

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El Silencio Administrativo Positivo y su Desnaturalización en
el Ecuador**

Daniela Sofía Estévez Chávez

**Juan Pablo Aguilar, Dr.
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"El silencio administrativo positivo y su desnaturalización en el Ecuador."

Daniela Sofía Estévez Chávez

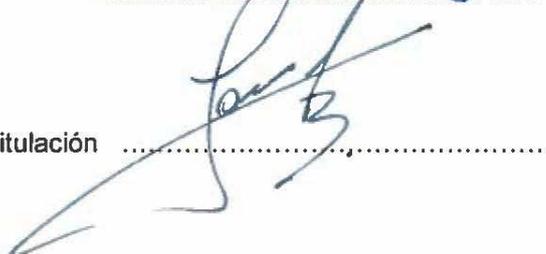
Dr. Juan Pablo Aguilar
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Javier Robalino
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Javier Bustos
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación



Quito, 17 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO El silencio administrativo positivo y su desnaturalización en el Ecuador

ESTUDIANTE Daniela Sofía Estévez Chávez

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

- a) Importancia del problema presentado.

LA INSTITUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO TIENE YA MÁS DE VEINTE AÑOS EN EL ECUADOR. SIN EMBARGO, LA DEFICIENTE REGULACIÓN LEGISLATIVA, UNIDA A UNA DETERMINADA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL, HA HECHO QUE LAS METAS PLANTEADAS AL CREAR LA INSTITUCIÓN, NO SE CUMPLAN EN LA PRÁCTICA; SE PUEDE DECIR, INCLUSO, QUE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NO FUNCIONA EN NUESTRO PAÍS. ENTENDER LA RAZÓN PARA ELLO Y PLANTEAR UNA ALTERNATIVA, ES POR ESO DE MUCHA IMPORTANCIA Y JUSTIFICA LA PERTINENCIA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN AL QUE SE REFIERE ESTE INFORME.

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

EL TRABAJO BUSCA DEMOSTRAR QUE LA FORMA EN QUE SE HA ENTENDIDO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN EL ECUADOR HA HECHO QUE LA INSTITUCIÓN, EN REALIDAD, CAREZCA DE SENTIDO, Y QUE NADA APORTE EN RELACIÓN CON EL SILENCIO NEGATIVO. SE TRATA SIN DUDA DE UNA HIPÓTESIS TRASCENDENTE, QUE PERMITE EXPLICAR LOS MOTIVOS POR LOS QUE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO NO TIENE APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL ECUADOR, NI FUNCIONA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS.

- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

LOS DOCUMENTOS Y MATERIALES EMPLEADOS SON PERTINENTES Y SUFICIENTES. INCLUYEN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA QUE ILUSTRAN A CABALIDAD LA TEORÍA GENERAL SOBRE EL TEMA Y LA FORMA EN QUE EL MISMO HA SIDO ENTENDIDO EN LA PRÁCTICA ECUATORIANA.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

LA ARGUMENTACIÓN ES CLARA Y BIN ESTRUCTURADA, ABORDA LOS PROBLEMAS QUE SE PUEDEN IDENTIFICAR EN RELACIÓN CON LA MATERIA Y LOS RESUELVE ADECUADAMENTE, DE MANERA QUE SE JUSTIFICA A CABALIDAD LA HIPÓTESIS PLANTEADA.

- e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

SE HAN MANTENIDO VARIAS REUNIONES DURANTE EL TIEMPO DE EJECUCIÓN DEL TRABAJO, LO QUE HA PERMITIDO PRECISAR EL ALCANCE Y CONTENIDO DEL MISMO. SE HAN ATENDIDO ADECUADAMENTE LAS SUGERENCIAS E INDICACIONES QUE SE HICIERON.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'JPAA', is positioned above the printed name.

JUAN PABLO AGUILAR ANDRADE

Quito, 30 de marzo de 2016

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 el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y apellidos: Daniela Sofía Estévez Chávez

Código: 00104608

Cédula de Identidad: 1720747441

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2016

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su apoyo y aliento durante toda la carrera de jurisprudencia y en la elaboración de esta investigación.

A las incomparables amistades que he construido en las aulas; Mariana Andrade, Belén Rubio, Katherine Calvachi y María Belén Arévalo. Gracias por todos los momentos que tuvimos y seguiremos viviendo.

A David Rossignoli, por su apoyo y cariño, tanto en este trabajo como en la vida.

A Juan Pablo Aguilar; a quien admiro como profesional y persona, con su guía, consejos y extrema paciencia contribuyó de manera fundamental en la realización de este trabajo.

RESUMEN

El silencio administrativo positivo surgió como una herramienta de contrapeso a la actuación administrativa. Su esencia fue, mediante el derecho de petición, impedir acudir a los tribunales como obliga el silencio negativo, y otorgarle al administrado un derecho autónomo. A pesar de la motivación para su creación, en el Ecuador existe un problema de ineficacia que conlleva a incertidumbre, indefensión y vulneración del derecho de petición del ciudadano. El presente trabajo de titulación realizará un análisis del proceso de desnaturalización jurídica del silencio administrativo positivo que ha tomado lugar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para finalmente, proponer un mecanismo legal que lo corrija pero que al mismo tiempo no permita abusos en el proceso por parte del ciudadano.

ABSTRACT

The affirmative administrative silence arose as a counterbalance to the administrative activity. Its essence was, throughout the right of petition, prevent the need to resort to the courts as the negative administrative silence mandates, and give the governed an autonomous right. Despite, of the reason for its creation, in Ecuador there is a problem of inefficiency that leads to uncertainty for the citizen that remains without defense and with a violation to the right of petition. This paper will present an analysis of the legal denaturalization of the affirmative administrative silence that exists in the Ecuadorian legal system, in order to propose a legal mechanism that not only corrects it, but in the same time does not allow abuse from the governed.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	10
2. EL PARA QUÉ DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.....	12
2.1. El silencio administrativo	12
2.2. Derecho de petición	16
2.3. Obligación de responder de la Administración	19
3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN EL ECUADOR.....	22
3.1. La ventaja del Silencio Positivo	22
3.2. El dilema del certificado.....	28
4. EL ALCANCE DEL SILENCIO POSITIVO	34
4.1. Limitaciones al silencio positivo	34
4.2. Propuesta de reforma legislativa.....	38
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	41
5.1 Conclusiones.....	41
5.2 Recomendaciones	43
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos mantienen una relación constante con la Administración Pública; relación que es vigilada por un ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el caso de la aplicación del silencio administrativo positivo tal como está contemplado en la ley, devela su gran deficiencia y afectación para el administrado, dejándolo en indefensión y causando impunidad en la actuación de la Administración.

En el primer capítulo, este trabajo de titulación buscará explicar el origen del silencio administrativo y el efecto que le otorgó el legislador; tanto negativo y positivo. Con esto, se entenderá que la característica principal del silencio positivo es la herramienta que otorga a los ciudadanos para hacer frente a la arbitrariedad de la Administración. Esta institución, tiene como fuente de origen, el derecho de petición; al ser de rango constitucional, el silencio positivo se origina como una garantía a este derecho con el objetivo de que el gobernado evite toda indefensión. Y es que el derecho de petición genera la obligación a toda la Administración Pública de responder ante las peticiones que realicen los ciudadanos.

Esta obligación de responder, no puede depender de la voluntad del funcionario público de cumplirla, y justamente por esto, el legislador incluyó en la ley plazos determinados para dar por satisfecha esta obligación. Lamentablemente, la Administración ha faltado a la legalidad al ignorar los plazos establecidos por lo que el administrado no tenía otra opción que permanecer en la incertidumbre. Con los efectos otorgados al silencio de la Administración, se generó un respaldo jurídico que suple la falta de respuesta y así el ciudadano ya no queda en indefensión sino que conoce las opciones disponibles que la misma ley prevé.

Lo cual, conlleva al segundo capítulo, donde se analiza la institución del silencio positivo en concreto en el Ecuador; planteando los principales problemas que su legislación ha ocasionado en su aplicación. La falta de conocimiento de la esencia del silencio positivo por parte de los jueces locales provocó una desnaturalización de la institución estudiada; mediante la jurisprudencia se agregaron parámetros innecesarios al silencio positivo quitándole su atractivo de eficiencia y prácticamente igualándolo al silencio positivo. Tal influencia tuvo esta línea jurisprudencial que con la reforma en el año dos mil a la Ley de Modernización, se añadió como requisito a la certificación del vencimiento del plazo. Es decir; los jueces interpretaron que el derecho originado por el silencio positivo no solamente debía ser necesariamente ejecutado por un juez, contraviniendo la naturaleza que dio luz al silencio positivo. Sino, que condicionó a que el certificado sea un requisito ineludible para el ciudadano.

La consecuencia fue una nueva indefensión e incertidumbre para el administrado que además terminó por fomentar la ya existente saturación de la actuación administrativa. Por tanto, el silencio positivo no cumple su fin de garantía y se convirtió en una carga tanto para el gobernado como la Administración.

Con el fin de dar una solución viable a estos problemas; se explica la importancia de un conocimiento íntegro del silencio positivo lo que permitiría su correcta aplicación. Llegando así, al capítulo tres; donde se indica las limitaciones que deben existir alrededor del silencio positivo para garantizar su eficiencia y evitar todo tipo de abusos. Recopilando todo lo dicho en una propuesta de reforma legislativa que cambiaría la actual desnaturalización de silencio positivo. Finalmente, se expondrá las conclusiones más relevantes de este trabajo investigativo en conjunto con las recomendaciones.

Todo el análisis expuesto originó en el anhelo de buscar que la aplicación del derecho esté acorde a la esencia por la que surgen las normas en el ordenamiento jurídico. Si bien el trabajo del abogado es darle al cliente una solución legal a su problema, es pertinente añadir a ese trabajo la obligación de que el derecho no se vuelva ajeno a la razón de su existencia; que regule la interacción entre ciudadanos y Estado en apego a la legalidad. En una sociedad es vital que el derecho sea aplicado en respeto de los derechos que contiene con el fin de evitar toda arbitrariedad.

Justamente en respuesta a la arbitrariedad que lamentablemente aqueja a las relaciones entre la Administración y los gobernados en el Ecuador, es que resalta la relevancia de la existencia del silencio positivo. Para que así, el ciudadano conozca las ventajas de esta institución y pueda ejercerlas frente al Estado que tiene la balanza del poder inclinada a su favor. La correcta aplicación del silencio positivo no solo le dará agilidad en el ejercicio de las actividades del ciudadano, sino que obligará a que la actividad administrativa se apegue a la legalidad y no actúe acorde a la voluntad de la autoridad de turno.

Con el rol de los abogados en la sociedad, es pertinente enmendar aquellas herramientas, como la del silencio positivo, para que la garantía de los derechos de los ciudadanos no se vea mancillada por el abuso del poder y poder brindar una verdadera eficiencia al ofrecer nuestros servicios a la sociedad ecuatoriana.

2. EL PARA QUÉ DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

La incoherencia que caracteriza al ordenamiento jurídico frente a su aplicabilidad por parte de los ciudadanos dio partida al análisis de la institución del silencio administrativo positivo. En este capítulo, se analizará la razón de ser de este silencio administrativo. Para tal efecto, se describirá su origen; se diferenciará el silencio negativo del positivo, el cual deriva en el derecho de petición; y se analizará la obligación que tiene la Administración Pública (en adelante referida solo como Administración) de dar respuesta al ciudadano. A través de lo señalado, se busca dar una premisa doctrinal clara del problema real del silencio administrativo positivo en el Ecuador (que será tema del siguiente capítulo), su legislación y aplicabilidad.

2.1. El silencio administrativo

La existencia de la institución del silencio administrativo tiene su razón en evitar la arbitrariedad de la Administración, además de contrarrestar jurídicamente la incertidumbre que produce la Administración al incumplir su obligación de responder; este incumplimiento, no solamente atenta contra la seguridad jurídica¹ que engloba al administrado, sino que le inhibe de defenderse. La falta de respuesta impide que el afectado acuda a la ley y a los medios establecidos para resguardar sus derechos y además permite que la Administración se deslinde de consecuencias por no apegarse a lo que la ley exige. Luis Delgadillo Gutiérrez acertadamente manifiesta que:

Los gobernados no pueden esperar indefinidamente el pronunciamiento de la autoridad administrativa respecto de sus pretensiones, lo cual ha llevado al Derecho y a la legislación a interpretar el silencio administrativo cuando existiendo la obligación de resolver dentro de un plazo, la autoridad no responde².

La interpretación del silencio de la administración surge en Francia. En un inicio no existía control jurisdiccional alguno sobre la actividad de la Administración; por esto, se instituye el Consejo de Estado, al cual le correspondía juzgar los actos realizados por la Administración. Sin embargo, siendo que se evaluaba la legalidad del acto en sí, la ausencia de dicho acto, o pronunciamiento previo de la Administración, conllevaba a que el reclamante

¹ El derecho a la seguridad jurídica es reconocido por la Constitución Ecuatoriana. Artículo 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

² Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa. *Compendio de Derecho Administrativo*. 1era Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1998, p. 276.

no tuviera acceso alguno a los órganos judiciales; es decir, si el reclamante no recibía respuesta, no tenía un acto que impugnar, cayendo en total indefensión de sus derechos³. Nace entonces la doctrina del acto administrativo: la ausencia de acto de la Administración se interpreta como desestimación de la petición del ciudadano, permitiéndole acceder a los órganos judiciales. De esta manera, el primer efecto otorgado al silencio de la administración fue el negativo:

El silencio administrativo de efectos negativos constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento del acto o resolución administrativa previa con el concreto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal, y de permitir la fiscalización judicial⁴.

Según lo descrito, no se agrega una situación jurídica al peticionario, sino que éste cuando no adquiere lo que solicita, evita el anterior estado de indefensión al que se veía obligado en caso del silencio de la Administración. Con este efecto del silencio negativo, la norma extiende mecanismos de defensa al ciudadano. Esta interpretación fue evolucionando hasta que el legislador francés dictó la ley del 17 de junio de 1900 según la cual, transcurridos cuatro meses sin que haya resolución, se entiende desestimada la petición formulada y se podía acudir al Consejo de Estado⁵.

El silencio negativo genera la posibilidad de acudir ante un juez. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que el silencio negativo: “no es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio sino, precisamente, lo contrario. La ausencia de toda actividad volitiva de la Administración”⁶. No se trata, entonces, de que la ley suple la voluntad de la Administración, sino que esa voluntad queda inexistente. Concluyen los autores citados definiendo este silencio como una: “mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional”⁷. El silencio administrativo negativo no pone fin al procedimiento iniciado por

³ María Eugenia Guillén Pérez. *El Silencio Administrativo; el control judicial de la inactividad administrativa*. 2da. Edición. Madrid: Editorial COLEX, 1997, pp. 28 – 29.

⁴ Juan Carlos Benalcázar Guerrón. “El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual”. *Ruptura No. 46*. (2003), p. 184.

⁵ François Julien-LaFerrière. *Cuando callar es resolver: el silencio administrativo y sus efectos*. http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/FrancoisLaferriere.pdf (acceso 18/12/2015), pp. 2- 5.

⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimosexta Edición. Madrid: Civitas, 2013, p. 643.

⁷ *Id.*, pp. 648.

la petición del administrado, lo deja sin respuesta y sin alteración alguna a su esfera de derechos.

Posterior a la institucionalización del silencio negativo, nace una forma diferente de interpretar el silencio de la Administración. En virtud de la eficiencia y la celeridad como principios básicos de todo proceso, se genera una línea de pensamiento en la cual el efecto del silencio es positivo. Si la Administración no contesta la petición, con solo el vencimiento del plazo, la ley determina que lo solicitado sea favorable al peticionario. Consecuentemente, se altera la esfera de derechos del administrado permitiendo oponer dichos efectos frente al que corresponda. Se elimina de esta manera toda incertidumbre; ya no solo se interpreta el silencio de la Administración sino que la ley suple el silencio y genera un derecho para el administrado. García de Enterría y Fernández enfatizan que:

Constituye, pues, un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso [...] el mero vencimiento del plazo establecido para resolver sin que se haya notificado a los interesados resolución alguna determina automáticamente el surgimiento del acto presunto estimatorio en los procedimientos iniciados a solicitud de aquellos, que podría hacerse valer desde ese mismo momento tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídico, pública o privada⁸.

Manrique Jiménez Meza confirma la tesis planteada por García de Enterría y Fernández cuando manifiesta que: “El silencio negativo es una inactividad u omisión que violenta el derecho fundamental de justicia pronta y cumplida; el debido proceso y el derecho de petición [...] es simple incumplimiento administrativo”⁹. Argumenta que este silencio hace posible la entrada a la vía jurisdiccional, lo cual no tiene ningún efecto en la esfera de derechos del peticionario. Al referirse al silencio positivo, el mencionado autor considera que aplica de pleno derecho por mandato de la ley cuando tengan lugar los parámetros por ella señalados.

Jiménez menciona, además, la importancia de que el peticionario tenga un derecho pre constituido; es decir, un derecho subjetivo que existe antes de formular la petición, lo cual hace que legalmente el titular del derecho no pueda quedar privado del uso y aplicación de dicho derecho. El silencio positivo se convierte en la forma de garantizar ese derecho; entonces, si la petición constituye una autorización, permiso, licencia, etc., el silencio positivo lo hace una realidad por su previa validez y existencia¹⁰.

⁸ *Id.*, p. 251.

⁹ Manrique Jiménez Meza. “El silencio positivo y el Derecho de la Constitución para la protección efectiva de los derechos subjetivos ciudadanos”. *Justicia, libertad y derechos humanos; ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo II. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 939

¹⁰ *Id.*, pp. 929- 930.

El administrado encuentra en el silencio positivo una herramienta eficaz que, a través del derecho de petición, permite resguardar su derecho; la presente tesis lo considera como una garantía derivada de la Constitución. Es la ley la que le ha dado los efectos jurídicos a dicho acto y, en virtud del principio de legalidad, la Administración no tiene más opción que cumplirla. ¿Qué respaldo tiene entonces el silencio positivo? La respuesta yace en la finalidad de su creación; Penagos lo acepta al señalar que: “El fundamento del silencio administrativo tanto negativo como positivo, es el de evitar la arbitrariedad de los funcionarios y la injusticia que origina la abstención de la administración al no resolver”¹¹. Surge entonces el silencio positivo como una garantía, evitando la indefensión del ciudadano.

Resalta el hecho de que es necesaria una correcta regulación del silencio positivo, caso contrario puede darse la situación que plantea Miguel Acosta Romero: “si se da efecto positivo al silencio de la Administración, se llegaría al grado de que los particulares obtuvieran absolutamente todo lo que solicitan”. Para él, el silencio positivo no debería tener cabida pues existen en la ley otros medios de resguardar los derechos; plantea una distinción entre el derecho de petición y el silencio administrativo; “en el supuesto de que la autoridad no conteste, no se configura el silencio de la Administración, sino más bien una violación a una garantía constitucional”¹². Entonces, habría que tomar otras medidas judiciales ante ese hecho; tomando por ejemplo la acción de protección en Ecuador. Por tanto, el autor citado parte de que la regla general debe ser que el silencio administrativo se considere desestimatorio para que el ciudadano acuda prontamente al sistema jurisdiccional. Acosta concluye con una crítica a la forma en la que está regulado el silencio positivo en la legislación mexicana pues ha ocasionado que se entorpezca la eficacia y se retrase la resolución de la autoridad¹³.

En virtud de lo señalado, de la posición de Acosta se puede extraer la razón de la ineficacia del silencio; la manera en la que es legislada. La mala interpretación del legislador al regular el silencio administrativo puede traicionar su naturaleza de garantía, y volverla una institución ineficiente y lenta que termine agravando la situación del administrado frente a la autoridad; lo que vulnera aún más sus derechos. Justamente este es el caso del silencio administrativo en el Ecuador, donde lamentablemente no ha habido una correcta reforma que

¹¹ *Id.*, p. 41.

¹² Manuel Acosta Romero. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Decimocuarta Edición. México: Editorial Porrúa, 1999, p. 853.

¹³ *Id.*, p. 857.

alivie al administrado, llegando al extremo de que no se considere a esta institución como una ayuda sino, por el contrario, como una carga.

La presente tesis encuentra su sentido en la realidad descrita y busca dar una respuesta jurídica a este problema; lo que, en la práctica, puede fortalecer la finalidad del silencio administrativo.

2.2. Derecho de petición

El silencio administrativo positivo como institución jurídica tiene su fundamento en el derecho de petición, el cual permite, regula y garantiza la interacción entre administrador y administrado. Este derecho ha formado parte de la historia pues en distintas formas de gobierno se ha resaltado la importancia de la petición¹⁴.

A lo largo de las Constituciones ecuatorianas, el derecho de petición no ha sido ignorado. La Constitución Política de 1929 lo menciona directamente estableciendo que: “El derecho de petición a la autoridad competente, la que no podrá desecharla en la resolución del caso. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente”¹⁵. Asimismo, la Constitución de 1946 manifiesta: “La libertad de petición por escrito, individual o colectiva, ante cualquiera autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente”¹⁶. En este último caso, se puede observar la evolución del derecho pues ya exige una respuesta a la petición. En la Constitución de 1998 se agrega que la recepción de la respuesta sea “en el plazo adecuado”¹⁷. Finalmente, la Constitución vigente a partir del 2008 menciona un elemento importante: “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las

¹⁴ Lo incluye la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, en el Título I. La norma surge en pleno auge de la Revolución Francesa: “(...) la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente. Más antiguo aún, el derecho de petición es recogido por la Declaración de Derechos inglesa de 1689, en el numeral V: “Que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento a los peticionarios. Ver en: Fernández Sarasola. *Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791)*. Revista Historia Constitucional. Junio, 2009. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/115/99> (acceso: 19/11/2015). Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1689. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm> (acceso: 19/11/2015).

¹⁵ Constitución Política del Ecuador. Artículo 151 numeral 26. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

¹⁶ Constitución Política del Ecuador. Artículo 187 numeral 12. Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946.

¹⁷ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 23 numeral 15. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas”¹⁸. El desarrollo constitucional del derecho de petición es importante e inherente a los ciudadanos y, por tanto, ineludible para el Estado.

La norma constitucional describe las implicaciones del derecho de petición en dos partes: la primera es que cada ciudadano pueda dirigir toda petición a la autoridad, lo que resulta intuitivo en su interpretación; pero es la segunda parte, referida a la atención o respuesta por parte de la Administración, a la que da énfasis esta tesis debido al reiterado olvido de los funcionarios públicos de responder. El derecho de petición obliga a la Administración a dar una respuesta que además debe ser motivada.

Es imperativo entender el alcance del derecho de petición en su totalidad pues su correcta aplicación es lo que haría eficiente al silencio administrativo positivo. Edgar Neira define a la petición como:

El derecho de toda persona, natural o jurídica, de solicitar, reclamar, recurrir, consultar o quejarse ante autoridad administrativa competente y obtener de ésta la correspondiente respuesta, en el plazo razonable en conformidad con la ley. La respuesta de la administración no siempre será favorable a la pretensión del administrado, pero en todos los casos deberá estar fundamentada en Derecho en cumplimiento a su deber de motivación¹⁹.

El citado jurista menciona otro elemento propio del derecho de petición; responder en un plazo razonable, particular que el legislador de la Constitución actual omitió. No obstante, es una obligación para la Administración hacerlo. Esto no implica que la respuesta de la autoridad sea favorable para el ciudadano; ya sea a favor o en contra, la respuesta deberá ser motivada, alineándose así con otra exigencia constitucional²⁰.

Patricio Cordero, como parte del análisis del silencio administrativo positivo, establece que: “el derecho de petición es aquella facultad que tiene toda persona de acudir a cualquier autoridad [...] en los casos señalados por la ley, para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta resolución”²¹. Su énfasis en la legalidad para la petición permite dilucidar que el silencio administrativo positivo no tiene lugar en toda solicitud que realice el administrado,

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 23. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹ Edgar Neira. “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”. *Ruptura No. 46*. (2003), p. 134.

²⁰ La motivación es exigida por la Constitución en el artículo 76 numeral 7 literal I: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

²¹ Patricio Cordero. *El Silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo, 2009, p. 23.

sino que sólo aplica en los escenarios descritos por la ley. Esto reduce el alcance de la figura estudiada y realza la importancia de que la norma jurídica establezca claramente cuándo y cómo debe aplicarse. Por tanto, es el elemento legislativo del silencio positivo en el Ecuador lo que ha tergiversado su naturaleza y lo que será analizado en el siguiente capítulo.

El derecho de petición da un marco general que se va reduciendo según la circunstancia particular del ciudadano que fundamenta su petición. Así lo considera Jacobo Pérez Escobar, quien define a este derecho como: “La facultad concedida a las personas de llamar la atención o poner en actividad a las autoridad públicas sobre un asunto determinado”²². El que sea un asunto particular justamente determina si opera el silencio administrativo positivo, en caso de que sea afectada la esfera de derechos del peticionario; caso contrario, no habría lugar a dicho efecto. En general, el derecho estudiado tiene un amplio marco de acción con el fin de no entorpecer a la Administración, sino volverla eficiente para garantizar los intereses de los ciudadanos.

Ahora bien, la descripción constitucional del derecho de petición ha sido desarrollada y la Corte Constitucional ecuatoriana define lo que comprende el derecho de petición. En realidad, hace suya la doctrina planteada por la jurisprudencia constitucional colombiana y establece que:

El derecho de petición, es un derecho de carácter fundamental que abarca otras prerrogativas constitucionales, tales como el derecho a la información, el derecho a la participación política y el derecho a la libertad de expresión; (ii) El núcleo esencial del derecho de petición radica en la obligación de la autoridad de dar respuesta pronta y oportuna a la petición elevada; (iii) Esta respuesta debe, además: (i) resolver de fondo el asunto cuestionado y (ii) ser clara, precisa y guardar estrecha relación con lo solicitado; (iv) La garantía de este derecho no implica que se deba dar una respuesta favorable de lo solicitado; (v) El derecho fundamental de petición no se satisface a través del silencio administrativo negativo, en su lugar, debe entenderse que esta figura constituye prueba de su desconocimiento; (vi) La carencia de competencia por parte de la entidad ante la que se eleva la solicitud, no la exime del deber de dar respuesta y de notificarla al interesado²³.

La definición impuesta por la citada Corte es el parámetro de interpretación para el derecho de petición, es clara y completa; es en base a estas directrices que deriva el silencio administrativo positivo en el país. Con todo lo expuesto, la obligación de la Administración de responder es dar cumplimiento a lo que exige el derecho de petición. Su omisión, por tanto,

²² Jacobo Pérez. *Derecho Constitucional Colombiano*. 5ta ed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1991, p. 283.

²³ Corte Constitucional para el período de transición. *Sentencia N.º 035-11-SEP-CC*. Caso N.º 0895-09-EP, 16 de noviembre del 2011. Registro Oficial Suplemento 597 de 15 de Diciembre del 2011. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia N.º T-920*, 18 de Septiembre del 2008.

vulnera el derecho constitucional del administrado. La importancia de esta obligación será analizada a continuación.

2.3. Obligación de responder de la Administración

La obligación de responder ha evolucionado desde la doctrina al ordenamiento jurídico para que la Administración pueda ser sancionada por incumplirla; es decir, debe someterse a la legalidad. Por lo tanto, los órganos de la Administración están en una situación de deber, de actuar según el derecho manda que actúe²⁴. De hecho, el principio de legalidad no solamente es fundamental sino ineludible para la Administración:

[Constituye] uno de los principios rectores de la Administración y está ampliamente ligado al principio del Estado de Derecho. Es decir, el Estado sometido al ordenamiento jurídico, y además, la Administración Pública sometida, en sus actuaciones, a la norma positiva que tipifica previamente su actuación, determinando los límites y contenidos de dicha actuación.²⁵

La legalidad se vuelve una garantía para el peticionario en el caso de estudio ya que genera la obligación de la Administración de responder y la hace inobjetable. El primer paso es entender cuándo se cumple esta obligación: consiste en “resolver expresamente los expedientes administrativos, tanto a los procedimientos incoados a instancia del interesado como a los incoados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o cualquier interesado”²⁶. El administrado se relaciona diariamente con la Administración por razones de toda índole. Por tanto, es relevante definir de manera explícita el alcance de la obligación que se debe responder. Empieza con la recepción de la petición de manera imperativa incluso si quien lo recibe no es competente para resolver lo solicitado o si el documento no cumple con los requisitos legales²⁷. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) recoge esta hipótesis incluso dando directrices de lo que la autoridad pública debe hacer en caso de que sea incompetente²⁸; en

²⁴ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va. Edición. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002, p. 444.

²⁵ Javier Robalino. *El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador*. V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. [http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20\(JavierRobalino\).pdf](http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20(JavierRobalino).pdf) (acceso: 05/09/2015), p. 193

²⁶ María Eugenia Guillén Pérez. *El Silencio Administrativo; el control judicial de la inactividad administrativa*. 2da. Edición. Madrid: Editorial COLEX, 1997, p. 103.

²⁷ Edgar Neira. “Sobre la técnica del silencio administrativo”...*Óp. cit.*, pp. 138- 139.

²⁸ Artículo 87: “Frente a las peticiones o reclamaciones de los administrados, cuando un órgano administrativo se estime, fuera de toda duda razonable, incompetente para el conocimiento y resolución de ese

cuyo caso puede archivar la causa notificando al peticionario o remitir a la autoridad que corresponda.

Cumplida la recepción, la Administración debe procurar remover todo obstáculo que pueda suspender el trámite iniciado²⁹. Es decir, debe dar todas las facilidades para que tenga lugar la resolución de lo pedido, garantizando así el derecho de petición del administrado. La Constitución menciona que no “se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”³⁰. Aunque lo citado se refiere a la función judicial, el principio constitucional detrás de este artículo es claro: no entorpecer el ejercicio de las funciones del Estado por meras formalidades³¹.

El siguiente paso es dar una resolución de fondo a lo solicitado en el plazo establecido. Aquí yace la fuente del silencio administrativo positivo: el no cumplir el plazo produce la aceptación tácita de la petición. El plazo dependerá de la entidad a la cual se presente la petición. Cabe resaltar que un elemento clave de este proceso es que la resolución verse sobre el asunto; es decir, una verdadera absolución de lo que el administrado haya solicitado³². El ERJAFE se refiere a este punto en estos términos: “La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”³³. Siendo que el fin es garantizar el derecho de petición y que el silencio administrativo positivo es la regla general; si la Administración expide resolución de lo pedido pero no cubre la totalidad de lo solicitado, operaría esta institución en lo que se omitió resolver; así, el derecho de petición es respetado de manera íntegra para el

asunto, se dispondrá el archivo correspondiente, debiendo notificar del particular al peticionario, sin perjuicio de que los interesados recurran o la reenvíen al órgano que consideren competente. No operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto”. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Registro Oficial 536 del 18 de marzo de 2002.

²⁹ Edgar Neira...*Óp. cit.* 141.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 169. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³¹ El ERJAFE resalta la importancia de la remoción de obstáculos, el artículo 114 numeral 1 reza: Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración Pública Central que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía o retraso en la tramitación de procedimientos. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 114 numeral 1. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Registro Oficial 536 del 18 de marzo de 2002.

³² Edgar Neira. “Sobre la técnica del silencio administrativo”...*Óp. cit.* p. 142.

³³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 156 numeral 1. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Registro Oficial 536 del 18 de marzo de 2002.

petionario. Caso contrario, existiría incertidumbre en lo que la Administración omitió cubrir.

Finalmente, la obligación de resolver culmina con la notificación de la resolución al petionario. La notificación es la garantía que tiene el ciudadano de realmente constatar la resolución y evita que la Administración afronte las consecuencias de eludir la obligación de responder. Consecuentemente, sería suficiente con que la Administración demuestre que utilizó los medios establecidos para notificar al administrado para que se dé por cumplida la obligación de responder³⁴.

Tener pleno conocimiento del alcance de esta obligación le permitiría a la Administración actuar dentro del margen de la norma establecida; empero, la práctica refleja totalmente lo contrario. Incontables veces instituciones públicas rechazan documentos por no “cumplir los requisitos” cuando muchos de ellos son inventados por la autoridad de turno. No hay agilidad en el trámite administrativo y, justamente en virtud de que la Administración no ha sabido atenerse al plazo normativo para resolver las peticiones del administrado, el mismo legislador se ha visto en la necesidad de estipular el silencio administrativo positivo en el ordenamiento jurídico. Con su aplicación, no solo se sanciona a la autoridad pública, sino que se protege al ciudadano afectado.

³⁴ Vicenc Aguado I Cudola. *Silencio Administrativo e Inactividad; límites y técnicas alternativas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA., 2001, pp. 190-191.

3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN EL ECUADOR

Parecería, según lo mencionado en el capítulo anterior, que el silencio administrativo positivo, al ser una garantía al derecho de petición, debería ser la herramienta principal de defensa de los derechos del ciudadano. El fin de esta institución constituía un contrapeso frente al poder de la Administración. Sin embargo, esta meta ha sido frustrada por la deficiente legislación del silencio positivo; no solo genera vacíos legales innecesarios, sino que violenta la naturaleza misma de su existencia, devengando en una grave ineficiencia e incluso, nuevamente, indefensión para el ciudadano. El ejemplo icónico de que el legislador ecuatoriano verdaderamente desconoce la esencia del silencio positivo es el artículo 28 de la Ley de Modernización que, por su relevancia en el caso de estudio, se transcribe a continuación:

Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, *el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan* [las cursivas son mías]³⁵.

Del artículo descrito se pueden puntualizar dos grandes deficiencias. En primer lugar, la necesidad de que el funcionario encargado dé trámite a la petición y entregue un certificado de vencimiento del término bajo pena de destitución; esto violenta la ventaja principal que ofrece el silencio positivo que es evitar acudir a los tribunales contenciosos administrativos como obliga el silencio negativo. El segundo problema recae en la palabra “demostrar”, lo cual devela la necesidad de probar que operó el silencio positivo a favor del peticionario. Ambos problemas son el objeto de análisis de este capítulo.

3.1. La ventaja del Silencio Positivo

El principal atractivo para la eficiencia del silencio positivo recae en la posibilidad de ejecutar el derecho sin necesidad de acudir ante el juez. El articulado normativo devela una

³⁵ Ley de Modernización del Estado. Artículo 28. Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993.

falta de entendimiento de la esencia del silencio positivo. A diferencia del silencio negativo, el cual permite al peticionario acceder a la vía jurisdiccional sin alterar su esfera jurídica, el silencio positivo constituye un derecho para el peticionario con el fin de ponerlo en práctica de manera directa. García Pérez analiza este efecto inmediato:

[Tildaba] al silencio positivo de “inútil” cuando el reconocimiento de la estimación presunta requería de una actuación administrativa posterior, infrecuente en los casos en que el efecto inmediato del silencio consistía en habilitar al ciudadano para la realización de un derecho o actividad, por cuanto su eficacia dependía normalmente de la propia voluntad o capacidad de su titular, pero no tanto si lo que se pedía era una acreditación de que tal silencio se había producido³⁶.

En consecuencia, que el silencio positivo faculta al peticionario, por su propia voluntad, sin acreditación alguna, a poner en práctica el derecho otorgado. La Corte, reconoce el derecho autónomo que se produce con el silencio positivo:

[Conviene] señalar que el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio [...] el efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho³⁷.

Entonces, si el silencio positivo genera un derecho autónomo y es una presunción de derecho, la necesidad de que un juez acredite lo otorgado por el silencio carece de respaldo jurídico. El derecho autónomo nace con el silencio positivo y, por tanto, forma parte de la esfera jurídica del peticionario, estando libre de todo gravamen o condición. La misma Corte plantea que incluso si la entidad administrativa emite una resolución posterior al silencio, desfavorable para el ciudadano, el derecho generado no es afectado: le otorga la calidad de presunción de derecho; consecuentemente, toda prueba del surgimiento de dicho silencio positivo es innecesaria.

Uno de los objetivos de la presunción de derecho es eliminar toda duda y falta de certeza sobre determinada institución o afirmación jurídica³⁸; es por eso que el legislador incluye este

³⁶ Marta García Pérez. “El Silencio Administrativo en España”. *Misión Jurídica; Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. 6. (2013), p. 13.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial 10 del 10 de Diciembre de 1997. p. 2.

³⁸ Jairo Parra Quijano. *Reflexiones sobre las Presunciones*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20PRESUNCIONES-%20JAIRO%20PARRA%20QUIJANO.pdf>. (acceso: 07/03/2016), pp. 11-12.

tipo de presunción en el ordenamiento jurídico. La Corte, al interpretar el efecto positivo del silencio y catalogarlo como presunción de derecho, al parecer sin conocimiento profundo de esta institución, otorga seguridad al administrado pues reconoce que deviene del derecho de petición. La calidad de presunción de derecho es vinculante para nuestro ordenamiento pues existen Fallos de Triple Reiteración al respecto³⁹.

Como consecuencia de lo anterior, el administrado puede actuar libremente en virtud de su derecho adquirido. Ernesto García Trevijano reconoce que el silencio positivo, a diferencia del negativo, no tiene un efecto meramente procesal sino que: “Estos efectos jurídico-sustantivos se traducen en que el peticionario verá estimadas sus pretensiones precisamente por efecto directo de la inactividad formal de la administración, y se encontrará, por tanto, legitimado para poder actuar”⁴⁰. Esta legitimación para que el administrado ejerza su derecho es la verdadera garantía que otorga el derecho de petición: la eficiencia que otorga la ley para suplir la negligencia de la Administración y, por tanto, la contradicción de la intervención de un juez. Esta contradicción empieza por la Corte determinando la necesidad de que se ejecute el derecho obtenido por el silencio positivo:

[No] es lo mismo "impugnar" un acto por considerar que éste afecta un derecho subjetivo, que acudir a los órganos judiciales con el objeto de hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto en el que se declara o reconoce un hecho o un derecho, o bien, se admite una prestación de dar, hacer o no hacer a cargo de la administración omisa; (2) por la introducción del silencio administrativo con efectos positivos, el proceso contencioso administrativo tiene, actualmente, una función adicional que debe ser cumplida [...] la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa⁴¹.

Al establecer un plazo a partir del cual se pueda acudir ante el juez para ejecutar al el derecho originado por el acto administrativo presunto nacido por silencio positivo, devela la necesidad de acudir ante el contencioso administrativo. Lo equipara, sin decirlo expresamente, al silencio negativo; agrega un efecto procesal al silencio positivo que es

³⁹ Vid. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Efecto Positivo Del Silencio Administrativo es Presunción de Derecho. Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1996 de 1 de Enero de 1996. Resolución: No. 321/97. Resolución No. 195/99. Resolución No. 217/99.

⁴⁰ Ernesto García Trevijano Garnica. *El silencio administrativo en derecho español*. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 172. Citado en Gustavo Penagos. *El Silencio Administrativo; el valor jurídico de sus efectos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2013, p. 98.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 220. Registro Oficial 344 de 23 de mayo del 2008. p. 2.

redundante. Lo curioso de este análisis es que la Corte, en otra resolución, reconoce que el acto administrativo presunto es autónomo:

[El] efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso) [...] La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presuma legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no ha operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente⁴².

Se puede extraer de este pronunciamiento que para dejar sin efecto el acto administrativo presunto, es la Administración la que debe seguir la vía correspondiente que establece el sistema jurídico ecuatoriano. Y, tal como un acto administrativo expreso, el beneficiario puede ejecutarlo dado que el mero acto es su respaldo del derecho obtenido. No debería ser el ciudadano el encargado de acreditar y probar que tiene el derecho por silencio positivo.

Lamentablemente, ignorando la calidad que la misma Corte le otorga, la inevitable necesidad de que, una vez causado el silencio positivo para el administrado, este deba acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo se ha vuelto la línea continua por parte de la jurisprudencia local pues, o debe ejecutar su derecho o debe esperar a que el juez ratifique su existencia. En ambos casos, se atenta contra la esencia del silencio positivo, cuya diferencia primordial con el efecto negativo del silencio es el acudir ante la vía judicial. El silencio negativo, al desestimar la petición del administrado se vuelve una herramienta para el gobernado de acudir a la vía judicial. Esta es la causa del silencio positivo:

[El] silencio negativo le pone clausura a la falta de definición que el Estado adopte ante el derecho de petición que se le formule, sin la cual fácilmente evitaría que la jurisdicción contencioso administrativa, como receptora del control jurídico por acción, entrará a revisar ese comportamiento oficial inadecuado frente a los gobernados⁴³.

Sin el silencio negativo, se generaría una indefensión para el ciudadano pues no tendría cómo acudir ante un juez para que revise la actuación de la Administración. Esta vía de acceso al control jurisdiccional es lo que le faculta al administrado a decidir pedirle al juez que le otorgue el derecho solicitado en la petición, aplicando todos los medios de prueba a su

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 480. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 de octubre del 2009. p. 2.

⁴³ Abel Berdejo. "El derecho de petición y las finalidades del silencio administrativo. Algunas concepciones doctrinarias". *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 6. N° 11. (2009), p. 30.

favor. La Administración, de igual manera, deberá presentar sus argumentos para que el juez determine la viabilidad del derecho solicitado.

El efecto negativo del silencio genera situaciones procesales favorables para el gobernado, ya que acudir ante el juez no es su única opción. Céspedes Zavaleta es claro: “La ventaja de la institución radica en que el particular peticionante queda facultado a decidir si hace valer la técnica del silencio administrativo negativo o espera la emisión del acto”⁴⁴. En otras palabras, el que su petición se entienda negada cuando la Administración no responda dentro del plazo elimina la incertidumbre con el fin de que el ciudadano pueda determinar la conducta a seguir. El silencio negativo nació para esto: evitar que el ciudadano espere sin límite una respuesta de la Administración.

Incluso con el silencio negativo, no es obligatorio para el peticionario acudir al Tribunal Contencioso Administrativo. Siendo que el silencio positivo genera un derecho para el peticionario, no necesita la autorización de un juez para ejecutarlo. García de Enterría manifiesta:

El mero vencimiento del plazo establecido para resolver sin que se haya notificado a resolución alguna determina automáticamente el surgimiento del acto presunto estimatorio en los procedimientos iniciados a solicitud de aquellos, que podrá hacerse valer desde ese mismo momento tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada⁴⁵.

Lo señalado pone de manifiesto que ese derecho es oponible para los demás desde que nace, y por tanto nada impide que sea ejercido a beneficio de su titular. Empero de lo mencionado, la jurisprudencia ecuatoriana ha develado, quizás por ignorancia o conveniencia, un desconocimiento de esta característica intrínseca del silencio positivo, y ha establecido que el ciudadano acuda al Tribunal Contencioso Administrativo para ejecutar el derecho obtenido.

La Corte resalta la necesidad de plantear una acción de ejecución para el silencio positivo: “producido el silencio hay lugar a demandar la ejecución del derecho así obtenido, mediante una controversia de puro derecho, pero desde luego en este trámite que tendrá prueba en tal caso, no sería materia de la misma la justificación del derecho adquirido por el silencio”⁴⁶. La prueba a la que hace mención lo citado es la del vencimiento del plazo para responder; por

⁴⁴ Adolfo Céspedes Zavaleta. “El silencio administrativo positivo: ¿resulta un mecanismo acertado para promover la eficiencia del Estado?”...*Óp. cit.* p. 17.

⁴⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimosexta Edición. Madrid: Civitas, 2013, p. 651.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Serie 17. Gaceta Judicial 14 de 28 de octubre del 2003. p.2.

tanto, la acción de ejecución solo tiene cabida bajo el supuesto de que la certificación haya sido suplida por el ministerio de la ley; en otras palabras, que el ciudadano haya pedido el certificado sin respuesta, y realizado el requerimiento judicial sin resolución. Esta situación se detallará más adelante.

La Corte aclara que, a pesar de la revisión de la prueba, no se tratará la justificación o razón de surgimiento del derecho nacido por silencio positivo. Por tanto, una vez revisado el vencimiento del plazo, el juez mandará a ejecutar el silencio, y el administrado tendrá una sentencia favorable que le confirma lo ya obtenido por el silencio. La línea jurisprudencial en este parecer es unánime; los jueces confirman que es necesaria una acción de ejecución que además la denominan como autónoma:

[Acción] ésta de ejecución de lo aprobado por el ministerio de la ley, que conforme enseña la doctrina y la jurisprudencia es autónoma, sin que, en consecuencia sea objeto del juicio el discutir o establecer el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley, sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, por lo que, en consecuencia no existe un proceso de conocimiento, sino uno de ejecución⁴⁷.

Este pronunciamiento muestra una realidad que la Corte menciona pero demuestra no entender: el ministerio de la ley genera el derecho. Es innecesaria una orden judicial que te ordene ejecutar lo que ya podías hacer desde un inicio. Consecuentemente, la acción de ejecución se vuelve una carga más al ya saturado sistema judicial y que hace que el ciudadano pierda tiempo y recursos; todo lo contrario a la eficiencia que pretende el silencio positivo. Como ejemplo de lo mencionado, se puede hacer una comparación con el derecho de propiedad; éste existe dentro de la esfera de derechos del ciudadano, por lo que si desea adquirir un inmueble, no necesita la aprobación de un juez para hacerlo; el ciudadano realiza la adquisición directamente por que el derecho de propiedad así le faculta. De igual manera debería operar el derecho adquirido por el silencio positivo.

La línea jurisprudencial mencionada tuvo tal acogida que influenció una reforma legislativa de gran importancia para la institución del silencio positivo, el legislador agregó la necesidad de exigir un certificado del vencimiento del plazo con el fin de poder verificar que el silencio positivo haya tenido lugar⁴⁸. Esta reforma se colocó en el inciso del artículo 28 de la Ley de Modernización ya citado, lo que provocó una verdadera desnaturalización del silencio positivo, generando una controversia alrededor de la certificación que no solo

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Serie 16. Gaceta Judicial 14 de 26 de enero del 1999. p. 3

⁴⁸ *Vid.* Artículo 12 de la Ley No. 000, publicada en Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de Agosto del 2000. p. 11.

perjudicó al administrado sino que eliminó toda esperanza existente de que el silencio positivo cumpliera con su esencia. Este dilema y contradicción jurídica se describe a continuación.

3.2. El dilema del certificado

La emisión del certificado ha sido una de las razones mayoritarias de la falta de eficiencia del silencio administrativo. El legislador plantea una contradicción que no solo contraviene la ventaja del silencio positivo de evitar la vía jurídica sino que lo vuelve plenamente inaplicable. Esto es que el certificado debe obtenerse “a pedido del interesado” y “bajo pena de destitución”. En las siguientes líneas, se demostrarán las consecuencias de esta redacción legislativa.

El exigir una certificación del vencimiento del término le arrebata al silencio positivo su eficacia volviéndolo una herramienta deficiente; además, el administrado debe solicitar que se le entregue el certificado; es decir, presentar una nueva solicitud cuando la Administración no cumplió su obligación de responder con la petición que generó el silencio mismo. Además, la frase “permitir el ejercicio de los derechos que correspondan”, da a entender que, sin el certificado, el derecho que genera el silencio positivo no es ejecutable. Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el requisito del certificado como necesario para la ejecución del derecho adquirido por silencio positivo:

Ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiera logrado en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo las prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a lo afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que supliría por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente se ordenará su ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del actor a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro de término de prueba realizar las diligencias pertinentes, dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de la fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y la falta de respuesta oportuna, prueba esta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demostrare la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido⁴⁹.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial 12 de 25 de septiembre del 2002. p. 2.

La Corte introduce un procedimiento de diligencia previa para la hipótesis de que el administrado no obtuvo el certificado por parte de la institución pública respectiva: debe requerir judicialmente dicha certificación. No solo eso, atentando contra el derecho de petición, vuelve a considerar la posibilidad de que el ciudadano no sea atendido, y sólo en esta instancia, el ministerio de la ley suple el certificado, y el administrado puede ir ante el Tribunal Contencioso Administrativo con una acción de ejecución del derecho. Concluye planteando una contradicción: si el peticionario no realiza lo antes mencionado, necesariamente el Tribunal Contencioso tendrá que conocer sobre el fondo de la petición y discutir el derecho ya adquirido mediante el silencio positivo. En otras palabras; puede arrebatarle al administrado, mediante sentencia, su derecho debidamente adquirido.

Además de lo anterior, la jurisprudencia permite dilucidar que las instancias de la diligencia previa son taxativas, es decir que la ley suple al certificado únicamente cuando el requerimiento judicial carece de respuesta. Si la naturaleza del silencio positivo es garantizar el derecho de petición y evitar la indefensión, este certificado en lugar de favorecer al ciudadano, lo perjudica. Bien dice Cassagne:

La mora de la Administración en el cumplimiento de los plazos obligatorios para resolver las peticiones no puede perjudicar al ciudadano [...] el silencio debe favorecer al particular, y no es razonable que se premie la actitud negligente de la Administración haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo⁵⁰.

El derecho generado por el silencio positivo nace a la vida jurídica por mandato de la ley, no mediante la emisión del certificado o resolución judicial alguna. Incluso si se lo analiza desde un punto de vista meramente procesal, si la Administración busca arrebatarle al ciudadano de su derecho, será ésta la que acarrea la carga de la prueba, y la interesada en impulsar dicho proceso ante el juez competente. Así, es claro entender por qué el requisito de la certificación es un impedimento abismal para la correcta ejecución del derecho obtenido por silencio positivo.

Más preocupante es entender que, como ya se citó, si el ciudadano no logra que la certificación se supla por el ministerio de ley, deberá acudir ante los tribunales para que, mediante un juicio de conocimiento del fondo de la petición, se determine la existencia del derecho adquirido por silencio positivo. Lo indicado implica que el ciudadano puede perder su derecho por no cumplir un requerimiento procesal que no es parte de la esencia de la

⁵⁰ Ezequiel Cassagne. *El control de la inactividad formal de la administración*. [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El control de la inactividad formal de la administracion.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El%20control%20de%20la%20inactividad%20formal%20de%20la%20administracion.pdf). (acceso: 07/03/2016), pp. 4-5.

institución del silencio positivo. Con un sistema jurídico que no comprende la forma en la que debe operar el silencio positivo, se elimina su calidad de garantía, generando en el administrado la resignación de tener un derecho inservible.

Al ser el nacimiento del derecho para el ciudadano el principal efecto del silencio positivo, el planteamiento de la Corte erradica la seguridad jurídica pues la certeza que da la norma para que el ciudadano realice sus actividades⁵¹ se pierde con este tipo de interpretaciones jurisdiccionales.

Finalmente, cabe analizar la responsabilidad para la Administración que acarrea la producción del silencio positivo. Como se mencionó anteriormente, uno de los fines que persigue este instrumento es evitar la arbitrariedad y la indefensión, y por esto es que el legislador decidió interpretar y dar un efecto al silencio de la Administración. Siendo que el beneficiado es el administrado: “Esa ficción que crea el legislador es con la finalidad de asegurar la celeridad y eficacia de las actuaciones administrativas, ya que es una medida de presión y sanción a las autoridades para que cumplan sus cometidos”⁵². Por tanto, el silencio positivo también implica una sanción a la Administración que se funda en el incumplimiento de la obligación de resolver, en el no acatamiento de un mandato dado por ley que deriva del derecho constitucional de petición.

El artículo 28 de la Ley de Modernización canaliza la sanción haciéndola directa al funcionario público; la entrega del certificado implica su destitución laboral. Desde un punto de vista meramente práctico; sería irrealista pensar que el funcionario, en honor a lo ocurrido, certifique el vencimiento del tiempo para contestar la petición, a sabiendas que será destituido. El legislador no consideró el efecto real de esta disposición con la emisión de la norma analizada; el funcionario público buscará guardar su posición laboral. La misma Corte reconoce esta realidad:

Como evidentemente era poco probable que la autoridad incumplida emita el certificado referido, pese a la prevención de que sería destituida, esta Corte consideró que bastaba para acudir a los tribunales distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no sea emitido dentro del término para atender

⁵¹ Carlos Arturo Gallego Marín. “El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social”. *Jurídicas*. 9(2). (2012). [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf). (acceso: 07/03/2016), p. 6.

⁵² Fabio César Amorochó Martínez y Jorge Eliécer Bolívar Ríos. “El silencio administrativo y sus matices a la luz de la legislación y la jurisprudencia en un Estado Social de Derecho”. *Revista Justicia Universidad Simón Bolívar* 13. Barranquilla (2008), p. 48.

estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial⁵³.

Es claro, entonces, que la creación del requerimiento judicial por la jurisprudencia fue una forma de suplir la falta de eficacia de la norma en relación al certificado; en buen romance, tuvo una buena intención la Corte pero el resultado terminó por perjudicar al administrado. Si bien la Corte reconoce que la falta de obtención de la certificación no afecta el derecho obtenido, es directa en establecer que tendrá que probarse en juicio el vencimiento del plazo para que haya operado el silencio positivo cuando el ciudadano no lo solicitó ni presentó requerimiento judicial. Es decir, el administrado no tiene otra opción que acudir al juez para confirmar la existencia de su derecho. Incluso la Corte llega a indicar que este particular modifica la regla del artículo 28 de la Ley de Modernización:

Pero si no se ha obtenido ni voluntariamente ni mediante el procedimiento antes descrito la certificación de haberse vencido el tiempo para que opere el silencio administrativo por parte del funcionario competente de la institución del Estado, no desaparece el efecto del silencio administrativo, sino que, en tal caso, se probará dentro del juicio, que ocurrió el vencimiento del plazo sin que se haya dado respuesta a la solicitud o reclamo planteado, *situación que, desde luego, modifica la regla general señalada* [las cursivas son mías]⁵⁴.

Claramente, la certificación hace que la aplicación del silencio positivo sea ineficiente de forma manifiesta; la presente tesis argumenta que una reforma legislativa es necesaria. Por ejemplo, en España, la inclusión de la certificación del silencio positivo probó ser tan inaplicable que el legislador, en respuesta a la realidad social, planteó una reforma a la Ley 30/1992 con la emisión de la Ley 4/1999 del trece de enero del mismo año. En dicha ley, en caso de juicio por silencio positivo, ya no es necesaria la certificación sino cualquier medio de prueba admitido en Derecho⁵⁵. Este cambio no elimina la necesidad de prueba, lo que en principio en nuestro sistema no tiene cabida pues el efecto del silencio positivo es presunción de derecho, pero sí erradica un obstáculo prominente para la eficiencia práctica de la institución estudiada.

La responsabilidad por la omisión de responder recae sobre la Administración en sí; como ya se manifestó, ésta deberá acudir a un juez y presentar los medios de prueba necesarios para eliminar el efecto del silencio positivo de la vía jurídica; carga que no le corresponde al

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 480. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 de octubre del 2009, pp. 3-4.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 183. Registro Oficial 24 de 16 de febrero del 2007. p. 3.

⁵⁵ Marta García Pérez. "El Silencio Administrativo en España"...*Óp. cit.* p. 16.

ciudadano. Ahora bien, la Administración podría utilizar el derecho que la Constitución le reconoce para que, posteriormente, repita contra el funcionario encargado del trámite particular que dio origen al silencio positivo. El artículo 11, numeral 9 de la Carta Magna es claro en establecer que:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido [...]. El Estado será responsable por [...] retardo injustificado. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos⁵⁶.

Es evidente que la falta de atención del funcionario hacia la petición del ciudadano no puede ser ignorada. Resalta, entonces, que el medio señalado en la Constitución para establecer responsabilidad y sanción no perjudica al administrado y, sobre todo, permite que el silencio positivo regrese a su verdadera esencia: ser una garantía eficiente para el derecho de petición. Además, este medio libera al funcionario público de la presión del paso del tiempo pues pondría urgencia a las peticiones por el silencio positivo, dejando el resto de sus labores de lado para no ser destituido; asimismo, por la carga de trabajo que maneja, afronta el porcentaje de negligencia en el cumplimiento de los procesos que no se abastece a revisar, mediante la no emisión del certificado⁵⁷. En ambos casos, agrava la falta de agilidad de la Administración, la cual de por sí es poca, ya que no se puede negar la sobrecarga de trabajo que los funcionarios públicos afrontan día a día.

En virtud de lo expuesto, el ciudadano no puede aplicar a su favor una institución jurídica que lo perjudica y que aumenta su incertidumbre, mientras se exija la certificación del vencimiento del plazo. Este requerimiento procesal se aleja de la naturaleza del silencio positivo y entorpece el cumplimiento de su fin como garantía para el ciudadano ya que simplemente no puede ejecutar su derecho, lo cual termina desmotivando al administrado en

⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁷ Adolfo Céspedes Zavaleta. "El silencio administrativo positivo: ¿resulta un mecanismo acertado para promover la eficiencia del Estado?". *Aportes para un Estado Eficiente; Ponencias del V Congreso Nacional de Derechos Administrativo*. Lima: Palestra Editores (2012), pp. 44-45.

sus relaciones jurídicas con la Administración y exagera la inseguridad jurídica. Así, este impedimento debería ser eliminado para que la ley no desnaturalice al silencio positivo.

El mantener la necesidad de acudir a los tribunales contenciosos administrativos hace que el silencio positivo y el negativo sean prácticamente lo mismo, develando un retroceso legislativo y jurisprudencial relacionado con la institución del silencio administrativo. Mientras se mantengan estas contradicciones dentro de la regularización para el silencio, el gobernado seguirá siendo perjudicado, convirtiendo entonces al silencio positivo una anti garantía del derecho de petición, sin ninguna utilidad para el ciudadano. Esta tesis propondrá una solución que rompa con este esquema y permita que la verdadera esencia del silencio positivo sea aplicable.

4. EL ALCANCE DEL SILENCIO POSITIVO

El artículo 28 de la Ley de Modernización presenta un último defecto que cabe ser analizado, y corresponde a la frase: “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública”⁵⁸. La norma devela un marco extremadamente general dentro del cual, en estricto sentido, todo lo que solicite el administrado puede ser concedido al operar el silencio positivo. La falta de delimitación del alcance del silencio positivo es lo que también ha mancillado su eficiente aplicación y seguridad jurídica. Precisamente por todas las cualidades que caracterizan al silencio positivo: su rango de garantía constitucional, derecho autónomo y presunción de derecho, la ley que lo regula debe ser clara en establecer en qué casos puede tener lugar; caso contrario, el silencio positivo puede ser una herramienta de abuso por parte del ciudadano que termine nuevamente aumentando la falta de eficacia y saturación en la Administración.

El primer punto de este capítulo se referirá a las limitaciones que debe tener el silencio positivo, con el fin de reducir el marco de alcance de este instrumento; posteriormente, se culmina con una propuesta de reforma legislativa que recoja lo analizado por esta tesis. Así, el silencio administrativo positivo podría convertirse en una vía eficaz para que el administrado verdaderamente resguarde su derecho de petición y se evite su indefensión.

4.1. Limitaciones al silencio positivo

Es importante especificar qué peticiones o solicitudes pueden ser susceptibles del silencio positivo, ya que esta institución no puede ser una forma de abuso del administrado. Si bien se manifestó este sentir en el primer capítulo, cabe puntualizar qué requisitos tanto formales como de fondo requiere una petición para que si la Administración no responde a tiempo, pueda entenderse como favorable para el peticionario.

A pesar de la poca doctrina desarrollada en el Ecuador sobre el silencio administrativo, ha surgido una línea de pensamiento cuya fuente es el Servicio de Rentas Internas a través de la cual, en una recopilación doctrinaria, la abogada Evelyn Escaleras determina que la diferencia entre una mera petición y una solicitud que da paso al silencio positivo es la formulación del petitorio; es decir que la solicitud: “debería estar limitada a la obtención de un facultad o

⁵⁸ Ley de Modernización del Estado. Artículo 28. Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993.

derecho que la ley reconoce o que potencialmente se podría obtener [...] el sujeto particular debe cumplir la condición de un interés fundamental en la ley”⁵⁹.

La primera delimitación, entonces, es que lo que se solicita a la Administración debe estar reconocido por el ordenamiento jurídico; no puede el administrado solicitar algo que no esté contemplado por la ley. Existe jurisprudencia que respalda este pronunciamiento:

[Mediante] silencio administrativo no se puede alcanzar lo que el propio derecho no permite, puesto que el derecho no puede ser objeto de su propia violación; por ello, para que el silencio administrativo tenga efectos positivos, básicamente se necesita que el requerimiento se enmarque en lo que determina la ley, puesto que el requirente no podrá obtener más de lo que la propia ley le permite, ni el silencio suple los procedimientos que la ley exige para lograr lo que se requiere⁶⁰.

La Corte Constitucional es clara; lo que se obtiene por silencio positivo no puede contravenir lo establecido en la ley; por tanto, el administrado, desde antes de presentar su petición, debe saber que no puede contravenir el ordenamiento jurídico ni buscar evitar un proceso preestablecido en la norma. La Corte Suprema de Justicia expande este criterio en los siguientes parámetros:

Requisitos materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo: Se ha señalado que para la intervención de los tribunales distritales dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se ha de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular. De conformidad con la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, se entiende por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquéllos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. 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. El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad. Sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), expreso o presunto, aún cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que no es posible admitir los actos nulos de pleno derecho, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no es

⁵⁹ Evelyn Escaleras Ríos. “Derecho de Petición y Silencio Administrativo en Peticiones”. *Memorias I Jornadas Jurídico- Tributarias*. Quito: Servicio de Rentas Internas, 2007, p. 50.

⁶⁰ Corte Constitucional. Interpretación de Silencio Administrativo. Resolución del Tribunal Constitucional 102. Registro Oficial 175 del 23 de Septiembre de 2003. p. 5

dable sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, un acto administrativo regular explícito o presunto del que se desprenden derechos, aún cuando se sostenga que contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los tribunales distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente, pues, no es admisible que se exija a los tribunales distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la administración o remedien su torpeza. Tampoco es posible que los tribunales distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que correspondería a los tribunales distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas, que debieron ser revisadas en sede administrativa) que consten en la petición del administrado, de la que se argumente se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto debe corresponder a la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, y que tiene los debidos fundamentos jurídicos y fácticos⁶¹.

Esta extensa descripción jurisprudencial evidencia una limitación sustancial al acto administrativo presunto que se origina por el silencio positivo: si este contiene un vicio manifiesto, por ejemplo si es contrario a la norma o si es emitido por una autoridad no competente, es nulo de pleno derecho. La Corte categoriza a este vicio como invalorable, y plantea una justificación lógica; al llegar el proceso ante el juez, precisamente por ser un derecho obtenido por el silencio administrativo positivo, no le compete al juez analizar el fondo sino simplemente ejecutar el derecho. Si el vicio es convalorable o subsanable, el juez no puede pronunciarse al respecto y es la Administración la que, mediante la acción de lesividad, deberá buscar dejar sin efecto dicho acto administrativo presunto. Si bien ya se dejó clara la opinión sobre la necesidad de ejecutar ante un juez el derecho obtenido por el silencio positivo, esta explicación de la Corte permite entender que jamás se podrá obtener mediante esta institución aquello susceptible de nulidad de pleno derecho.

Ahora, el requisito fundamental para que tenga lugar el silencio positivo es que haya vencido el término para que la Administración responda. En relación a esto, Gustavo Penagos cita una jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la que se expresa que:

Los efectos del silencio positivo son muy importantes y, al propio tiempo, muy peligrosos para la administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia,

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 457. Registro Oficial Suplemento 39 del 02 de octubre del 2009. pp. 2-3.

queda vinculada en términos muy estrictos, de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable [...] el silencio positivo solo se admite en los casos en que venga establecido expresamente por normas específicas⁶².

Consecuentemente, el plazo para que nazca el silencio positivo debe estar especificado en una norma. El legislador genera una ley para que persiga un fin específico que no se puede ignorar al momento de realizar la petición; dependiendo del ámbito en el cual se pretenda ejecutar el derecho, el ciudadano debe cumplir con los requerimientos que exija la entidad administrativa ante quien se dirija su petición. El plazo a tomarse en cuenta será acorde a la norma a la que esa petición esté regida⁶³.

En un análisis sobre varias jurisprudencias del Tribunal Supremo de España, José Chaves agrega que la línea expresada por los jueces devela que tampoco cabe el silencio positivo si para obtener el derecho que se persigue, se necesitaba de un requisito imprescindible⁶⁴. Esta delimitación también resulta fundamental; siendo justamente parte de la esencia del silencio positivo el que pueda ejecutarse el derecho obtenido directamente, el administrado debe haber cumplido un procedimiento previo o requisito anterior que haya estado dictaminado por la norma para poder ser susceptible de este beneficio. Con esto se relaciona lo que manifiesta Juan Carlos Benalcázar:

Un segundo límite del silencio positivo [...] se relaciona con la necesidad de que se haya aportado la documentación esencial o prueba suficiente de lo que solicita [...] el silencio positivo no constituye un instrumento para liberar al administrado del cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico si quiere llevar a cabo una determinada actividad⁶⁵.

Entonces, el peticionario debe adjuntar a su solicitud los documentos que acrediten que es sujeto de recibir un derecho determinado, o de haber cumplido con los requisitos o procedimientos establecidos en la norma que corresponda. Todo esto tiene un fin de practicidad; si el administrado presenta una petición completa y fundamentada, con más razón aún podrá ejecutar su derecho e incluso tendrá a su favor estos planteamientos en el caso de

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 1993. Expediente 3518. Citado en Gustavo Penagos. *El Silencio Administrativo; el valor jurídico de sus efectos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2013, p. 134

⁶³ La Ley de Minería, en el artículo 36 cuando habla de la concesión minera, impone a la autoridad el plazo de 90 días para expedir resolución. Ley de Minería. Artículo 36. Registro Oficial Suplemento 517 del 29 enero de 2009.

⁶⁴ José R. Chaves. *Cuatro Hachazos del Supremo al silencio administrativo positivo*. <http://delajusticia.com/2014/11/26/cuatro-hachazos-del-supremo-al-silencio-administrativo-positivo/> (acceso: 22/03/2016).

⁶⁵ Juan Carlos Benalcázar Guerrón. "El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual". *Óp. cit.*, pp. 195- 196.

que la Administración busque dejar sin efecto el acto. Además, si es el caso de que se ejecute el derecho ante los jueces contenciosos administrativos, podrá evitar que la Corte revise el fondo de la petición. El cumplimiento de esto encuentra más sentido en un sistema como el ecuatoriano, donde todavía todo proceso se respalda en documentación escrita. No es el objetivo soslayar el carácter de eficiencia del silencio positivo, pero sí ofrecer al ciudadano las pautas necesarias para que, a toda costa, garantice la permanencia de su derecho en la vida jurídica.

Con lo expuesto, es pertinente agregar varios lineamientos que Edgar Neira trata al referirse a los requisitos que debe cumplir la petición. Establece que, además de lo ya mencionado, debe plantearse una petición en forma: quién comparece, el derecho en que se fundamenta (detallando claramente los fundamentos de hecho y derecho), la autoridad ante quién presenta la solicitud y, si se trata de un recurso, debe dejar clara la relación con el acto administrativo impugnado. El autor concluye aclarando que lo que se solicita no puede afectar el derecho de un tercero; si este es el caso, deberá plantear en la petición la necesidad de notificarle a ese tercero para que pueda hacer valer sus derechos también⁶⁶. Si bien podría argumentarse que estos son meros formalismos, tienen su razón en evitar que el acto administrativo presunto que nace con el silencio lo haga con vicios que puedan afectar su legitimidad o ejecutividad. El ciudadano debe procurar que su petición sea completa y clara para que el derecho que podría obtenerse le sea irrefutable.

El que el gobernado tenga claros estos procesos y requisitos también depende de que las entidades administrativas desplieguen lo señalado a tiempo y de manera precisa, para evitar todo tipo de confusiones. El desorden en que opera la Administración agrava la falta de seguridad jurídica que enfrenta el administrado desde el inicio de sus relaciones con ella. El cumplimiento del silencio positivo podrá operar en una armonía de eficiencia y derecho, tanto del ciudadano como de las autoridades administrativas. Sin embargo, es clave que las limitaciones expuestas sean incluidas en la interpretación normativa de esta institución para que, de esta forma, no haya vacíos que puedan ser llenados arbitrariamente.

4.2. Propuesta de reforma legislativa

En el desarrollo de esta tesis se ha evidenciado cómo el legislador, al reglar el silencio positivo, ha atentado contra su esencia y naturaleza, provocando que su aplicación en el

⁶⁶ Edgar Neira. "Sobre la técnica del silencio administrativo"...*Óp. cit.* pp.144- 148.

sistema local sea prácticamente inútil. Por esto, se realiza una propuesta de reforma legislativa, particularmente al artículo 28 de la Ley de Modernización. Si bien es claro que el cambio de una ley no reforma la costumbre de su aplicación mantenida por la sociedad, se considera que sería un aporte significativo con la finalidad de reformar el errado entendimiento que el sistema jurídico actual ha dado al silencio positivo.

Aunque se necesitaría un cambio integral dentro del sistema jurídico ecuatoriano; como una enseñanza adecuada de la institución del silencio positivo para todos quienes intervienen en él, una reforma al artículo estudiado es una manera de empezar con dicho cambio. Es necesario eliminar de nuestro ordenamiento jurídico aquellas instituciones legisladas de manera que impiden su debida aplicación, y como en el caso del silencio positivo actual, se vuelven un perjuicio para el gobernado.

Con un cambio de legislación; se cambia la legalidad en la que la Administración debe actuar, y si bien no elimina toda arbitrariedad, si se vuelve un mecanismo de control más eficiente pues, estando en relación a la real esencia del silencio positivo, un intento de obviar su obligación de responder fuera más difícil de ocultar.

Además, obligatoriamente los jueces tendrían que volver a interpretar y determinar una nueva forma de aplicación del silencio positivo que se apegue a la norma reformada, lo que, con el tiempo, generará precedentes que darán seguridad al administrado de cómo operaría esta institución. Adicionalmente, se generaría un nuevo limitante para la actuación de la Administración; que tomará en serio su obligación de responder e incluso tendrá claro los pasos a seguir cuando tenga lugar el silencio positivo. Podría decirse, entonces, que se procuraría una mayor eficiencia en la aplicación del silencio positivo con el objetivo de que con una correcta aplicación que se mantenga en el tiempo, esta institución pueda, al fin, ser la garantía que pretendió ser en su creación.

Con todo lo expuesto, se propone que la reforma al artículo 28 de la Ley de Modernización debería rezar lo siguiente:

<p>Artículo 28.- DERECHO DE PETICIÓN.- El reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública, deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano de administración se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos, vencido el respectivo término, se entenderá por el silencio administrativo, que la</p>
--

solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante quien podrá ejecutar el derecho adquirido de manera directa.

El acto administrativo presunto que genera el derecho obtenido por el silencio administrativo positivo acarrea presunción de legitimidad. La autoridad administrativa correspondiente podrá iniciar el proceso de impugnación establecido en la ley aplicable para los actos administrativos con el fin de que sea el juez competente quien determine suspender o no los efectos del acto administrativo presunto.

La entidad administrativa, podrá ejercer el derecho de repetición en contra del funcionario público que no cumplió oportunamente con su obligación de responder. Bajo ninguna circunstancia deberá dejarse al peticionario en indefensión o perjudicarlo.

Bajo el ánimo de no entorpecer la interpretación de la norma jurídica, esta reforma contiene lo necesario para que la legislación del silencio positivo sea completa y eficiente. Con esto, más el conocimiento íntegro del surgimiento de esta institución como parte del derecho de petición, podría garantizarse mediante esta reforma, un parámetro de cambio y una verdadera herramienta de defensa para el ciudadano. Así, el silencio positivo finalmente estaría revestido legislativamente de los elementos de su naturaleza para que pueda ser aplicado de manera efectiva.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

La razón de este estudio es darle una solución eficiente y concreta al administrado cuando se dirige a la Administración con una petición y solicitud. El silencio negativo es una ficción legal de efectos procesales que le permite al ciudadano acudir ante los jueces para evitar su indefensión, sin embargo, por la evolución de esta institución, fue necesario darle un efecto más al silencio de la Administración. Nace el silencio positivo como una herramienta que contrarreste la arbitrariedad de la autoridad administrativa; permitiéndole que con el vencimiento del plazo para responder, surja un derecho para el peticionario.

Así, el efecto positivo del silencio se vuelve una garantía que deriva del derecho constitucional de petición; generando la obligación de que la Administración responda la petición de manera íntegra, completa y motivada. Por tanto, la entidad pública que recibió la petición debe contestar al administrado sin excusa alguna, convirtiéndose en parte de la legalidad que cubre su actuación. A pesar de esta garantía, la Administración continuó en desacato lo cual fomentó aún más que el silencio positivo sea la manera más eficiente para resguardar los derechos del administrado, evitar que quede en incertidumbre y aliviar la carga de trabajo que maneja las entidades del Estado.

En el Ecuador se evidencia un grave desconocimiento de la institución estudiada, lo cual se devela en la forma en como el legislador ha plasmado los parámetros que definen al silencio positivo. El artículo 28 de la Ley de Modernización recogió la errada interpretación que los jueces dieron a la aplicación del silencio positivo. El exigir que el derecho adquirido por el vencimiento del plazo sea necesariamente ejecutado ante un juez, le arrebató la eficiencia que caracteriza al silencio positivo. Lamentablemente, tanta acogida tuvo esta línea de pensamiento que se agregó el requisito de la certificación del vencimiento del plazo.

Dicha certificación no solamente fue interpretada como un requisito ineludible para el ciudadano, sino que además justamente porque los mismos funcionarios no la aplicaron, se agregó una diligencia previa que es manifiestamente contradictoria al silencio positivo. Este requerimiento judicial vuelve abrir la puerta de la indefensión para el administrado pues nuevamente debe quedar a la espera de una respuesta del juez. Tan incoherente fue el planteamiento de la Corte, que solo si no volvía a existir una ausencia de respuesta, por el ministerio de la ley se suplía el requisito del certificado. Ya con el vencimiento del plazo de responder la petición, la ley suplía la voluntad de la Administración y otorga el derecho al

governado. Haciendo innecesario todo proceso judicial posterior; más aún para la obtención de un requisito procesal que contraviene la esencia del silencio positivo.

El resultado fue tratar como iguales al silencio positivo y al negativo, contravinando la garantía que ofrece el primero y perjudicando al administrado. Este retroceso ha permitido una incorrecta aplicación del silencio positivo, generando inseguridad al ciudadano y que la Administración al no responder continúe en impunidad por su falta de cumplimiento a lo que la ley le exige. El silencio positivo también se instauró como forma de sancionar a la Administración por no responder a tiempo. Por lo que, la esencia del silencio positivo es que sea eficiente y que el ciudadano pueda aplicar su derecho sin restricción alguna. Si la Administración quisiera retirar los efectos del silencio positivo, debe seguir los procesos establecidos en el ordenamiento jurídico para los actos administrativos. No debe ser el administrado quien debe buscar resguardar el derecho que la ley le otorgó.

Con todo lo expuesto, es importante resaltar que la petición debe cumplir con todos los requisitos legales necesarios; que exprese el ciudadano el respaldo jurídico del derecho o interés que pretende para que de esta manera si se produce el silencio positivo, pueda garantizar el derecho que adquiera. Esta institución no puede ser un mecanismo de abuso del administrado, por lo que debe limitarse el alcance del silencio positivo.

Sin embargo, esta limitación no puede servir de excusa para que la Administración genere trabas innecesarias al momento de presentar una petición. No es extraño a la práctica diaria, de que el funcionario público busque deslindarse de la obligación de empezar y supervisar un trámite. No conoce el alcance del derecho de petición; si no es la entidad competente, no la reciben a pesar de estar en la obligación de hacerlo. Agregan requisitos que están plasmados en una hoja de papel, carentes de toda legalidad. Así, diariamente el ciudadano debe enfrentar una burocracia arbitraria que implanta su voluntad, atentando contra la seguridad jurídica del gobernado y sus derechos.

El silencio positivo puede frenar esta actuación ilegal; si se le permitiría ser el contrapeso a la Administración como fue previsto, los derechos de los ciudadanos dejarían de ser conculcados. Por tanto, una forma de empezar el cambio en la concepción de la institución estudiada en virtud del análisis realizado, es con una reforma legislativa que recoja la verdadera esencia del efecto positivo del silencio para guiar su aplicación.

La reforma de propuesta legislativa presentada busca que la legislación de la institución analizada sea acorde a la esencia que le permitió nacer a la vida jurídica, y pueda ser una verdadera herramienta de eficacia y restricción a la arbitrariedad para la Administración

Pública. La aplicación del derecho devela el entendimiento de los agentes que se involucran en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos y la Administración, por lo que el análisis realizado devela que una institución jurídica puede funcionar en relación a la interpretación que se le dé.

Es por esto que mientras no exista una real comprensión de lo que implica el silencio positivo no podrá funcionar como la garantía que se previó en su formulación, y seguirá siendo una carga para el administrado agravando la indefensión y la incertidumbre que afronta actualmente.

La Administración, a pesar del poder que maneja debe atenerse a la ley para su actuación, y no puede buscar su propio beneficio, sino canalizar las actuaciones de los administrados para que sus derechos se vean respetados. El silencio positivo puede ser una herramienta fundamental para el cumplimiento de este objetivo dando agilidad al derecho mismo y evitar el actual estancamiento entre las relaciones jurídicas entre Administración y administrado.

5.2 Recomendaciones

Para que el silencio positivo pueda desarrollarse en virtud de su naturaleza en el Ecuador, cabría reformar algunos parámetros. En primer lugar; nuestros legisladores han tenido el mal hábito de usar referencias externas para la creación de las leyes que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, no se puede dejar de lado el desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho comparado, al momento de legislar es fundamental tomar en cuenta la realidad local. La primera falla que aqueja al silencio positivo es que fue plasmado en la norma casi literal de la norma española. El legislador solo tomó como referencia la norma ya existente y no la polémica que hubo detrás.

Se le pasó por alto el hecho de que, tal como se analizó previamente, en España fue necesaria una reforma que alivie los problemas jurídicos que habían generado la primera legislación del silencio positivo. Uno de los principales problemas que tuvo fue la certificación del vencimiento del tiempo, que con la reforma fue eliminada. Nuestro legislador ha permanecido inactivo ante estos cambios y hacia la misma reacción local ante el silencio positivo. No se ha tomado en cuenta que la aplicación según la norma resulta perjudicial para el ciudadano, y que la línea jurisprudencial contravino la naturaleza del silencio positivo.

Justamente por la importancia de esta institución, la forma en que se legisla debe ser el resultado de un análisis profundo de su origen, naturaleza, efectos, consecuencias y los derechos que garantiza. Todo en relación a la práctica jurídica del Ecuador, con el fin de

evitar contradicciones en una sociedad donde el Derecho ha tenido un desarrollo pausado. Así, la forma en cómo se aplica un instituto debe recoger las limitaciones del entendimiento jurídico local que rodean la interpretación de una institución como el efecto positivo del silencio de la Administración.

En segundo lugar, es imperante una reforma en la educación que se extiende a todos los agentes del sistema jurídico de nuestro país; aquellos que se convertirán en jueces, abogados o funcionarios públicos deben entender a cabalidad la implicación del silencio positivo. Por más de que exista una reforma legislativa, el verdadero cambio empezaría con un real conocimiento del origen del silencio positivo y todas sus aristas. Así, los abogados prestarían servicios que garanticen el derecho de petición para los ciudadanos. Los jueces interpretarían el silencio positivo con la correcta motivación y lineamiento necesarios para que el conflicto sea dirimido en base a los derechos y efectos que ofrece esta institución, y no un planteamiento contradictorio a su esencia. Y, los funcionarios públicos tendrían claro que por el derecho de petición tienen la obligación de responder y no pueden entorpecer el trámite de la solicitud por su mera voluntad.

El rol de los jueces es fundamental, ya que ellos generan un parámetro de cómo una institución es interpretada y aplicada. Si de ellos se devela, tal como se demostró del análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, una comprensión contradictoria de la institución plasmada en la norma, es inevitable esperar que sea desnaturalizada.

Finalmente, la última recomendación es un apersonamiento de los ciudadanos por conocer cuáles son sus derechos y las herramientas a su disposición para ejercerlos. Si el gobernado supiera el verdadero alcance del silencio positivo, no solo hubiera influenciado en la práctica que se le ha dado a esta institución, sino que habría una presión hacia el legislador para fomentar una reforma.

Así mismo, el ciudadano prestaría mayor atención a las peticiones que presente y estaría pendiente de que el funcionario que lo reciba la tramite adecuadamente. Si opera el silencio positivo, sabría qué puede ejecutar su derecho libremente. A esta función es relevante un abogado que ofrezca un asesoramiento completo que sepa cómo defender al ciudadano frente a la Administración. Velando, no por sus propios intereses, sino por cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Consecuentemente; la aplicación del silencio positivo requiere el aporte de todo lo mencionado para que deje de existir la desnaturalización en su aplicación y finalmente pueda

garantizar el derecho de petición, obligando a que la Administración se apegue a la legalidad y el ciudadano deje ser perjudicado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Abel Berdejo. “El derecho de petición y las finalidades del silencio administrativo. Algunas concepciones doctrinarias”. *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 6. Nº 11. (2009).
- Adolfo Céspedes Zavaleta. “El silencio administrativo positivo: ¿resulta un mecanismo acertado para promover la eficiencia del Estado?”. *Aportes para un Estado Eficiente; Ponencias del V Congreso Nacional de Derechos Administrativo*. Lima: Palestra Editores (2012).
- Carlos Arturo Gallego Marín. “El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social”. *Jurídicas*. 9(2). (2012). [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf) (acceso: 07/03/2016).
- Edgar Neira. ”Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la administración resiste la aplicación de sus efectos”. *Ruptura No. 46*. (2003).
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimosexta Edición. Madrid: Civitas, 2013.
- Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va. Edición. Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002.
- Ernesto García Trevijano Garnica. *El silencio administrativo en derecho español*. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 172. Citado en Gustavo Penagos. *El Silencio Administrativo; el valor jurídico de sus efectos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2013.
- Evelyn Escaleras Ríos. “Derecho de Petición y Silencio Administrativo en Peticiones”. *Memorias I Jornadas Jurídico- Tributarias*. Quito: Servicio de Rentas Internas, 2007.
- Ezequiel Cassagne. *El control de la inactividad formal de la administración*. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_control_de_la_inactividad_formal_de_la_administracion.pdf. (acceso: 07/03/2016).
- Fabio César Amorocho Martínez y Jorge Eliécer Bolívar Ríos. “El silencio administrativo y sus matices a la luz de la legislación y la jurisprudencia en un Estado Social de Derecho”. *Revista Justicia Universidad Simón Bolívar* 13. Barranquilla (2008).
- Fernández Sarasola. *Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791)*. Revista Historia Constitucional. Junio, 2009. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/115/99> (acceso: 19/11/2015).
- François Julien-LaFerrière. *Cuando callar es resolver: el silencio administrativo y sus efectos*.

- http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/FrancoisLaferriere.pdf. (acceso 18/12/2015).
- Gustavo Penagos. *El Silencio Administrativo; el valor jurídico de sus efectos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2013.
- Jacobo Pérez. *Derecho Constitucional Colombiano*. 5ta ed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1991.
- Jairo Parra Quijano. *Reflexiones sobre las Presunciones*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
<http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20PRESUNCIONES-%20JAIRO%20PARRA%20QUIJANO.pdf>. (acceso: 07/03/2016).
- Javier Robalino. *El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador*. V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
[http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucion%20Der%20Adm%20\(JavierRobalino\).pdf](http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucion%20Der%20Adm%20(JavierRobalino).pdf) (acceso: 05/09/2015).
- José R. Chaves. *Cuatro Hachazos del Supremo al silencio administrativo positivo*.
<http://delajusticia.com/2014/11/26/cuatro-hachazos-del-supremo-al-silencio-administrativo-positivo/> (acceso: 22/03/2016).
- Juan Carlos Benalcázar Guerrón. “El Silencio Administrativo en la legislación ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual”. *Ruptura No. 46*. (2003).
- Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa. *Compendio de Derecho Administrativo*. 1era Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1998.
- Manrique Jiménez Meza. “El silencio positivo y el Derecho de la Constitución para la protección efectiva de los derechos subjetivos ciudadanos”. *Justicia, libertad y derechos humanos; ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo II. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.
- Manuel Acosta Romero. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Decimocuarta Edición. México: Editorial Porrúa, 1999.
- María Eugenia Guillén Pérez. *El Silencio Administrativo; el control judicial de la inactividad administrativa*. 2da. Edición. Madrid: Editorial COLEX, 1997.
- Marta García Pérez. “El Silencio Administrativo en España”. *Misión Jurídica; Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. 6. (2013).
- Patricio Cordero. *El Silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo, 2009.
- Vicenc Aguado I Cudola. *Silencio Administrativo e Inactividad; límites y técnicas alternativas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA., 2001.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 1993. Expediente 3518.

Corte Constitucional para el período de transición. *Sentencia N.º 035-11-SEP-CC*. Caso N.º 0895-09-EP, 16 de noviembre del 2011. Registro Oficial Suplemento 597 de 15 de Diciembre del 2011. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia N.º T-920*, 18 de Septiembre del 2008.

Corte Constitucional. Interpretación de Silencio Administrativo. Resolución del Tribunal Constitucional 102. Registro Oficial 175 del 23 de Septiembre de 2003.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Efecto Positivo Del Silencio Administrativo es Presunción de Derecho. Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1996 de 1 de Enero de 1996. Resolución: No. 321/97. Resolución No. 195/99. Resolución No. 217/99.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 183. Registro Oficial 24 de 16 de febrero del 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 220. Registro Oficial 344 de 23 de mayo del 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 457. Registro Oficial Suplemento 39 del 02 de octubre del 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 480. Registro Oficial Suplemento 39 del 02 de octubre del 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial 10 del 10 de Diciembre de 1997.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial 12 de 25 de septiembre del 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Serie 16. Gaceta Judicial 14 de 26 de enero del 1999.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Serie 17. Gaceta Judicial 14 de 28 de octubre del 2003.

PLEXO NORMATIVO

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946.

Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1689.

<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm> (acceso: 19/11/2015).

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Registro Oficial 536 del 18 de marzo de 2002.

Ley de Minería. Registro Oficial Suplemento 517 del 29 enero de 2009.

Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993.

Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana. Ley No. 000, publicada en Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de Agosto del 2000.