gaceta Judicial 14, año XCIX, serie XVI, No. 14, página 4159; Gaceta Judicial 12, año CIV, serie XVII, No. 12, página 4047)

Sin embargo, lo anotado no parece satisfacer enteramente la problemática que supone el hecho de que las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional hayan resuelto en innumerables ocasiones recursos de casación relacionados con la acción de ejecución del silencio estimatorio; ni siquiera la pretendida segmentación entre la procedibilidad del recurso respecto de los elementos de “puro derecho” y no de los elementos fácticos, pues, es una manera de enfocarlo desde la funcionalidad de la casación, prescindiendo de la naturaleza propia del procedimiento y a la vez atribuyéndole cualidades propias de la esencia de los juicios de conocimiento.

Es decir, de igual manera la Sala conocerá los elementos de derecho sobre los cuales finalmente se pronunciará, aceptándolos o negándolos, ejercicio que implica la realización de valoraciones, subsumiéndolo en un juicio que resolverá los asuntos relacionados a ese derecho y no su propiamente a su ejecución,

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

A nuestro criterio el órgano judicial ha fallado al momento de dar la justificación, pues de los argumentos que ha dado, se debe sumar además el hecho de que como órgano garante de la justicia, debe aplicar los principios constitucionales, particularmente el del doble conforme.

Si la Corte Nacional se abstuviera de tramitar acciones de ejecución del silencio administrativo positivo, en virtud de la imposibilidad de casar una sentencia derivada de un juicio de ejecución, estaría coartando la garantía de defensa consagrada en el literal m, numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que reconoce a las personas el derecho a *“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*, alegación que se ajusta a la concepción del silencio estimatorio como derecho autónomo.

Inclusive, hay situaciones en las que la Corte Nacional de Justicia actúa como Corte de Apelación, como en el caso de los juicios de repetición previstos en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su artículo 73 indica: *“de la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia”*.

Como vemos el legislador ha priorizado dar estricta garantía al principio de doble conforme en aras de garantizar el derecho a la defensa, sin perjuicio de que con ello, de cierta manera, la Corte pierda su naturaleza de Tribunal de Casación.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Además, recordemos que la misma Corte Nacional conoce apelaciones en los casos de fuero de los procesados, de conformidad con las reglas dadas por el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de la Función Judicial

5.3.Límites al silencio estimatorio

Lo estimado por la Sala (en el fallo que citamos anteriormente) sin lugar a dudas guarda un gran sentido, pues mal se podría considerar que se adquiere, por silencio administrativo, derechos que contravengan el orden jurídico:

“en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que esta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo” (Gaceta Judicial 14, año CV, serie XVII, página 4796, 2003)

Si bien en un principio se consideró que el silencio producía efectos automáticos, con lo que la solicitud quedaba aprobada en sus propios términos aunque fuese contraria al ordenamiento jurídico, la interpretación de la institución, como excepcional, unida a los celos que sugería llevó a soluciones más restrictivas, postulándose con sentido común que a través del silencio positivo mal se puede conceder lo que la ley prohíbe (Gutierrez-AlvizConradi, 2011).

Así, a criterio del citado autor, existen varias corrientes jurisprudenciales que pudieran sistematizarse así:

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

a) Las que consideran que, de concurrir algún vicio material o procedimental, el acto tácito existe, pero está viciado de nulidad o anulabilidad, según la trascendencia del vicio. En cualquier caso la Administración no puede desconocerlo salvo que lo revoque por las vías previas en la Ley.

b) Las que consideran que si concurre algún vicio esencial constitutivo de nulidad de pleno Derecho, el acto tácito no llega a nacer, por lo que la Administración puede ignorarlo sin tener que acudir a la revisión de oficio.

c) Las que consideran que basta que concorra cualquier vicio manifiesto (siempre que no sea un vicio menor), aunque no sea constitutivo de nulidad de pleno Derecho para que el acto tácito no llegue a nacer. La Administración puede, por tanto, desconocer sus efectos.

Sin perjuicio de lo manifestado por el autor; y de las corrientes jurisprudenciales adoptadas por distintos órganos judiciales, a nuestro criterio, el aceptar las últimas 2 teorías equivaldría a negar, prácticamente, la vigencia del silencio administrativo estimatorio, degradándolo de la equivalente jerarquización jurídica del acto expreso, ante vicios de nulidad o anulabilidad.

Como hemos explicado anteriormente el acto presunto, reviste los mismos efectos del acto administrativo expreso, por lo cual la Administración no puede pretender el desconocimiento del contenido de ellos sin que siga la tramitación propia que se exige a los actos expresos, esto es, el procedimiento de revisión de oficio o de revocación, en el que se pueda constatar la ilegalidad del acto presunto, o que justifique las razones por las cuales es necesaria la revocación. Es de igual manera atentatorio contra la seguridad jurídica, imponer la carga de la

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

prueba de la legalidad del acto presunto al administrado que no ha obtenido respuesta a su pretensión, quien a la vez no puede verse afectado por la omisión del órgano administrativo, por la simple máxima jurídica de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza (Bocanegra Sierra, 2012, pág. 113).

Si tomáramos como cierta esta posición, se colocaría a la Administración en una mejor situación si incumpliese su deber de resolver expresamente que si lo cumple, en cuanto los actos expesos no pueden ser revisados de oficio o revocados sin procedimiento, lo cual es sin duda, totalmente absurdo (Garrido Falla & Fernández Pastrana, 2000).

En consecuencia, la teoría más idónea sería la que establece que si existiera algún vicio material o de procedimiento, se mantiene la vigencia del acto tácito; no obstante, estos vicios de nulidad o anulabilidad, según sea el caso, faculta a la administración, a revocarlos o anularlos por las vías previstas en la ley, criterio que ha parecido calar en nuestro ERJAFE, específicamente en el literal f del artículo 129 y en el artículo 130.

Respecto a lo expuesto, la Corte Nacional de Justicia ha señalado:

“(...) Esta doctrina se halla complementada con la que así mismo constituye precedente jurisprudencial obligatorio, según la cual, no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado, o si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa habría sido afectada por nulidad absoluta. (...)” (Gaceta Judicial Serie XVIII, 2002)

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Criterio al que se ha sumado también la Corte Constitucional:

“Debe tenerse en cuenta que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado tiene por intención tutelar el derecho de petición consagrado en el Art. 23 numeral 15 de la Carta Política del Estado; en virtud de esta norma constitucional, el derecho de petición no constituye el derecho a recibir siempre una respuesta positiva, sino la que es pertinente; y lo pertinente, en el ámbito jurídico, es lo conforme a derecho. Por estas razones, el efecto estimatorio del silencio administrativo establecido a favor del derecho de petición, de ningún modo puede contrariar el ordenamiento jurídico, pues habría una contradicción con la configuración y contenido mismo de aquel derecho fundamental que exige una respuesta en derecho”(Resolución de la Corte Constitucional 1110, Registro Oficial Suplemento 607, 8 de junio de 2009).

Por las razones expuestas, podemos sintetizar que sin lugar a dudas el límite del silencio administrativo está dado por el propio ordenamiento jurídico, el cual por simple lógica, no otorgaría peticiones que lo contravengan.

6. Comentarios finales

Sin perjuicio de que a lo largo del trabajo hemos expuesto nuestro criterio, nos tomamos este espacio para poder realizar una reflexión a manera de corolario y es respecto a la urgente reforma normativa a fin de que se regule el

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

procedimiento de ejecución del silencio estimatorio, dado a que hemos podido apreciar la falta de certeza que hay al momento de invocarlo.

De hecho, si nos enfrascamos en el tenor literal de la ley, no se evidencia de que existe procedimiento alguno para dicha acción; sino que se lo ha dejado como un asunto que ha tenido que ser zanjado por los Tribunales de Justicia, situación que ha ocasionado a que lejos de lo que se piensa, no exista un criterio marcado a la hora de resolver.

En efecto, es incomprensible como a estas alturas de la historia, el derecho que supone la vigencia del silencio estimatorio aún no tenga un procedimiento establecido, situación que ha repercutido en que existan casos judiciales en los cuales el órgano judicial le da un trámite de recursos subjetivos o de plena jurisdicción, desconociendo el arquetipo de la acción.

No obstante, cabe señalar que la problemática que hemos planteado, ha parecido ser también de preocupación de la legislatura, pues al momento hay en trámite un Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, en el cual se establece en su artículo 383 lo siguiente:

“Art.383.-Las acciones contencioso administrativas son las siguientes: (...)

4. Especiales: Forma también parte de la jurisdicción contencioso administrativa las siguientes acciones especiales:

a) La acción por silencio administrativo(...)”

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Hay que reseñar la importancia de que se pretenda hacer constar a la acción de silencio administrativo como lo que es, una verdadera acción procesal, y ya no dejar espacio para que se formulen criterios discordantes dentro del propio órgano judicial. De igual manera el antedicho proyecto de código en su artículo 384 señala que la vía para intentarlo, será a través del proceso sumario, con lo cual se proyecta que esta acción de ejecución tenga un trámite revestido de la celeridad que le debe asistir y que hasta el presente momento no se ha logrado.

Sin embargo, quedan en pie aún ciertos elementos que suponen una problemática a esta acción de ejecución del silencio estimatorio y a las que nos hemos referido en el presente trabajo, como es el caso de la incompatibilidad de casación en un juicio de ejecución, sin embargo, ya será cargo del órgano judicial dirimir este tipo de dilemas jurídicos, o inclusive de la propia Corte Constitucional, de seguirse los preceptos que nosotros hemos mencionado ante dicha disyuntiva.

Finalmente, nos ocupa mencionar algo que hemos aseverado a lo largo del presente trabajo y es la necesidad del estudio profundo del Derecho Administrativo, debido a que esta rama encierra figuras y abstracciones jurídicas un tanto complejas y que se encuentran concatenadas unas a otras, por lo cual deben conocerse correctamente para procurar una comprensión integral.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Andrade, J. P. (2010). *La extinción de oficio de los actos administrativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Recuperado el 5 de octubre de 2014, de Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2893/1/05-Aguilar.pdf>
- Bocanegra Sierra, R. (2012). *Lecciones sobre el Acto Administrativo* (cuarta ed.). Pamplona: Aranzandi S.A.
- Campana Mora, J. A. (Junio de 2001). *Sobre el silencio administrativo positivo y su aplicación a la Contraloría General del Estado*. Artículo Académico.
- Cera Cantillo, G. R. (2012). *Boletín de Estudios Constitucionales No. 29 de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia*. Obtenido de http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletin_29/garantia_o_limitacion.pdf
- Diez, M. M. (1971). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dromi, R. J. (2011). El acto administrativo. En J. Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (págs. 386-387). Guayaquil: Edilex S.A.
- Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Galindo Vacha, J. C. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo* (Primera ed., Vol. II). (P. U. Javeriana, Ed.) Bogotá: Colección Discentibus Auxilia N°1.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima, Bogotá: Palestra- Temis.
- Garrido Falla, F. (1994). La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 82.
- Garrido Falla, F., & Fernández Pastrana, J. M. (2000). *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas* (Tercera ed.). Madrid: Civitas.
- González Pérez, J. (2002). *Manual de Procedimiento Administrativo* (Segunda ed.). Madrid: Civitas.
- Gutierrez-AlvizConradi, L. (Noviembre de 2011). *La Toga España*. Obtenido de <http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=190212122344&nro=184&nom=Noviembre%202011%20-%20Marzo%202012>
- Hernandez, E. (2009). *Administración Pública*. Ediciones Legales.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Cuarta ed.). Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.

IMPLICACIONES PROCESALES DE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN EL ECUADOR

Meilán, J. L. (2009). El Acto Administrativo como Categoría Jurídica. *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, (pág. 369).

Nájera, A. (2004). *Repositorio de la Universidad Internacional SEK*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/123456789/243>

NJ, R. (28 de Abril de 2014). *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 2 de Octubre de 2014, de <http://noticias.juridicas.com/actual/3836-el-tc-establece-que-no-hay-plazo-para-recurrir-decisiones-desestimatorias-adoptadas-por-silencio-administrativo.html>

Oyarte Martínez, R. A. (2006). *La acción de amparo constitucional*. Quito: Cámara Ecuatoriana del Libro- Núcleo Pichincha.

Palacio Hincapié, J. Á. (2010). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Sarmiento Garcia, J. H. (15 de Abril de 2014). *Derecho Público Integral*. Recuperado el 3 de Octubre de 2014, de Centro Federal de Estudios de Derecho Público: <http://www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/04/2.14.1doctrina2.pdf>

Zavala Egas, J. (2011). *El Procedimiento Administrativo Común*. Guayaquil: Edllex S.A.

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edillex S.A.

Sentencias

Gaceta Judicial 1, Año CV, Serie XVIII, 328-2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia 10 de Noviembre de 2004).

Gaceta Judicial 12, año CXIII, serie XVIII, No. 12, página 4947, 176-2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo 6 de Agosto de 2012).

Gaceta Judicial 14, año CV, serie XVII, página 4796, 235/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo Corte Nacional de Justicia 28 de octubre de 2003).

Gaceta Judicial año XCVIII, Serie 16, No. 10, página 2716 (Sala de lo Contencioso Administrativo 10 de Diciembre de 1997).

Gaceta Judicial Serie XVIII, Juicio No. 93-2002, Resolución No. 358-2002 (25 de septiembre de 2002).

Gaceta Judicial XII, Resolución No. 186-2012, Recurso de casación No. 176-2007 (Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Distrito Quito 6 de Agosto de 2012).

Resolución de la Corte Constitucional 1110, Registro Oficial Suplemento 607, 8 de junio de 2009, 1110-2007-RA (Corte Constitucional).

Resolución del Tribunal Constitucional, 0105-2003-RA.