

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Derecho Administrativo: Problemas en el proceso de la
Ejecución del Silencio Administrativo**

CINTYA ELIZABETH ROBALINO CORONEL

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: CINTYA ELIZABETH ROBALINO CORONEL

Código: 00135778

Cédula de identidad: 0604335117

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**DERECHO ADMINISTRATIVO: PROBLEMAS EN EL PROCESO DE LA EJECUCIÓN DEL
SILENCIO ADMINISTRATIVO.¹**

**ADMINISTRATIVE LAW: PROBLEMS IN THE EXECUTE PROCESS OF ADMINISTRATIVE
SILENCE.**

Cintya Elizabeth Robalino Coronel²

robalino96coronel@gmail.com

RESUMEN:

Hay innumerables tipos de silencio, que callar podría ser considerado un idioma. En el trabajo de investigación se analizan los supuestos del Silencio Administrativo, casos de aceptación tácita, actualmente establecidos en los artículos 207 y 209 del Código Orgánico Administrativo. Con una metodología deductiva. Se analiza el proceso de ejecución y la viabilidad del proceso en vía administrativa o a su vez en vía judicial. De la misma forma se presenta una comparación de los cambios realizados, de la Ley de Modernización del Estado al Código Orgánico Administrativo, sobre el silencio administrativo positivo. Por otra parte, se habla de las falencias e irregularidades que ha cometido el Tribunal Distrital en los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo. Posteriormente, se estudia la procedencia del recurso de casación en los juicios de ejecución del silencio administrativo positivo.

Como punto final se implementan recomendaciones de cómo se debería proceder frente al problema planteado.

PALABRAS CLAVES:

Silencio administrativo, casación, ejecución, irregularidades.

ABSTRACT:

There are so many kinds of silence, which silence could be a language. This paper will seek to discuss the administrative silence, cases of tacit acceptance, currently established in Articles 207 and 209 of the Organic Administrative Code. Therefore, by means of a deductive methodology, the execute process in administrative or judicial. The paper further examines a comparison of the changes made from the Law of Modernization of the State to the Organic Administrative Code, in terms of positive administrative silence. It also talks about the shortcomings and irregularities that the District Court has committed in the execute processes of positive administrative silence.

The main objective of this paper is show if it is possible to appeal for cassation in the processes of execution of positive administrative silence. The paper concludes with a solution to the problem of how to proceed in the face of the confusion of the District Court.

KEYWORDS:

Execute process, administrative silence, cassation, irregularities.

Fecha de Lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Aguilar.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN 2. MARCO TEÓRICO 3. EL SILENCIO COMO SOLUCIÓN PARA LA NEGLIGENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN 4. SILENCIO ADMINISTRATIVO 5. NATURALEZA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO 6. CÓMO CAMBIÓ EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO AL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO 7. SEDE ADMINISTRATIVA Y SEDE JUDICIAL EN EL PROCESO DE SILENCIO ADMINISTRATIVO 8. PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN 9. RECOMENDACIONES 10. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

El silencio administrativo nace en Francia en 1864. El silencio administrativo se adopta en respuesta al derecho de petición³, derecho que fue establecido en la Constitución de 1830 sin la existencia del silencio administrativo, en 1919 se da paso para que el administrado presente impugnaciones de los actos administrativos. En 1945 se adopta el silencio administrativo negativo en la Ley de Régimen Político Administrativo⁴; en 1993 con la Ley de Modernización del Estado se establece que frente a una petición sin respuesta con un plazo de 15 días procede el silencio administrativo positivo. Finalmente, en 2018 con el Código Orgánico Administrativo se crea el silencio administrativo positivo como regla general.

En la actualidad el Código Orgánico Administrativo establece varios supuestos en cuanto al silencio administrativo positivo divididas en dos:

1) Una persona externa al Estado, denominada interesada, realiza una petición al Estado,

2) La propia administración realiza una petición dirigida hacia sí misma. La primera clasificación se encuentra en el artículo 207 o en su defecto en el artículo 209; y la segunda está establecida en el artículo 208. El presente trabajo se enfocará en la primera clasificación, es decir, solamente, en los supuestos de los artículos 207 y 209, a fin de evitar una discusión externa y no perteneciente al tema de investigación, se excluyen los supuestos del artículo 208. De la misma manera el Código Orgánico Administrativo considera al silencio administrativo positivo como acto presunto, y en el proceso de ejecución lo recalca como título de ejecución en vía judicial.

³ Sentencia de Bolivia, N° 2190/2010-R citada en “El derecho de petición y el silencio administrativo”, LegisBO, acceso 16 de noviembre de 2020, acceso en página web: <https://anconsultores.com.bo/derecho-peticion-silencio-administrativo/>.

⁴ Andrés Moreta, *El Silencio Administrativo*, (Quito: Editorial Legatité, 2020), 1-7.

En este sentido se debe mencionar que no cabe casación en procedimientos de ejecución o ejecutivos porque así lo determina la jurisprudencia, legislación⁵. De la misma forma, la Corte de Justicia ha mencionado en varios fallos⁶ que el procedimiento de ejecución y ejecutivo no son parte de los juicios de conocimiento, además se añade que el Código Orgánico General de Procesos establece que solo cabe casación en sentencias o autos que pongan fin un proceso de conocimiento.

De tal manera, el problema está que dentro de los artículos 207 y 209 existen supuestos que merecen el proceso de ejecución; pero, se considera que ciertos supuestos previstos en el fondo no son merecedores de dicho proceso. Ciertos actos deberían ser declarativos, ya que busca la declaración de un derecho, situación que es prevista dentro de los procesos de conocimiento más no de ejecución, por lo tanto, se debería optar por un procedimiento de conocimiento, dando paso a casación.

En este punto es donde se crea confusión en los Tribunales Distritales, los cuales dan paso al recurso extraordinario de casación en los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo.

El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia que cumple con los requisitos establecidos por ley. Primordialmente proceden solo en procesos que pongan fin a los procesos que buscan la declaración de un derecho, mediante la declaración de un juez. Lo que busca el recurso extraordinario de casación es revisar los razonamientos del tribunal y a su vez la legalidad de sus actos.

Del mismo modo, se recalca que a pesar del tiempo de vigencia del Código Orgánico Administrativo se observará que los tribunales cometen errores al darle trámite a lo que no lo merece u otorgarle un proceso que no corresponde y en esos casos se merece un trámite adicional; la posibilidad de acceder a una instancia superior que revise la

⁵ Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra 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.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. *Ver.*, Artículo 266, Código Orgánico General de Procesos, COGEP, Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015, reforma el 26 de junio de 2019.

⁶ *Ver.*, Sentencia 067-16-SEP-CC, Corte Constitucional, 2 de marzo de 2016; *Ver.*, Resolución N° 17-99 Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 26 de enero de 1999, p 4161; *Ver.*, Juicios N° 261-68 y 341-98, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de los Civil y Mercantil, 3 de marzo de 1999, citado en Rodrigo Jijón, “¿La casación en los juicios ejecutivos?”, *Iuris dictio revista de derecho* 1(2000).

legalidad del proceso, aunque pertenezca a un proceso de ejecución y así garantizar una sentencia justa. De tal manera en el presente trabajo se pretende analizar ¿De qué manera incide el recurso de casación en los procesos de ejecución del silencio administrativo por no ser de conocimiento, lo que atenta contra la realización de la justicia?

El presente trabajo tiene un diseño descriptivo, analítico porque existe un problema en el ámbito de la figura del silencio administrativo positivo que debe ser resuelto. De igual forma es cualitativa, ya que se analiza el marco legal en concordancia con los principios, jurisprudencia y Constitución en el cual se identifica conceptos, tipos y de esa forma se determina la aplicación e impacto.

En cuanto a la metodología se utiliza el método deductivo, analítico, pues se observa casos particulares para una generalización de la aplicación de las normas o actuar de los tribunales o jueces, se estudia de forma individual e integral; para una mejor valorización del objeto de estudio.

2. Marco Teórico

2.1. Marco Normativo

En el presente trabajo de investigación se necesita analizar la normativa por separado.

En el primer ámbito, la ley de casación establecía parámetros para el recurso extraordinario de casación⁷, en la actualidad ya derogada por el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, en su artículo 272 fija el término para la convocatoria a audiencia. En la actualidad el artículo 268 del COGEP reza las causales por la cual se debía o no interponer el recurso extraordinario y como complemento la procedencia del recurso de casación en su artículo 266. De igual forma, el artículo 270 expresaba la calificación y admisibilidad del recurso de casación. En el artículo 269 se establece el procedimiento y competencia de la Corte Nacional de Justicia. En el 273 se establece los requisitos de la sentencia y sobre los efectos de la sentencia de casación se presentan en los artículos 274 y 276. A pesar de que la normativa ha cambiado, de la ley de casación al COGEP, se

⁷ En la ley de casación se reflejaba los parámetros sobre el recurso extraordinario de casación: En su artículo 5 fijaba el término para la interposición del recurso extraordinario. En el artículo 3 de ley de casación rezan las causales por las cuales se debía o no interferir el recurso extraordinario y como complemento en el artículo 2 mencionaba la procedencia del recurso de casación. De igual forma el artículo 7 y 8 de la ley de Casación expresaba la calificación y admisibilidad del recurso de casación. *Ver.*, Ley de Casación, Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004 (Derogada por el COGEP).

mantiene el germen del surgimiento y parámetros establecidos para la interposición del recurso extraordinario de casación.

Por otro lado, el silencio administrativo nace de los derechos establecidos en el artículo 66 número 23 y artículo 76 número 7 letra I, de la Constitución de la República del Ecuador. El silencio administrativo, tiene un pequeño pronunciamiento jurídico en el Código Orgánico Administrativo; pero, mucho más amplio en comparación con la Ley de Modernización del Estado, LME, en la actualidad el Código Orgánico Administrativo, COA, comienza con el artículo 201 número 2 en el que se le da un efecto jurídico ante la inactividad de la administración; posteriormente en los artículos 207 y 209 del COA se mencionan los supuestos del silencio administrativo positivo, igualmente, en cuanto a posibles resoluciones posteriores de la configuración del silencio administrativo, el Código lo regula en el artículo 210.

El COGEP se pronuncia en cuanto al proceso del silencio administrativo por vía judicial en su artículo 370, define dicho proceso en el artículo 362, los requisitos y el trámite que se debe seguir se encuentra establecido en los artículos 142 y 327, este último reformado por el COA, instaurado en la legislación ecuatoriana.

2.2. Estado del Arte

El recurso extraordinario de casación es definido por varios autores como un medio de impugnación, cabe recalcar que se transforma en algo más técnico jurídicamente hablando, ya que se transforma en un proceso que revisa única y exclusivamente la legalidad sobre el proceso y a su vez sobre la sentencia, asegurando así una sentencia justa en el caso en concreto, que además se menciona que solo es para juicios de conocimiento.

Fernando de la Rúa recalca que es un medio de impugnación por el cual se puede llevar a revisión la sentencia y verificar los errores jurídicos que el tribunal o juez hubiera podido tener, por lo que, se reclama la correcta aplicación de la ley y como consecuencia la anulación de la sentencia, buscando una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio.⁸

Además, Calamandrei recalca que la casación tiene dos finalidades, y las cuales son totalmente diferentes a las finalidades del resto de los órganos jurisdiccionales las

⁸ Fernando De la Rúa, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Ediciones Depalma, 1991).

finalidades planteadas son: la defensa del Derecho Objetivo y la unificación de la jurisprudencia.⁹

El silencio administrativo es definido por Enterría¹⁰ y Morales¹¹ como una respuesta tácita a la petición presentada por el administrado la cual, en su origen, era por regla general negativa, y sin intención de beneficiar a la administración de su propia inactividad, se crea el silencio administrativo positivo, reemplazando la respuesta tácita negativa; en la actualidad al silencio administrativo positivo se le presenta como un acto presunto.¹² Así lo denomina el COA, lo estableció como acto presunto y ejecutable por vía de ejecución, pues es considerado título de ejecución.

Entonces, ¿cabe casación en los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo?, se debe mencionar que ha sido muy poca analizada esta cuestión, Andrés Moreta es el único autor que le dedica no más que un par de líneas al tema en específico de investigación, realizando así un análisis superficial del mismo, su teoría parte de la siguiente manera: “El artículo 207 expresa que no serán ejecutables los actos presuntos que contengan vicios invalidadables, es decir aquellos irregulares, y si no son ejecutables, entonces no son título de ejecución [...]”,¹³ posteriormente, llegando así a la misma conclusión que llegó la Corte Suprema de Justicia cuando en su fallo mencionó: “el tribunal a quo había errado en darle el trámite de ejecución a un caso que exigía un proceso diverso [...] solo son ejecutables los actos administrativos presuntos regulares derivados del Silencio administrativo [...]”¹⁴

Por otro lado, la sala de lo Fiscal¹⁵ junto con la sala de lo Contencioso Administrativo¹⁶ han manifestado su opinión sobre el tema de investigación mencionando: No cabe recurso de casación, pues el silencio administrativo positivo no consta dentro de los procesos de conocimiento e inclusive la Corte Constitucional¹⁷

⁹ Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, (Mexico: Oxford University Press, 2001).

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid: Civitas 1997)

¹¹ Marco Morales, *Manual de derecho Administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 297.

¹² *Id.*

¹³ Andrés Moreta, *El Silencio Administrativo*, 13.

¹⁴ Resolución N° 414- 2007, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 02 de octubre de 2007, p 2040.

¹⁵ Resolución N° 73-2003, Corte Suprema de Justicia del Ecuador Sala especializada de lo Fiscal, 27 de noviembre del 2003, p 19.

¹⁶ Resolución N° 17-99, p 4161.

¹⁷ Sentencia 067-16-SEP-CC, Corte Constitucional, 2 de marzo de 2016, Caso N° 1299-13-EP.

menciona de igual forma lo anterior, pero complementa diciendo que al inadmitir dichos procesos a trámite garantizan las leyes y de esa manera hacen prevalecer la normativa y entregar seguridad jurídica a los administrados evitando irregularidades.

3. El silencio como solución para la negligencia de la administración

La figura del silencio administrativo fue creada con el fin de evitar que la inactividad arbitraria por parte del Estado genere perjuicios al administrado. Los ciudadanos dentro del marco del artículo 66 número 23 de la Constitución tienen “el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. [...]”¹⁸

De tal manera la administración tiene la obligación de remitir una respuesta motivada, y el incumplimiento de esta obligación no solo crea inseguridad jurídica, sino que le impide al administrado acudir o realizar actuaciones establecidas por ley.

Pues tampoco se puede pretender que el administrado espere una respuesta indefinidamente¹⁹, ya que al no responder se podría deslindar de una responsabilidad, dilatando el proceso y evitando entregar una respuesta, si así fuera el administrado se quedaría en indefensión y el Estado no estaría cumpliendo con una de sus obligaciones constitucionales y lo deslindaría de la misma; la administración no tendría escarmiento alguno por su inactividad.

4. Silencio Administrativo

El Código Orgánico Administrativo realmente no ofrece un concepto claro del Silencio Administrativo, más bien engloba dentro de las formas de terminar un proceso administrativo reglado en el artículo 201 número 2 del Código Orgánico Administrativo. El silencio, según la Real Academia Española es “abstención de hablar”²⁰ llevando este concepto un paso adentro del marco jurídico en derecho administrativo sería la ausencia del habla del administrador, esta ausencia de habla se ve suplida por la ley.

De tal manera cuando se realiza una petición y no se obtiene respuesta de la misma, se puede obtener una respuesta positiva o negativa, de la forma mencionada es

¹⁸ Artículo 66 número 23, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial, 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁹ Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, *Compendio de Derecho Administrativo*, (México D.F: Editorial Porrúa, 1998), 276.

²⁰ “Real Academia Española: Diccionario de la lengua española”, 23.ª ed., Real Academia Española, acceso el 29 de octubre de 2020, acceso en página web: <https://dle.rae.es/silencio?m=form>

como se divide el silencio administrativo. Se observa como requisito fundamental que no exista una respuesta motivada en el plazo o término por parte de la administración.

Silencio negativo es la respuesta a una petición, la cual se entiende por respuesta de la administración de forma negativa, en un inicio se mantuvo dicho silencio como regla general. El legislador pudo notar que al permanecer esta como regla general estaba beneficiando a la administración e incitando a acumular peticiones y perjudicando al administrado, ya que una negativa en cualquier petición no cambiaba la situación en cuanto al pedido o requerimiento.

Por otro lado, se implementó el silencio administrativo positivo como regla general, ahora bien, tal como menciona Javier Robalino los efectos del silencio positivo son relevantes para el administrado y peligrosos para la administración, ya que si no actúa con la debida diligencia en el proceso respetando los términos establecidos; se produce el silencio administrativo positivo, de esta forma entregando una resolución favorable o beneficiosa hacia el administrado.²¹

4.1. Diferencia principal entre Silencio Administrativo Positivo y Silencio Administrativo Negativo

Andrés Moreta²² establece que se puede diferenciar el silencio administrativo positivo y silencio administrativo negativo en su objeto y su efecto, el primero tiene por objeto apresurar a la administración y a su vez disminuir la negligencia de los funcionarios públicos, para emitir una respuesta debidamente motivada y entregada, en los plazos o términos establecidos por ley, al administrado; por otra parte, el objeto del silencio administrativo negativo es dar paso a la interposición de un recurso contencioso administrativo.

En cuanto al efecto principal del silencio administrativo positivo es que al entenderse como un acto presunto cambia la situación jurídica del administrado porque se concibe aceptada la petición; en el silencio administrativo negativo no cambia la situación jurídica del administrado porque se concibe como negada la petición.

²¹ Javier Robalino, "Silencio administrativo positivo", *Iuris dictio revista de derecho* 1(2000),72

²² Andrés Moreta, *El Silencio Administrativo*, 13.

5. Naturaleza del Silencio Administrativo

Existen varios autores que han discutido por unos cuantos años la naturaleza del silencio administrativo, pero se quiere recalcar que este trabajo de investigación no intenta llegar a esa discusión solo se pretenderá fijar ciertos conceptos generales que lleven a la verdadera discusión de fondo.

Como primer punto, con relación a lo planteado, se procurará determinar el concepto de acto administrativo para realizar el análisis sobre el silencio administrativo siendo o no un acto administrativo y de esta manera poder responder las siguientes preguntas ¿el silencio administrativo es un acto administrativo o no? Y a su vez ¿el silencio administrativo positivo es un acto administrativo?

Así pues, ¿qué es un acto administrativo? Es la institución fundamental y como se expresa la Administración. Antes del COA no se tenía un concepto único ni en la teoría ni en las diferentes legislaciones; se podía establecer un concepto a partir de los artículos 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y 364 del Código Orgánico de Organización Territorial Autónoma y Descentralizada. En la actualidad el COA²³ en su artículo 98 establece un concepto mucho más completo y adecuado, de lo cual se extrae como idea principal que se trata de una manifestación unilateral de voluntad en ejercicio de la función administrativa que produce efectos directos individuales o generales de forma directa, se debe dejar constancia en el expediente.

La naturaleza jurídica del silencio administrativo se basa en un hecho sobre el cual la norma se pronuncia, otorgándole efectos a este hecho en el cual no interviene voluntad de las partes, y he ahí la divergencia de opiniones sobre si se considera al silencio administrativo un acto administrativo o no.

²³ Art. 98.- Acto Administrativo. - Acta administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. *Ver.*, Artículo 98 Código Orgánico Administrativo, [COA], Registro Oficial 31 de 07 de julio de 2017.

5.2. ¿Silencio Administrativo es un acto administrativo?

Tratadistas como Vicencenc Aguado²⁴ y Ramón Parada²⁵ mencionan que el silencio administrativo no se le puede considerar como un acto administrativo porque solo es la inactividad de la administración y como se estableció anteriormente es la ausencia de habla o voluntad del administrador, sin ejercer algún poder o función conferida al administrador. Gustavo Penagos aporta a lo anteriormente dicho con la mención de “no tiene los elementos propios del acto, ni los caracteres”²⁶, por lo cual y la mayoría de los tratadistas concluyen que el silencio administrativo se asemejaría más bien a un hecho administrativo y no un acto administrativo.

5.3. Silencio Administrativo Positivo como un acto administrativo

Por otro lado, qué sucede cuando esta ausencia del acto no tiene una ausencia de voluntad, porque esta ausencia de habla por parte de la administración se encuentra suplida por ley con una respuesta tácita positiva, y produce efectos jurídicos sustantivos.

En la doctrina se presenta una divergencia de opiniones, EDGAR NEIRA, menciona “[...]el silencio de efectos estimatorios da lugar al nacimiento de un verdadero acto, con carácter de presunto, al que le será aplicable la teoría general de los actos administrativos.”²⁷

Zabala Egas²⁸, desde otro punto de vista, afirma el silencio administrativo positivo es considerado un acto presunto que no presta seguridad jurídica hasta que su ejecución sea ordenada por un tribunal, en consecuencia, fracasa en la principal finalidad de un acto administrativo.

En la jurisprudencia ecuatoriana también existe una discrepancia, la Corte Nacional de Justicia cae en una contradicción, primero lo define como acto administrativo con las siguientes palabras “[...] el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos [...] se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial [...] acto administrativo

²⁴ Vincenc Aguado, *Silencio administrativo e inactividad*, (Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001), 73.

²⁵ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 114.

²⁶ Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2008), 143

²⁷ Edgar Neira, “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la Administración resiste la aplicación de sus efectos”, *Revista Ruptura* 46 (2003), 129 y 130.

²⁸ Jorge Zabala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Perú: Edilex S.A., 2011), 411

presunto en sede administrativa”²⁹. Y en otra sentencia menciona: ”el silencio administrativo no es un acto administrativo, pues no cumple con ninguno de los requisitos [...] el silencio administrativo no constituye un acto administrativo sino que se trata de un hecho jurídico ,un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas”³⁰

No obstante, en la legislación ecuatoriana, se concluye que el silencio administrativo positivo no solo es considerado un acto administrativo, sino que además es presunto; así lo establece el artículo 210 en conjunto con el artículo 207 del COA.

Alrededor del tiempo ha existido una discusión en cuanto a la naturaleza del silencio administrativo, muy diverso entorno así se debería o no considerar al silencio administrativo como un acto administrativo, tal como se ha podido observar. En la actualidad el ordenamiento ecuatoriano ha tomado una posición muy clara para responder a la pregunta planteada anteriormente ¿el silencio administrativo positivo es un acto administrativo? La respuesta es sí, pues, los artículos 210 y 207 lo califican de acto administrativo presunto.

6. Cómo cambió Silencio Administrativo Positivo de la Ley de Modernización del Estado al Código Orgánico Administrativo

En el año 2018 el Código Orgánico Administrativo, COA, entra en vigencia con lo que deroga la Ley de Modernización del Estado, LME, al mismo tiempo, por supuesto normas que sean contrarias al COA. Y además trae una nueva regulación del silencio administrativo positivo.

Se ha mencionado reiteradas veces que el COA ha sido un avance importante en la institución jurídica administrativa, el primer cambio dentro del silencio administrativo de LME al COA. Se encuentra en el artículo 208³¹ del COA, el cual establece que los procedimientos pueden iniciar de oficio y a petición de parte³². El segundo cambio es el

²⁹ Resolución N° 339-2012, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11 de octubre de 2012, 4978.

³⁰ Resolución N° 252-2012, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Edición Jurídica N° 36, 29 de agosto 2002.

³¹ Art. 208.- La falta de resolución en procedimientos de oficio. En el caso de procedimientos de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido deben entender estimadas sus pretensiones, por silencio administrativo. [...] *Ver.*, Artículo 208, COA.

³² Para el análisis del trabajo de investigación, solo se toma en cuenta a los supuestos del silencio administrativo positivo planteados en los artículos 207 y 209, excluyendo de tal manera los supuestos establecidos en el 208, las peticiones que inician de oficio.

término otorgado a la administración para resolver la petición, en la LME se contaba con 15 días, el COA lo amplía y establece en 30 días.

Tercero, la LME no se pronunciaba sobre si el silencio administrativo positivo era o no un derecho autónomo, se veía suplido por jurisprudencia³³; el COA instaura y plasma los varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, y saca a flote que la aceptación tácita constituye un derecho autónomo.

Cuarto, la ley de modernización no hablaba de un título de ejecución, el COA en su artículo 207³⁴ lo establece como título de ejecución e instaura un proceso especial de ejecución ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Quinto, La LME no preveía sobre las decisiones extemporáneas, resoluciones o notificaciones que se emitan de forma posterior a la configuración del silencio administrativo; el COA, por otro lado, en el artículo 210³⁵ establece un pronunciamiento sobre estas decisiones extemporáneas y recalca que cualquier resolución o notificación posterior a la configuración del silencio administrativo positivo será válida siempre y cuando sea favorable para el administrado, es decir, cuando confirme los efectos del silencio administrativo. Pues, el silencio administrativo positivo produce efectos desde el

³³ TERCERO: (...) 3.2.1. (...) La jurisprudencia ha considerado al silencio administrativo positivo como un derecho autónomo; y para que opere, conforme también lo ha señalado en forma reiterada la Sala, es menester que se cumplan al menos los siguientes requisitos: a) que la solicitud se haya dirigido a autoridad competente para aceptar o negar lo pedido; b) que exista la certificación que indique el tiempo transcurrido desde que se petitionó sin recibir respuesta; y, c) que lo solicitado, de ser aceptado, no esté afectado de nulidad absoluta o sea contrario a derecho (...) *Ver.*, Resolución No. 0456-2014 Juicio No. 0439-2010, Tribunal distrital N°5 de lo Contencioso Administrativo, citado por Corte Nacional de Justicia, Cuadernos de jurisprudencia Contencioso Administrativa, Primera edición (Quito: Corte Nacional de Justicia 2014).

³⁴ Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. [...] *Ver.*, Artículo 207, COA.

³⁵ Art. 210.- Resolución expresa posterior ante el silencio administrativo. En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria.

El acto administrativo presunto producido por silencio administrativo se puede hacer valer ante la administración pública o ante cualquier persona.

Los actos producidos por silencio administrativo generan efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento administrativo sin que el acto administrativo se haya expedido y notificado. *Ver.*, Artículo 210, COA.

día siguiente que se instaura el silencio administrativo positivo, dicho de otro modo el silencio administrativo positivo es un derecho automático.

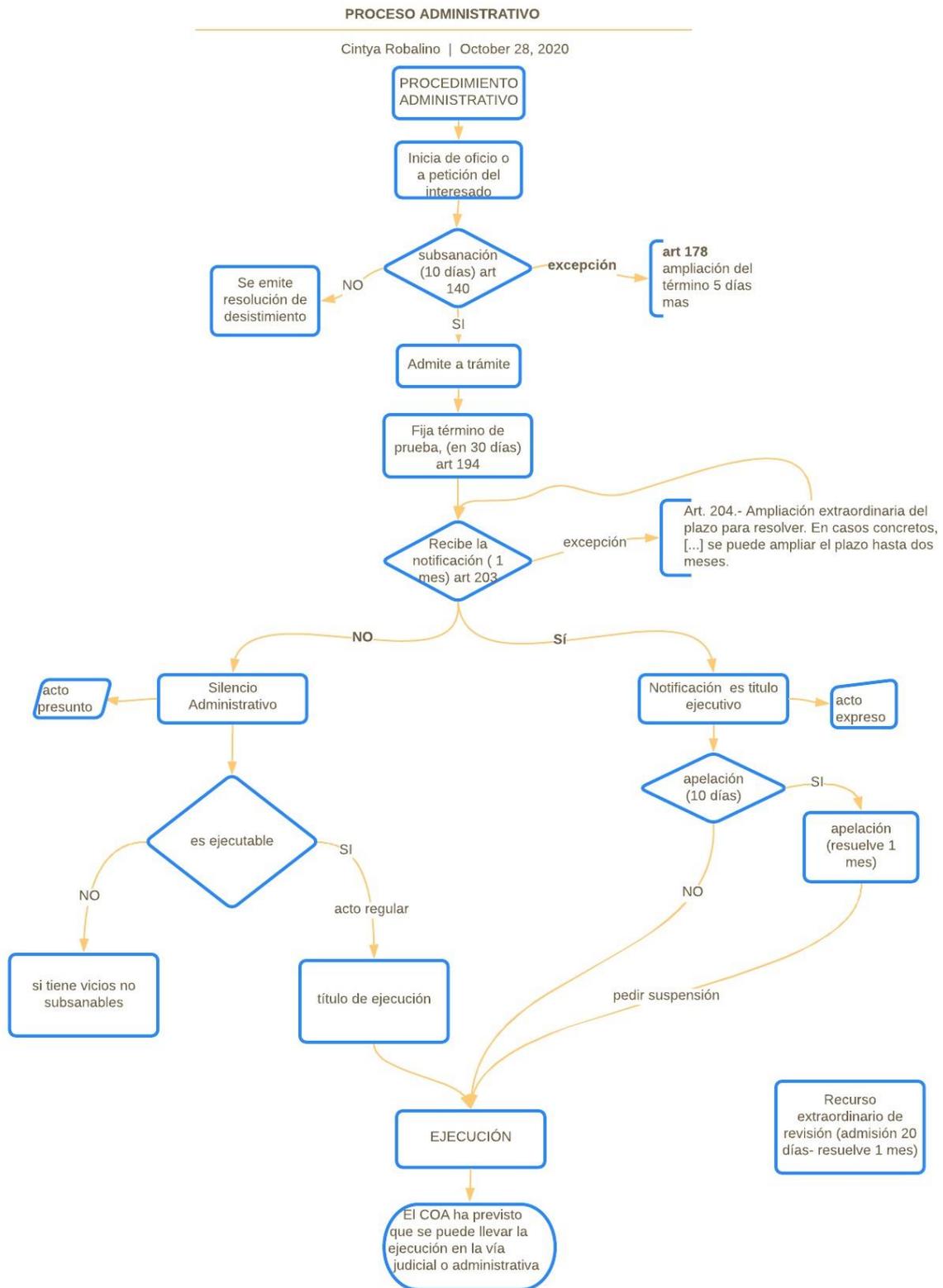
Finalmente, En el artículo 28³⁶ de la Ley de Modernización del Estado se solicitaba un certificado de constancia sobre el vencimiento del término emitido por un funcionario público. Este certificado era un obstáculo porque era casi imposible de conseguir, ya que se estaba solicitaba al mismo funcionario que ha faltado sus funciones aceptar su inactividad, y proporcionar evidencia escrita al interesado; por ser casi imposible conseguir, el legislador lo prevé y establece una sanción en el supuesto de que el funcionario público se niegue a entregar el certificado “bajo pena de destitución”³⁷.

El COA suple dicho certificado por la declaración juramentada, y en esta innovación hay un error del legislador, no hace la distinción de si se debe incluir en la solicitud de ejecución o se la debe rendir frente a un notario. Aún sin esta distinción no se puede negar el avance otorgado por el COA.

³⁶ Art. 28 Derecho de petición. - Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, [...] En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. 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. *Ver.*, Artículo 28, Ley de Modernización del Estado, [LME], Ley 50 Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

³⁷ *Id.*

Gráfico N° 1 Título: Proceso Administrativo



Fuente: Elaboración propia a partir del COA

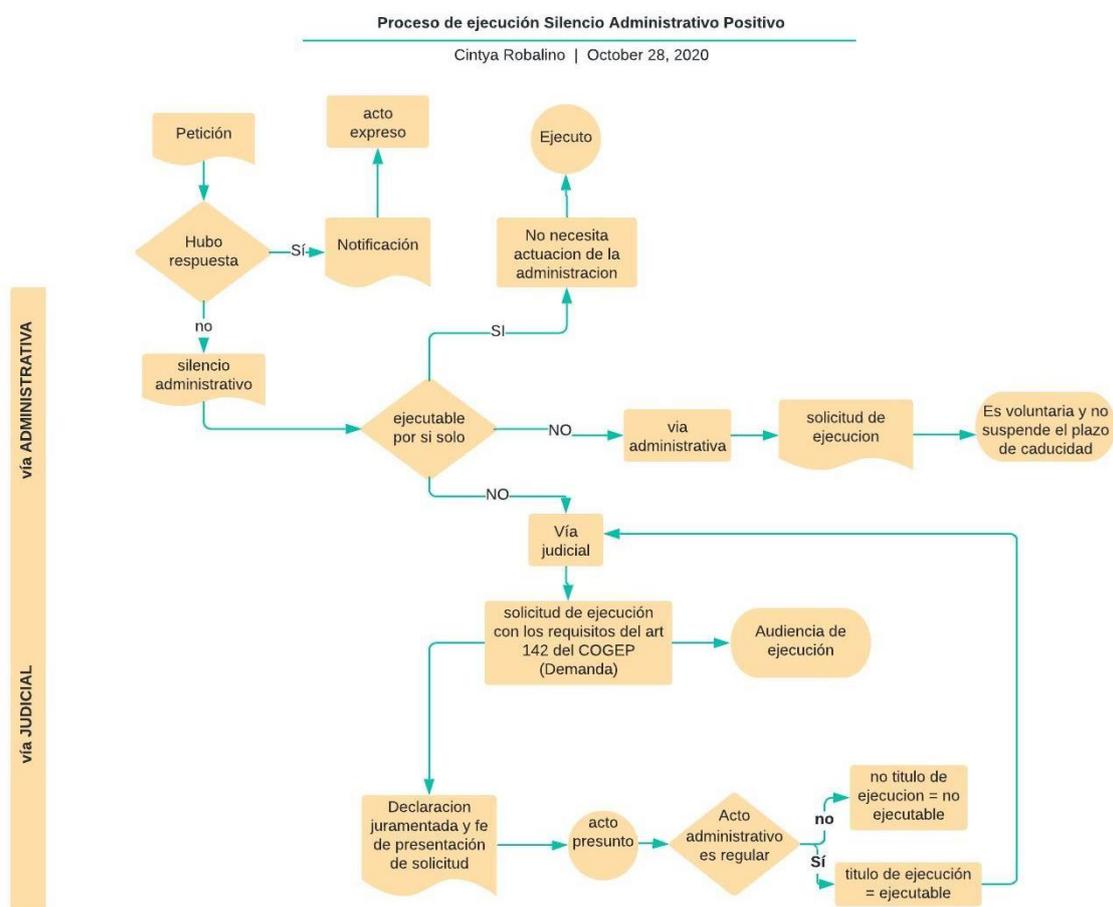
7. Sede Administrativa y Sede Judicial en el Proceso de Silencio Administrativo Positivo

El procedimiento administrativo cuenta con tres fases: iniciación, instrucción, y terminación. El COA menciona que se inicia un proceso administrativo el cual puede ser de oficio o a petición del interesado, el mismo Código en su artículo 201 engloba la figura del silencio administrativo, dentro de las formas de terminar un proceso administrativo.

Lo cual quiere decir que si no se ha recibido la notificación del acto administrativo en el plazo previsto se termina el proceso y se activa la figura del silencio administrativo positivo; se entiende aceptada tácitamente la petición, una vez aceptada se tiene que ejecutar el derecho otorgado, la cuestión naciente es: ¿Se tiene que obligatoriamente activar un proceso de ejecución para efectivizar los derechos establecidos en el título de ejecución? En el derecho administrativo es muy discutido. Más adelante se lo analizará.

Ahora bien, el COA ha dado apertura para poder llevar a cabo el proceso de ejecución en la vía judicial o vía administrativa sin que la una excluya a la otra.

Gráfico N° 2 Título: Proceso de ejecución del Silencio Administrativo Positivo



Fuente: Elaborado propia a partir de COA, COGEP e información por Andrés Moreta

7.1. Ejecución del silencio administrativo positivo en sede administrativo

Para proceder con la ejecución del silencio positivo en sede administrativa se tiene que presentar una solicitud de ejecución a la administración y se espera que la administración lo ejecute voluntariamente, sin suspender el plazo de caducidad.

El COA en una de sus reformas crea un proceso especial de ejecución, en caso de que la administración no quiera cumplir, por el cual, se puede solicitar la ejecución del silencio administrativo, pero en este sentido se solicita a la administración que ella misma se fuerce a cumplir el acto que voluntariamente no lo ha realizado, es por tal motivo que se entiende la lógica de habilitar la vía judicial para la ejecución del presente acto presunto y así que el reclamo no permanezca solo en instancia administrativa.

7.2. Ejecución del silencio administrativo positivo en sede judicial

Si bien los cambios del COA fueron un avance jurídico siguen existiendo ciertas falencias o incongruencias. Es por tal menester analizar la naturaleza del proceso del Silencio Administrativo Positivo.

En el derecho se concibe a los procesos como un conjunto, a pesar de ello, varios autores los subdividen de diferente manera y por diferentes nombres, por ejemplo “Lorena Cascante realiza una subdivisión, en procesos de conocimiento, procesos declarativos, de condena, constitutivos, cautelares y procesos de ejecución”³⁸, para efectos de la investigación solo se necesita de la clasificación de procesos de conocimiento y procesos de ejecución. Antes de continuar con el análisis se necesita comprender la diferencia entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución.

El proceso de conocimiento busca la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, lo que quiere decir es que depende de la decisión del juez; a diferencia de los procesos de ejecución, que buscan la ejecución del derecho, es decir, hacer efectivo un derecho que ha sido declarado previamente por un juez en una sentencia³⁹.

³⁸ Lorena Cascante.” ¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?”, *Iuris dictio revista de derecho* 1 (2000), 85-86.

³⁹ *Id.*

Gráfico N° 3 Título: Proceso de Audiencia del Silencio Administrativo Positivo en vía judicial



Fuente: Elaboración propia a partir del COGEP e información de Andrés Moreta

Una vez que se ha planteado el concepto y aclarado la diferencia entre los procesos de conocimiento y ejecución, se debe ubicar al silencio administrativo en uno de los dos, el COA en su artículo 207 generalizando los diferentes tipos y presupuesto de silencio administrativo positivo que pueden darse, lo ha ubicado e investido bajo la figura del título de ejecución.

7.3. Los tribunales distritales

En el silencio administrativo los jueces⁴⁰ en declaración unánime han declarado que el acto administrativo debe ser regular los cuales no contengan vicios convalidables por consiguiente si contienen vicios inconvalidables el acto será irregular. “[...] Un acto Administrativo es irregular, cuando el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente [...]”⁴¹. De tal manera los jueces han determinado como requisito fundamental que sea un acto regular⁴². Ahora, por último se menciona que para que no sea un acto regular los vicios tienen que ser manifiestos o evidentes. Surge la cuestión en este punto ¿quién establecerá los parámetros sobre la manifestación de vicios?

Se extrae de igual forma que un Tribunal no puede subsanar el actuar de la administración, mucho menos que esta subroge en sus funciones a la administración pública, pues no pueden sustituir sus competencias y remendar la torpeza de la administración⁴³.

Entonces, de manera análoga el tribunal antes de admitir la ejecución u ordenarla necesita de la verificación del acto como regular para que adquiera la investidura de presunto, por tal el juez no puede declarar una aceptación inmediata. Transformando así el proceso en un primer momento de declaración de derecho y en el segundo momento cuando ordena la ejecución del acto. Ahora bien, Ariamo aclara sobre el surgimiento y naturaleza del título de ejecución:

El juicio ejecutivo es un verdadero proceso de ejecución y lo es porque es un derivado histórico del *processus executivus* medieval que nació como proceso de ejecución y no como proceso de cognición. Fue una creación de la práctica justamente para evitar el proceso ordinario solemne y dispendioso, como corolario de los títulos con ejecución aparejada (*executionem paratam*), que permitían el ingreso a un proceso de ejecución sin una previa cognición judicial. El hecho de que dentro de su evolución histórica se haya permitido la incrustación dentro de su estructura de un incidente de cognición limitado – la ahora llamada contradicción – no le priva de su naturaleza ejecutiva.⁴⁴

⁴⁰ Resolución N 0295-2014, Tribunal distrital N°5 de lo contencioso administrativo (Milton Pérez Rodríguez vs Ministerio de Educación) juicio 0178-2012 citado por Corte Nacional de Justicia. Cuadernos de jurisprudencia Contencioso-Administrativa. Primera edición (Quito: Corte Nacional de Justicia 2014), 187.

⁴¹ *Id.*

⁴² En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquéllos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley, es así que, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos. *Ver., Id.*

⁴³ Resolución N° 414- 2007, p 2035.

⁴⁴ Eugenia Ariamo Deho, *El Proceso de Ejecución*, (Lima: Editorial Rodha, 1996), 173.

Entonces como se debe tomar o interpretar que el Tribunal Distrital tenga que realizar un control previo a la ejecución, la jurisprudencia señala que se tiene que realizar un control de legalidad con el fin de determinar la regularidad del acto administrativo presunto, en otras palabras, se condiciona al silencio administrativo positivo y por consecuencia el título de ejecución, implantando una cognición limitada y afectando la naturaleza del proceso de ejecución.

En la misma línea de argumentación si el silencio administrativo positivo se le ha integrado bajo la figura de título de ejecución y por ende en el proceso de ejecución se menciona por la Sala de lo Contencioso Administrativo "acción de ejecución en la cual sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia"⁴⁵ y en conjunto la Sala de lo Fiscal a planteado:

[...] "es de orden público, su reconocimiento es mandatorio, y no admite condicionamiento alguno. No cabe que el juzgador entre a analizar si la petición formulada es justa si no está prohibida por ley pues la aceptación tácita es una garantía de los administrados frente a la falta de oportuna contestación de los pedidos formulados. Sostener que el silencio se encuentra limitado de cualquier manera sería negar el derecho de petición [...]"⁴⁶

Las salas conjuntamente se refieren a que no procede discutir el derecho, igual que la calificación de la licitud del acto presunto, pues ya no sería una garantía, el único fin con el que fue creado, perdiendo de esa forma su razón de ser. Las Cortes no solo discuten y fallan en esa actuación, pues, otorgan un periodo de prueba en un proceso de ejecución, cuando la jurisprudencia ya en varias ocasiones lo ha dicho "la prueba permitida es la ligada a los hechos que pueden ser materia de la demanda, [...] una prueba de diversa índole es absoluta impertinente y debe ser rechazada en cuanto se la solicite con el objeto de no desnaturalizarse el proceso de ejecución"⁴⁷

Entonces, desde este punto de análisis los jueces han desnaturalizado el proceso de ejecución o en el fondo el Tribunal sabe que el silencio administrativo positivo al que se refiere, no se merece el proceso otorgado, sino uno diverso.

Eventualmente se ha permitido e ignorado la desnaturalización del proceso resguardando un fin mayor, ya que se puede observar que los administrados presentan peticiones, solicitando el reconocimiento de un derecho que no lo merecen.

⁴⁵ Resolución N° 112-2012, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 05 de julio de 2012, p 4925.

⁴⁶ Resolución N° 23-06. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala especializada de lo Fiscal, Edición Especial N° 11, 17 de enero del 2008.

⁴⁷ Resolución N° 414- 2007, p 2036.

Qué sucede cuando a pesar de permitir que se desnaturalice el proceso en busca de lo “correcto o justo” el Tribunal Distrital erra en el trabajo más importante que se le ha otorgado que es el de revisión y le otorga un trámite a aquello que no lo merece porque el acto presunto es irregular, es en aquel punto que se menciona por la Corte Suprema de Justicia, que cabe añadir un control de legalidad, refiriéndose específicamente al recurso extraordinario de casación:

[...] Tribunal a quo habría dado valor a lo que nunca lo tuvo; de tal forma que, de haber sido confirmado por esta sala que el acto administrativo presunto cuya ejecución se solicitó era nulo de pleno derecho, [...] Tribunal a quo había errado en darle el trámite de ejecución a un caso que exigía un proceso diverso pues cómo se ha reiterado, sólo son ejecutables los actos administrativos presuntos “regulares” derivados del silencio administrativo [...] es usual que los tribunales distritales yerren en la calificación de la naturaleza del procedimiento [...] le otorguen la naturaleza de un proceso de ejecución a lo que debe ser tratado como un proceso de conocimiento [...]⁴⁸

No obstante, a pesar de las fallas de los tribunales y desnaturalización del proceso se observa que el administrado ha podido obtener mayor amplitud para acceder a la ejecución del derecho obtenido por silencio administrativo positivo, también se observa que todo este avance y beneficio creado a favor del administrado puede verse afectado por el actuar de los tribunales distritales que no tienen parámetros establecidos o revisión de su actuar por algún tipo de recurso superior o posterior.

7.4. Ejecución de los supuestos 207 vs 209

En otro supuesto el porqué de la confusión en el actuar de los tribunales, de otorgarle trámite a lo que no lo merece por ser irregular, acaso se debe a la manera que el COA establece los supuestos planteados para el silencio administrativo positivo.

En el artículo 209⁴⁹ del COA se encuentran los supuestos de una autorización, los cuales pueden entenderse a los supuestos que el ciudadano tiene el derecho y necesita ejecutarlo; por otro lado, los supuestos del artículo 207 del COA son más complejos lo

⁴⁸ Resolución N° 414- 2007 p 2040.

⁴⁹ Art. 209.- La falta de resolución en procedimientos promovidos por la persona interesada. En los procedimientos que hayan sido iniciados a solicitud de la persona interesada, para obtener autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, transcurrido el plazo determinado para concluir el procedimiento administrativo sin que las administraciones públicas hayan dictado y notificado la resolución expresa, se entiende aprobada la solicitud de la persona interesada.

Cuando el recurso de apelación se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá aprobado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no expide resolución expresa. *Ver.*, Artículo 209, COA.

que buscan con la solicitud es la declaración de un derecho que no se trata de una autorización, componiendo un proceso de conocimiento.

Se puede destacar que el legislador ha otorgado un título de ejecución a un tipo de silencio administrativo que en realidad no merece el proceso de ejecución sino uno de conocimiento pues en el fondo no merece esa clasificación de título. Rodrigo Jijón se refiere a los juicios de ejecutivos, pero claramente podría ser aplicado su análisis a la situación en concreto o usado como referencia “hay otro tipo de juicios ejecutivos los que tienen como antecedentes otros títulos, [...] porque el derecho requiere reconocimiento mediante decisión judicial, [...] constituyendo un proceso de conocimiento [...]”⁵⁰.

De nuevo, no todos los supuestos pueden ser exigidos sobre la base de la configuración del silencio administrativo positivo, porque el derecho otorgado bajo la figura de silencio administrativo positivo necesita de reconocimiento por los tribunales, mediante la revisión de la regularidad del acto y la no contención de vicios manifiestos, no asegurando su ejecutabilidad.

Entonces, cómo funciona el silencio administrativo en estos últimos supuestos, los no ejecutables sobre la base de la configuración del silencio administrativo que buscan la declaración del derecho, funciona realmente y cómo se ejecutaría si este necesita tomar cuestiones que son de la naturaleza del proceso de conocimiento y no uno de ejecución, se debe recordar que la finalidad de un proceso de conocimiento es la declaración del derecho; depende de la decisión del juez.

Enrico Liebman menciona “[...] no se puede proceder a la ejecución, directamente, si no tenemos definida en forma cierta e indubitable la cuestión jurídica, que vamos a ejecutar [...] podemos ejecutar directamente cuando la cuestión jurídica está definida en forma clara e irrevocable”⁵¹, lo cual no sucede en todos los supuestos del silencio administrativo positivo.

Lo que quiere decir, hay supuestos que son considerados correctamente dentro del proceso de ejecución; hay otros supuestos que en el fondo no deberían ser considerados en procesos de ejecución, sino más bien deberían ser de conocimiento, visto que los procesos de ejecución a diferencia de los de conocimiento tienen como finalidad hacer efectivo el derecho cierto.

⁵⁰ Rodrigo Jijón, “¿La casación en los juicios ejecutivos?”, 79.

⁵¹ Marco Liebman, Manual de Derecho Procesal Civil, (Buenos Aires, Editorial Ejea, 1980), 121. Citado por Luis Cueva, Manual de Casación en Materia Civil, 2006, p. 31

Tabla N° 1 Título: Los supuestos de los artículos 207 y 209 presentados en el COA.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO						
Forma	Art COA	Descripción	¿Hay silencio?	¿Ejecutables por sí solos?	Ejemplos	Pronunciamiento de la Corte
Reclamo	207	Impugnación contra actuaciones o hechos de la Administración Pública.	SI	NO	Reclamo para indemnización de daños y perjuicios.	Es el juez mediante un proceso de conocimiento, el que debe determinar tanto la responsabilidad estatal como el monto de la indemnización, lo que no puede quedar al arbitrio de la voluntad del peticionario, ni puede configurarse automáticamente a través de la falta de respuesta de la administración dentro del plazo legal.
Solicitud	207	Solicitar un derecho contenido en el ordenamiento jurídico. O a su vez pueden ser Autorizaciones que concede la administración a lo que originalmente no se tiene derecho, permite una actividad, pero no se puede exigir que permita.	SI	NO	Solicitud para ocupar la esquina de la calle.	El acto administrativo presunto es meramente declarativo [...] El administrado necesitaría proponer acción alguna para que se reconozca se declare lo que ya ha sido reconocido declarado por efecto del silencio administrativo lo correcto es proponer una acción impugnatoria frente a la actuación de la administración que desconozca o afecta el contenido del acto.
Pedido	207	Es género de “reclamo” o “solicitud” no crea una relación jurídica distinta.	SI	NO	Pedido de la ejecución de una obra por ejemplo la construcción del alcantarillado.	Puede acudir a la función judicial, proponiendo una acción de ejecución, para conseguir que se ordene la administración la realización de la actividad material.
Autorización o licencia	209	Autorización para algo que se tiene derecho. Se puede exigir si se cumplen los requisitos.	SI	SI	Licencia de comercialización.	El acto administrativo presunto es meramente declarativo y no se requiere ninguna actuación material a cargo de la administración en principio el administrado no necesitaría proponer acción alguna.

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Andrés Moreta, COA, Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ⁵²

⁵² Ver., Resolución N° 198-07 Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 11 de mayo 2007; Resolución N° 456-2014, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 05 de junio de 2014.

Se observa que solo el supuesto del artículo 209 en la figura del silencio administrativo funciona a cabalidad y cumple la finalidad de otorgar una respuesta automática que beneficie de forma inmediata al administrado, ya que como ha mencionado la Corte se puede realizar por actuación propia y no se necesita la actuación material de la administración, por otro lado, los supuestos del artículo 207 son los que necesitan actuación material de la administración y frente a esta necesidad de actuación de la administración, los jueces realizan un análisis más profundo, sobre los casos, analizando si el administrado es o no merecedor de la declaración de derecho, pero al solo analizar la declaración del derecho se confunde la naturaleza de los procesos. Inclusive la Corte Nacional de Justicia menciona:

Es claro que no toda petición puede ser reconocida como válida vía silencio administrativo, porque se incurriría en el extremo de simplemente solicitar lo que a bien tenga el peticionario, y esperar a que transcurra el tiempo previsto en la ley sin recibir atención, para obtener como reconocido tal “derecho”, sin opción a valorar su pertinencia y procedencia⁵³.

Según las palabras de Eduardo García de Enterría se afirma: “el problema mayor, y prácticamente único, que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización”⁵⁴.

El porqué de ello ha sido mencionado por Nicolás Gómez ⁵⁵se puede observar que los administrados presentan peticiones, solicitudes, reclamos o pedidos, solicitando así el reconocimiento de un derecho que en realidad no les corresponde, esta presentación de solicitud puede ser por mala fe o error, consecuentemente, observando un problema adicional dado que se ha podido observar en nuestra jurisprudencia casos en los que no debería operar el silencio administrativo positivo, pero sigue operando hasta un actuar de la administración, según lo establece el Código, porque este acto como lo plasma el artículo 104 del COA “es válido [...] mientras no se declare su nulidad”⁵⁶.

⁵³ Resolución N° 456-2014, p 5738.

⁵⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid: Civitas 1997), 589 y 590 citado en Resolución N° 89-2001, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 26 de marzo de 2001 p 1783.

⁵⁵ Nicolás Gómez, “Aspectos prácticos del Silencio Administrativo Positivo contemplado en la Ley 142 de 1994”, *Revista de derecho Universidad del Norte* (2004), 161.

⁵⁶ Artículo 104, COA.

8. Procedencia del Recurso Extraordinario de Casación

En partida de todo lo anterior mencionado el error de los tribunales, la desnaturalización del proceso de ejecución, la generalización de los supuestos y demás ideas planteadas. ¿Se puede interponer el recurso extraordinario de casación para los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo? Como método de defensa y protección en contra del actuar del tribunal que yerre en el trabajo otorgado, tal como se ha señalado en la resolución 414-2007 de la Corte Suprema de Justicia.

Para comenzar se necesita establecer qué es el recurso de casación; como se mencionó anteriormente, este recurso fue creado con la finalidad de subsanar el error causado por los jueces; es decir, no fue creado para impartir justicia en casos particulares, sino existe para el control de la actividad de los tribunales o jueces. De manera que se le ha integrado por la doctrina y jurisprudencia⁵⁷ reiteradamente como un recurso extraordinario. Aunque en muchos casos se ha confundido este recurso extraordinario con otra instancia, lo cual se debe aclarar que no es de esa manera.

Tabla N° 2 Título: diferencia entre tercera instancia y Casación

DIFERENCIAS	
Tercera instancia	Casación
Es el mismo proceso que se seguirá discutiendo lo establecido en la demanda y contestación.	Es un nuevo proceso en el que se discute la sentencia, es decir solo se analiza elementos de derecho y no de hecho.
Es un recurso abierto.	Es un recurso cerrado.
Se puede llevar a ejecución la decisión.	No se puede llevar a ejecución el fallo.
No genera precedente jurisprudencial.	Genera precedente jurisprudencial.

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Santiago Andrade Ubidia

Ahora bien, establecido lo que es el recurso extraordinario de casación, el proceso de ejecución y a su vez el silencio administrativo positivo, cabe la siguiente pregunta:

⁵⁷ Resolución N° 05-2019, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 2019.

¿Se puede interponer el recurso extraordinario de casación para los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo? La respuesta a dicha pregunta tendría que ser depende; se le considera o no juicios de conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia de la LME, mencionó que el proceso del silencio administrativo positivo podía proceder por vía administrativa o judicial, en el cual a su vez podría ser en proceso de conocimiento o ejecución siendo así podía ser objeto de casación siempre y cuando sea un proceso de conocimiento, lo cual depende del proceso otorgado previamente⁵⁸. El COA, como se explicó anteriormente, le otorga un título de ejecución, limitando la tramitación a un proceso de ejecución establecido en el libro V del COGEP y negando a su vez el paso a acceder al recurso de casación. Es en este punto que falla el COA al generalizar los supuestos en un solo proceso, a su vez los jueces fallan en el reconocimiento del proceso, demostrando que los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo deberían ser merecedores del recurso extraordinario de casación.

Antes que nada, la sala Contencioso Administrativa de lo Fiscal ha interpretado en cierto sentido lo que se encuentra establecido por ley mencionando: “la acción [...] no está dirigida a que se declare el derecho, el cual se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, de tal forma [...] no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución [...]”⁵⁹, para complementar lo anterior la sala de lo Contencioso Administrativo ha manifestado su opinión sobre el tema de investigación mencionando que no cabe recurso de casación expresando: “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 [...]”⁶⁰. Así concluyendo que como es de conocimiento general y se presentó anteriormente solo se puede interponer el recurso extraordinario de casación cuando es proveniente de disposición legal y exclusivamente para sentencias dictadas en procesos de conocimiento.

La discusión se encuentra en la existencia de las sentencias a favor de que se acepte el recurso de casación en el proceso de ejecución del silencio administrativo, como

⁵⁸ Resolución N° 358-2002, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 25 de septiembre de 2002 p 4048.

⁵⁹ Resolución N° 73-2003, p 19.

⁶⁰ Resolución N° 17-99, p 4161.

es la sentencia del caso Bustamante Medina Vs DAC⁶¹ en la que se establece que a pesar de ser un proceso de ejecución, y tener el conocimiento de que lo es y en principio no procede el recurso extraordinario de casación lo admite y lo resuelve pues necesitan un control de legalidad en dos supuestos, considerados de puro derecho, planteados por la misma sala los cuales son:

1. Si se ha dirigido la petición a la autoridad competente,
2. Si lo ganado por el silencio administrativo positivo esté afectado de nulidad insubsanable. La sentencia menciona “asuntos ambos que son de puro derecho, por lo que el trámite de ejecución no debe tener prueba.

Consiguientemente, “si se alega uno de estos asuntos hay lugar a que se conceda, únicamente respecto de ellos el recurso de casación”.⁶²

Asimismo, se ha mencionado a lo largo del trabajo que el acto administrativo tiene que ser presunto para que se produzca o nazca el silencio administrativo posteriormente que no incurra en las causales de nulidad por consecuencia si no es así no adquiere la figura de título de ejecución y se restringe su accesibilidad al proceso de ejecución.

“El juez que suscribe es un ser humano, sometido a toda clase de ignorancia, fallos y errores propios de su condición mortal”⁶³ citado anteriormente y lo dice la ex Corte Suprema de Justicia⁶⁴: el Tribunal *ad quo*, erró en darle trámite de ejecución a un caso que exigía un proceso diverso, dándole valor a lo que no lo tuvo porque solicitaba la ejecución de un acto administrativo irregular, es decir nulo de pleno derecho, la Corte además señala que “es usual que los tribunales distritales yerran en la calificación de la naturaleza del procedimiento y [...] le otorguen la naturaleza de un proceso de ejecución a lo que debe ser tramitado como un proceso de conocimiento,[...].”⁶⁵

De tal manera se deduce que los tribunales, como un ser humano normal, podría cometer error alguno, siendo así, debería en ciertos supuestos, implementarse o permitirse la revisión meramente de la legalidad del actuar de tribunal a quo, en los supuestos que la Corte ha expresado y ha previsto.

⁶¹ Resolución N° 297-2004, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Contencioso Administrativo, 10 de noviembre de 2004, p 284.

⁶² Resolución N° 297-2004 p 284.

⁶³ Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo N° 3 de Madrid de 28 de febrero de 2018 (P.A.254/2017) citado por Chaves. Los jueces se equivocan y algunos lo reconocen. 2018 acceso en página web: <https://delajusticia.com/2018/03/19/los-jueces-se-equivocan-y-algunos-lo-reconocen/>

⁶⁴ Resolución N° 414- 2007, p 2040.

⁶⁵ *Id.*

8.2. ¿En qué causal cabría?

En el caso de que el Tribunal haya errado en darle trámite a un acto administrativo nulo o le haya otorgado la naturaleza de un proceso de ejecución a lo que no lo merece. Se podría analizar en qué causal encajaría. Como se ha mencionado el recurso de casación es extraordinario, lo que implica que será admitido en virtud de ciertas causales, que en total son cinco: “la primera y la tercera implican errores *in iudicando* por defectos de juicio; mientras que la segunda, cuarta y quinta contienen errores *in procedendo* por vicios de procedimiento”⁶⁶.

De esa forma si se aceptará el recurso extraordinario de casación para dichos procesos en ¿cuál causal debería proceder? Concordando con las dos últimas opiniones de la Corte, anteriormente citadas, debería ser en la causal quinta, causal que prevé defectos en la estructura del fallo, ya que se busca una revisión de mera legalidad, es decir de puro derecho porque no contiene requisitos exigidos por ley los cuales son vicios que emanan de la simple revisión del fallo, en concordancia a lo que señalaba la derogada ley de casación en su número cinco artículo 3 en su supuesto “a) la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; son comisiones que le afectan en cuanto acto escrito, o sea en su estructura formal [...], b) que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contrarias o incompatibles”⁶⁷.

8.3. ¿Qué dice la ley?

No obstante, se debe recordar una vez más lo mencionado por la Corte y previsto en la ley cuando se menciona que el silencio administrativo positivo es un derecho autónomo que puede ser exigido por vía administrativa o vía judicial, de esa forma no puede ser afectado por un pronunciamiento de la administración posterior, lo determina el artículo 110 del COA, pues ya se produjo la falta de contestación y se activó la figura del silencio administrativo positivo; advirtiéndose que esta acción es de ejecución y no de conocimiento que como efecto no daría lugar a que se discuta el derecho principal y originario en el recurso de casación⁶⁸

⁶⁶ Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, (Quito: Andrade&Asociados, 2005), 113.

⁶⁷ Resolución N° 112-2003, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala primera de lo Civil y Mercantil, 21 de abril de 2003, p 4-5.

⁶⁸ Resolución N° 297-2004, p 280.

Siendo así por el título y proceso que el ordenamiento le otorga al silencio administrativo positivo, en los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo no procede el recurso extraordinario de casación. Sin embargo, se ha podido notar que no se aplica ese criterio homogéneamente en todos los casos. Por consiguiente, ya que se ha respondido la primera pregunta nos queda la segunda.

8.4. Admisión a trámite los procesos de ejecución del silencio administrativo positivo

Por qué se han aceptado y se siguen aceptando dichos procesos a trámite para el recurso de casación, inclusive en algunas sentencias realizan el análisis, dan la razón a la parte afectada, como en el caso de María Ivonne Chiriboga contra EMETEL, pero concluye la sentencia mencionando que no se casa la sentencia porque dicho proceso no es merecedor del recurso extraordinario de casación.

Los tribunales por lo que se refiere a la calificación y admisión del recurso de casación en los procesos de ejecución del silencio administrativo mencionan “La sentencia es de aquellas contra las cuales procede el Recurso de Casación, según el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos”⁶⁹ “[...] El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento [...] Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas Cortes o Tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, [...]”⁷⁰ Los tribunales a estos procesos de ejecución del silencio administrativo positivo no solo le otorgan la naturaleza inadecuada sino que inclusive llegan a citar artículos para la admisión de estos procesos, artículos que no son aplicables para la admisión, sino más adecuados para su inadmisión a trámite.

Siguiendo la línea jurisprudencial no deberían si quiera admitirse a trámite este tipo de casos, ya que como se ha mencionado en varias ocasiones el proceso es de ejecución y por su naturaleza y según el ordenamiento y precedentes jurisprudenciales no cabe casación en un proceso de ejecución. Si se niega la admisibilidad a trámite se devolverá al tribunal de origen, pero si se acepta a trámite tiene efectos diferentes los

⁶⁹ Caso N° 09802-2019-00320, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el distrito Metropolitano de Quito, actuación judicial a la calificación de recurso de casación, 23 de agosto de 2019.

⁷⁰ Caso N° 17811-2018-01716, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el en el cantón Guayaquil, actuación judicial a la calificación de recurso de casación, 15 de octubre de 2019.

cuales son que una vez la Corte ha admitido a trámite, debe atenerse a lo expresado por Santiago Andrade:

debe necesariamente entrar a conocer las causales invocadas, sin que pueda, cuando dicta la sentencia de mérito, dejar sin efecto su auto admisorio y, utilizando un nuevo examen del escrito de fundamentación, en su sentencia rechazar el recurso por mal fundamentado. Y esto es así porque ya hay una *res iudicata* respecto del tema y se ha producido la preclusión procesal del análisis de la procedibilidad formal del mismo⁷¹

Este actuar de los jueces o tribunales da a entender tres situaciones: 1. existe una deficiencia o no se encuentra tan clara la situación de qué naturaleza de proceso tiene el silencio administrativo; 2. Los tribunales *ad quo* no están haciendo un buen trabajo en el momento correspondiente, por consiguiente en el fondo los tribunales sienten y saben que no se ha aplicado de debida forma las normas y necesitan un recurso de revisión de la legalidad como lo es el recurso extraordinario de casación; 3. No se ha otorgado el proceso adecuado para el supuesto correspondiente.

9. Recomendaciones

Probablemente para no desnaturalizar el proceso de ejecución lo correcto sería extraer los supuestos que no corresponden a la naturaleza del proceso de ejecución y reubicarlos en uno de conocimiento, tal como se daba la opción en LME la cual te permitía proceder por un proceso de conocimiento o ejecución para que se pueda acceder al proceso de ejecución.

Claro está que si se toma esta opción se corre el riesgo de que se le pueda arrebatar el supuesto derecho adquirido por silencio administrativo positivo, por lo cual no resultaría lo mejor en cuanto a garantizar el bien del administrado.

Como segunda opción, se podría instigar al legislador a incorporar la figura del silencio administrativo positivo, como un título ejecutivo más no de ejecución, de esa manera no se perjudicaría todo el proceso y esfuerzo instaurado por del COGEP desnaturalizando procesos, y se contaría con una instancia superior, ya que se puede apear la decisión del tribunal.

La tercera opción, sería necesario incorporar un procedimiento abreviado de revisión de la legalidad del actuar de los tribunales, no refiriéndose al recurso extraordinario de casación. La justificación de este procedimiento abreviado se hallará,

⁷¹ Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 274.

en que el perjuicio que la Administración ha ocasionado por no resolver su petitorio, o la demora en remitir una respuesta oportuna dentro del término legal, sea superado mediante un procedimiento ágil, que no suponga mayores trabas para el interesado, bajo la seguridad de una caución.

10. Conclusiones

El silencio administrativo surgió como respuesta a la inactividad de la administración que tenía frente a la petición del administrado, en primera instancia el silencio administrativo solo se refiere a una respuesta automática de forma negativa, pero el legislador sin intención de beneficiar a la administración sobre el administrado y garantizando los derechos establecidos en la Constitución y en la ley a favor del gobernado, se crea la figura de aceptación tácita positiva y se invierten los papeles, lo cual quiere decir que se establece como regla general el silencio administrativo positivo y como excepción el negativo.

Ya con la existencia del silencio administrativo positivo en forma garantista, el código lo establece como título de ejecución lo cual se presupone que daría soluciones y agilidad para la obtención del derecho ganado por el paso del tiempo, refiriéndose a la figura del silencio administrativo.

De igual forma, la Corte Suprema y el COA le ha otorgado al silencio administrativo el título de ejecución, permitiendo acceder al proceso de ejecución por vía administrativa y vía judicial dando así más amplitud y dejando al arbitrio o mejor criterio del gobernado. La normativa además lo define como acto presunto, es decir, como si el derecho ya existiera y estuviera firme, por lo tanto, siendo así no habría casación, pero como se ha podido analizar no se encuentra firme en todos los supuestos planteados, por el código anteriormente mencionado, en los artículos 207 y 209, lo cual quiere decir que el código ha generalizado los supuestos en un solo proceso.

De tal manera, el avance del Código Orgánico Administrativo resultó ser un arma de doble filo, pues le permitió al gobernado garantizar de alguna manera el acceso al derecho, ya que se estableció como requisitos para la configuración del silencio administrativo, la sola declaración juramentada de que ha transcurrido el plazo establecido en el código, y la fe de presentación.

Por otro lado, si bien limitó a la administración en su actuar, confundió a los tribunales en cuanto a la naturaleza del proceso del silencio administrativo positivo, pues varios tribunales creen que se trata de un proceso de conocimiento cuando en realidad se

está frente a un proceso de ejecución. De modo que desde la implantación o acogida de la figura del silencio administrativo positivo en el año 1993 con la LME y posteriormente impuesto como garantía en el COA la Corte Suprema y los tribunales distritales sigue dictando juicios y admitiendo a trámite los procesos de ejecución al recurso de casación como si se tratara de un juicio de conocimiento, lo que provoca pensar que reconocen el error de su actuar y en un intento por remediarlo aceptan un recurso extraordinario que no debería ser aceptado. Concretamente los tribunales desnaturalizan el proceso de ejecución, tratándolo como uno de conocimiento, otorgando tiempo de prueba, aceptando el recurso extraordinario de casación, y aceptando excepciones previas que no son propias del proceso de ejecución.

El segundo problema importante que cometen los tribunales sucede cuando le otorgan trámite a lo que no lo merece, pues son configurados como actos irregulares, es decir, que contienen vicios inconvalidables. Recuérdese que al ser considerados bajo los supuestos de actos irregulares no se configura un título de ejecución, por ende, no se podría dar trámite por vía de ejecución. Si el tribunal ha errado en ese sentido crea un grave problema debido a que este tipo de procesos no tiene una instancia superior o recurso que revise la legalidad del actuar de los tribunales *ad quo*.

El último problema se ve expuesto cuando los Tribunales a pesar de que el silencio administrativo positivo es considerado título de ejecución, por la normativa vigente, como consecuencia se encuentra dentro del proceso de ejecución, los tribunales solo deberían ejecutar tratando al silencio administrativo positivo como lo que es un título de ejecución. Como se ha demostrado a lo largo del trabajo, los tribunales lo consideran más como un proceso de conocimiento, desnaturalizando de esa manera el proceso otorgado al silencio administrativo, lo cual al final día genera inseguridad jurídica a los gobernados.

A lo largo del ensayo se demostró la necesidad del recurso de casación; hay que tener en cuenta que también dentro de estos juicios del silencio administrativo positivo como en cualquier otro, el auto ejecutabilidad o inejecutabilidad del silencio administrativo positivo que dicta el tribunal, también puede padecer de ilegalidad y merecer un análisis en el campo de casación según los dos supuestos, de errores más comunes cometidos de forma constante por el Tribunal, los cuales han sido recogidos por la propia Corte Suprema de Justicia.

Es decir, en principio no debería caber casación en procesos de ejecución, debido a que el principio no corresponde a la realidad de los hechos, manteniendo el fin por el cual fue creado el silencio administrativo positivo, resguardar al gobernado y subsanar la

equivocación del tribunal, y en vista de que no existe otro tipo de recurso que podría hacer una revisión al actuar del tribunal debería caber casación. Se debe considerar también que dentro de estos juicios, como en cualquier otra sentencia que se dicte, podría adolecer de ilegalidad, en ciertos supuestos del silencio administrativo positivo se busca la declaración de un derecho, por lo que merece ser analizado en el campo de la casación.